

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**ENERJİ ŞİRKETLERİNİN YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON
MÜDAHALELERİNİN TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

DOKTORA TEZİ

BEKİR ÇELİKDEMİR

KOCAELİ 2021

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**ENERJİ ŞİRKETLERİNİN YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON
MÜDAHALELERİNİN TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

DOKTORA TEZİ

BEKİR ÇELİKDEMİR

DANIŞMAN: DR.ÖĞR.ÜYE. MUZAFFER EROĞLU

**Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No:
21.04.2021/10**

KOCAELİ 2021

İÇİNDEKİLER.....	I
ÖZET.....	VII
ABSTRACT	VIII
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ELEKTRİK VE DOĞAL GAZ PİYASASI, REGÜLASYON İLE TTK ARASINDAKİ İLİŞKİNİN VE ULTRA VİRES İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	14
1.1. ELEKTRİK VE DOĞAL GAZ PİYASASI.....	14
1.1.1 Türkiye Elektrik Piyasası.....	14
1.1.1.1. Elektrik Piyasasının Tarihçesi.....	14
1.1.1.2. Elektrik Piyasasının Güncel Yapısı ve Piyasa Faaliyetleri	22
1.1.2. Türkiye Doğal Gaz Piyasası	28
1.1.2.1. Doğal Gaz Piyasasının Tarihçesi	28
1.1.2.2. Doğal Gaz Piyasasının Güncel Yapısı ve Piyasa Faaliyetleri.....	31
1.2. REGÜLASYON (DÜZENLENMİŞ PİYASA).....	38
1.2.1. Genel Olarak	38
1.2.2. Regülasyon Türleri ve Uygulandığı Alanlar	40
1.2.2.1. Enerji Piyasasının Regülasyonu	42
1.2.2.1.1. Elektrik Piyasasının Regülasyonu	44
1.2.2.1.2. Doğal Gaz Piyasasının Regülasyonu	46
1.2.2.2. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu	48
1.2.2.2.1 Kurumun Kuruluş Amacı, Yapısı, Özellikleri	48
1.2.2.2.2. Kurumun Görev, Yetki ve Sorumlulukları	49
1.2.2.2.2.1. Lisans Verme ve İptal Etme.....	50
1.2.2.2.2.2 Piyasayı Düzenleme	50
1.2.2.2.2.3. Piyasayı İzleme (Gözetim) Ve Denetleme	56
1.2.2.2.2.4. Yaptırım Uygulama	60
1.2.2.2.2.5. Görüş Bildirme Ve Uyuşmazlık Çözme.....	63

1.3. TTK-REGÜLASYON İLİŞKİSİNİN ÇERÇEVESİNİ BELİRLEYEN HÜKÜMLER.....	65
1.3.1. TTK'nın 210/2. Maddesi	65
1.3.2. TTK'nın 330. Maddesi	69
1.3.3. TTK'nın 333. Maddesi	75
1.3.4. TTK'nın 340. Maddesi	82
1.3.5. TTK'nın 210/2, 330, 333 ve 340. Maddeleri Arasındaki Kanun İçi İlişki	92
1.4. ULTRA VİRES İLKESİ.....	95
1.4.1. Genel Olarak	95
1.4.2. TTK'da Ultra Vires İlkesi.....	96
1.4.3. Enerji Şirketlerinde <i>Ultra Vires</i> Uygulaması ve Lisans- <i>Ultra Vires</i> İlişkisi	102

İKİNCİ BÖLÜM

2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN KURULUŞUNA VE ESAS SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	107
2.1. TTK'YA GÖRE ŞİRKET KURULUŞU.....	107
2.1.1. Şirket Kuruluş Sistemleri.....	107
2.1.1.1. Genel Olarak	107
2.1.1.2. Türk Hukukunda Şirket Kuruluş Sistemi.....	109
2.1.1.3. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu	112
2.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN KURULUŞU	114
2.2.1. Enerji Şirketleri ile Kuruluş Sistemleri Arasındaki İlişki	114
2.2.2. Enerji Şirketlerinin Kuruluşuna Yönelik Regülasyon Müdahaleleri	115
2.2.2.1. Şirket Türünün Seçimine Ve Faaliyete Başlamaya Yönelik Müdahaleler	115
2.2.2.1.1. Anonim Şirket Veya Limited Şirket Olarak Kurulma Zorunluluğu	118
2.2.2.1.2. Lisans Alma Zorunluluğu	121
2.2.2.1.2.1. Lisans Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	121
2.2.2.1.2.2. Lisansa Tabi Faaliyetler ve Lisans Türleri.....	123
2.2.2.1.2.3. Lisansın TTK Açısından Anlamı.....	124

2.3 TTK HÜKÜMLERİNE GÖRE ESAS SÖZLEŞME	128
2.4. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN ESAS SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK MÜDAHALELER.....	130
2.4.1. Anonim veya Limited Şirket Olması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi.....	130
2.4.2. Payların Nama Yazılı Olması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi	132
2.4.3. Önlisans Süresi Boyunca Şirketin Ortaklık Yapısında Değişiklik Yapılamayacağına İlişkin Lisans Yönetmeliğinde Bulunan Hükme Esas Sözleşmede Yer Verilmesi	139
2.4.4. Önlisans Başvurularında Şirketin Esas Sermayesinin Kurum Tarafından Belirtilen Toplam Yatırım Tutarının % 5 ine Artırılması Ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Değişikliği Yapılması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi	140
2.4.5. Önlisans Başvurularında Şirket Sermaye Miktarının Azaltılmasına Yönelik Esas Sözleşme Değişikliklerinde Kurumun Onayının Alınacağına İlişkin Hükme Yer Verilmesi	141
2.4.6. Pay Devirleri İle Şirket Birleşmeleri Açısından Lisans Yönetmeliğinde Öngörülen Hükümlere Şirket Esas Sözleşmesinde Yer Verilmesi Ve Bu Esas Sözleşmenin Sunulması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi.....	145
2.4.7. Tarifesi Düzenlemeye Tabi Faaliyet Yürüten Tüzel Kişiler İçin, Şirket Amaç Ve Konusuna İlişkin Hükümlerin, Elektrik Piyasasına İlişkin İlgili Mevzuata Uygun Hale Getirilmesi İle Bu Hükümlere İlişkin Esas Sözleşme Değişikliklerinde Kurumun (EPDK) Uygun Görüşününün Alınmasına İlişkin Hükme Şirketlerin Esas Sözleşmesinde Yerverilmesi	148
2.4.8. Doğal Gaz Piyasasında, Şirketlerin Esas Sözleşmesine Yönelik Diğer Müdahaleler	149
2.4.9. Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları.....	150
2.4.10. Esas Sözleşme İle İlgili Hükümlere Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları.....	161

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN SERMAYE YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	165
3.1. TTK'YA GÖRE ŞİRKET-SERMAYE İLİŞKİSİ	165
3.1.1. Ticaret Şirketlerine Sermaye Koyma Borcu	165
3.1.2. Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler.....	169

3.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN SERMAYE YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİ.....	173
3.2.1. Enerji Şirketlerinde Asgari Sermaye ve Sermaye Artırımı Zorunluluğu	173
3.2.1.1. TTK'ya Göre Asgari Sermaye ve Sermaye Artırımı.....	177
3.2.1.2. Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları ...	183
3.2.2. Enerji Şirketlerinde Sermaye Azaltımı için EPDK Onayı Alınması Zorunluluğu.....	196
3.2.2.1. TTK'ya Göre Sermaye Azaltımı	196
3.2.2.2. Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları ...	198
3.2.3. Doğal Gaz Dağıtım Şirketlerinde Sermaye Şartı Aranmaksızın Belediye Ve Belediye Şirketinin Ortaklığa Davet Edilmesi	206
3.2.3.1. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahipliği- Sermaye İlişkisi	207
3.2.3.2. Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları	208
3.2.4. Sermayeye Yönelik Zorunluluklara Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları.....	222

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE PAYLARA, PAY SAHİPLİĞİ YAPISINA VE PAY DEVRİNE YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	226
4.1. TTK'YA GÖRE ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERDE PAY VE PAYLARIN DEVRİ.....	226
4.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE PAYLARA, PAYSAHİPLİĞİNE VE PAYLARIN DEVRİNE YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİ	232
4.2.1. Payların Nama Yazılı Olması Zorunluluğu.....	232
4.2.2. Pay Devirlerinin EPDK'nın İznine Tabi Olması	233
4.2.2.1. Kısıtlamaların TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları ...	238
4.2.3. Lisans Alıncaya Kadar Belirtilen İstisnalar Dışında Önlisans Sahibi Şirketin Pay Sahipliği Yapısında Değişiklik Yapılamaması Ve Payların Devrine Yönelik Kısıtlamalar	253
4.2.3.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları	254
4.2.4. Lisansı İptal Edilen Şirketteki Pay Sahiplerinin Lisans Başvurusu Yapan Şirkette Pay Sahibi Olabilmesine Yönelik Kısıtlamalar	260
4.2.4.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları.....	261

4.2.5. Piyasa Faaliyeti Gösteren Diğer Tüzel Kişilerde Doğrudan Pay Sahibi Olunabilmesine ve Bu Tüzel Kişilerde Doğrudan Pay Sahibi Olabilmeye Yönelik Kısıtlamalar.....	265
4.2.5.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları.....	267
4.2.6. Pay Sahipliği ve Pay Devri Kısıtlamalarına İlişkin Hükümlere Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları.....	271

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN YÖNETİM YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	274
5.1. TTK'YA GÖRE ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERDE YÖNETİM YAPISI VE ORGANLAR	274
5.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN YÖNETİM YAPISINA VE ORGANLARINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİ	277
5.2.1. Lisans ve Önlisans Sahibi Enerji Şirketlerinin Yönetim Kurulu Üyelerine Ve Üst Yönetiminde Görev Alan Yöneticilere Yönelik Kısıtlamalar	277
5.2.1.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları....	278
5.2.2. Şirketleri Kontrol Eden Pay Sahipleri Tarafından Şebeke İşleyişine ve Yönetimine Müdahale Edilmesine Yönelik Kısıtlamalar.....	294
5.2.2.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları.....	296
5.2.3. Dağıtım, Tedarik ve Üretim Şirketlerinin Yönetimine Yönelik Müdahaleler	298
5.2.3.1. Müdahalelerin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları... 301	
5.2.4. Belediyelerin veya Şirketlerinin Doğal Gazın Şehiriçi Dağıtım Şirketlerinin Yönetiminin Oluşturulmasına Müdahalesi	313
5.2.4.1. Müdahalelerin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları... 314	
5.2.5. Enerji Şirketlerinin Yönetim Yapısına Ve Organlarına Yönelik Hükümlere Aykırılığın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları.....	318

ALTINCI BÖLÜM

6. ENERJİ ŞİRKETLERİNE YÖNELİK DİĞER REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	323
6.1. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE BİRLEŞME VE BÖLÜNME	323
6.1.1. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Birleşme ve Bölünme	323

6.1.2. Enerji Şirketlerinde Birleşme, Bölünmeye Yönelik Müdahaleler....	328
6.1.2.1. Elektrik Şirketlerinde Durum	328
6.1.2.2. Doğal Gaz Şirketlerinde Durum.....	331
6.1.3. Müdahalelerin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları..	335
6.1.4. Hükme Aykırılığın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları.....	350
6.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN TTK DIŞINDA DENETİMİ.....	351
6.2.1. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Denetimi.....	351
6.2.2. Enerji Şirketlerinin Denetimi	355
6.2.2.1. Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerin Denetimi.....	355
6.2.2.2. Doğal Gaz Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerin Denetimi..	359
6.2.2.3. Müdahalenin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Hükme Aykırılığın TTK Açısından Sonuçları.....	361
6.2.2.4. Müdahalenin Enerji Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları.....	370
6.3. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ.....	371
6.3.1. TTK'ya Göre Kamuyu Aydınlatma İlkesi	371
6.3.2. Enerji Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma İlkesi ve TTK Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi.....	377
6.4. ENERJİ ŞİRKETLERİ BULUNAN ŞİRKETLER TOPLULUĞU AÇISINDAN REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	380
6.4.1. TTK'ya Göre Şirketler Topluluğu	380
6.4.2. Enerji Şirketlerinde Şirketler Topluluğu Uygulaması	382
6.4.3. Enerji Piyasasında Şirketler Topluluğuna Yönelik Müdahalelerin TTK ve Enerji Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları	385
6.5. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE AYRIŞTIRMA ZORUNLULUĞU	391
6.5.1. Enerji Şirketlerinde Hukuki Ayrıştırma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi.....	391
6.5.2. Enerji Şirketlerinde Fonksiyonel Ayrıştırma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi.....	401
6.5.3. Enerji Şirketlerinde Muhasebe (Hesap) Ayrıştırması Zorunluluğunun Değerlendirilmesi.....	406
6.5.4. Enerji Şirketlerinde Ayrıştırma Zorunluluğuna İlişkin Hükümlere Aykırılığın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları	410
SONUÇ.....	412

KAYNAKÇA :	436
ÖZGEÇMİŞ	452



ÖZET

Enerji faaliyetleri, gerek devlet eliyle gerekse özel teşebbüsler eliyle Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş, özel hukuk hükümlerine tabi şirketler eliyle yerine getirilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan ve faaliyet gösteren enerji şirketleri aynı zamanda enerji sektörüne ilişkin kuralları içeren ve tamamına birden regülasyon denilen ve Türk Ticaret Kanunu'na göre uygulanma önceliğine sahip olan özel kanun ve ikincil düzenlemelerden oluşan mevzuata tabidirler. Regülasyonun, enerji şirketlerinin faaliyetlerinin yanı sıra, özellikle şirketlerin kuruluşuna, pay sahipliği yapısına, sermaye yapısına, yönetim yapısına yönelik müdahaleler öngören kurallar içerdiği görülmektedir. Bunun yanında, regülasyonun, denetime, bölünme, birleşmeye, şirketler topluluğuna, kamuyu aydınlatma ilkesine ve hukuki ayrıştırmaya ilişkin olarak doğrudan veya dolaylı kurallar öngörmesi, enerji şirketlerinin bu yönlerden de regülasyon müdahalelerine maruz kalmasına yol açmaktadır. Söz konusu regülasyon müdahalelerinin, genel itibariyle Türk Ticaret Kanunun'dan sapma teşkil etmesi nedeniyle, Türk Ticaret Kanunu'nun enerji şirketlerine yönelik uygulama alanını daralttığı bir gerçektir. Çalışmamızda, enerji şirketlerine ilişkin olarak belirtilen konulara yönelik regülasyon müdahalelerinin Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler karşısındaki durumu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Enerji şirketleri, kuruluş, pay sahipliği yapısı, sermaye yapısı, yönetim yapısı, regülasyon müdahaleleri, Türk Ticaret Kanunu.

ABSTRACT

Energy services is performed by both the state-owned companies or privately owned companies established according to the Turkish Commercial Code. Energy companies established and operated under Turkish Commercial Code are also subject to the rules constituted by the special codes and secondary rules which are primarily taken precedence of Turkish Commercial Code and which all of them is called the regulation. It is clear that the regulation includes the rules stipulated interference towards especially establishment, shareholding structure, management structure, capital structure of energy companies as well as towards their operation. Additionally energy companies are also subject to the regulation interference because of regulation also stipulates the direct or indirect rules regarding audit, division, merger, group companies, disclosure and unbundling. Since the regulation interferences generally constitutes derivation from the Turkish Commercial Code, it is reality that the Code limits the scope of the implementation relating to the energy companies. In this thesis, the position of regulation interference towards the mentioned scope of energy companies in relation to the Turkish Commercial Code is analysed.

Key words : Energy companies, establishment, shareholding structure, capital structure, management structure, regulation interferences, Turkish Commercial Code.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AB	: Avrupa Birliği
AGDAŞ	: Adapazarı Gaz Dağıtım Anonim Şirketi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BİO	: Bağımsız İdari Otoriteler
Bkz./ bkz.	: Bakınız
BOTAŞ	: Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
C.	: Cilt
CNG	: Compressed Natural Gas
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DPK	: Doğal Gaz Piyasası Kanunu
DPLY	: Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliği
DSİ	: Devlet Su İşleri
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EGO	:Ankara Elektrik, Havagazı ve Otobüs İşletme Müessesesi
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EİEE	: Elektrik İşleri Etüt İdaresi
EMO	: Elektrik Mühendisleri Odası
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EPİAŞ	: Elektrik Piyasaları İşletim Anonim Şirketi
EPK	: Elektrik Piyasası Kanunu
EPLY	: Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği
ETKB	: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
EÜAŞ	: Elektrik Üretim Anonim Şirketi
FERC	: Federal Energy Regulatory Commission

FKK	:Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	:6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IEEE	: The Institute of Electrical and Electronics Engineers
IMF	: International Monetary Fund
İGDAŞ	: İstanbul Gaz Dağıtım Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
İHD	: İşletme Hakkı Devri
İZGAZ	: İzmit Gaz Dağıtım Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
K.	: Karar
Karş./karş	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
kV	: Kilo Volt
LLC	: Limited Liability Company
LNG	: Liquefied Natural Gas
LPG	: Liquefied Petroleum Gas
MW	: Mega Watt
m.	: Madde
OECD	:Canada and the Organisation for Economic Co-operation and Development
OSB	: Organize Sanayi Bölgesi
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
PMUM	: Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi
s.	: Sayfa
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği
SÜ	: Selçuk Üniversitesi

ŞİD	: BOTAŞ İletim Şebekesi İşleyiş Düzenlemelerine İlişkin Esaslar
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TB	: Ticaret Bakanlığı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TEAŞ	: Türkiye Elektrik Üretim Anonim Şirketi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TETAŞ	: Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu
TSY	: Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi
TPAO	: Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı
vd	: Ve devamı
Vol.	: Volume
YEKA	: Yenilenebilir Enerji Kaynakları Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun
Yİ	: Yap - İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret

GİRİŞ

Enerji, fizik biliminde “*bir işi yapma kapasitesi*”¹ şeklinde tanımlanmaktadır. Potansiyel, kinetik, hidrolik, kimyasal, nükleer, termonükleer, elektrik gibi birçok türü bulunan enerji, kavram olarak oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır.

Enerjinin varlığı, evrenin varlığıyla yaşıttır. Hatta, evrenin oluşumuna dair günümüzde en çok benimsenen Big Bang (Büyük Patlama) teorisine göre “*evren, sıfır hacimli ve çok yüksek bir enerji potansiyeline sahip, sıkışmış bir noktanın patlamasıyla*”² oluşmuştur. Bu teoriye göre, enerji, evrenin varoluşunu sağlayan temel etkenlerden biridir. Yani, enerji, evrenin varoluşundan beri onun doğal bir parçasıdır. İnsanlığın var olmasıyla birlikte, evrende ve evrenin bir parçası olan dünyamızda, çok çeşitli biçimlerde bulunan enerji -özellikle su, rüzgar, güneş gibi doğada hazır bulunan enerji kaynakları- insanlar tarafından ihtiyaç duyulan şekilde ve sahip olunan imkanlar çerçevesinde, yüzyıllar boyu bilinçsizce kullanılmış ve onlardan yararlanılmış, böylece enerji, insanlığın hayatında hep varolagelmıştır. Görüldüğü üzere, enerji, evrenin varoluşuna neden olacak ve insanlık tarihinin seyrine yön verecek kadar önemli iken, diğer enerji kaynaklarının (fossil enerji kaynakları olarak adlandırılan petrol, kömür, doğal gaz) keşfedilmesi ve tüm bu kaynaklardan elde edilen enerjinin ve bu enerji kaynaklarına sahip olmanın sağlayacağı gücün bilincine varılmasıyla, sanayileşme sürecinde başat rol oynamış ve bu durum enerjiye verilen önemi giderek artırmış ve bu sayede günümüzde enerjinin önemi zirve yapmıştır.

Enerji, günümüzde de teknolojik, bilimsel, sınai gelişmeler, küreselleşme ile birlikte ister üretici, ister tüketici olsun, bireylerin ve toplumların yaşamlarının merkezinde en önemli ihtiyaç olarak yerini almıştır. O kadar ki, bugün, enerjisiz bir hayat artık tasavvur edilemez olmuştur. Enerjinin bu hayati önemi, enerji kaynaklarına sahip olan devletleri stratejik bir konuma taşımış, enerjiyi devletler açısından dış politikanın en önemli belirleyici faktörlerinden biri haline getirmiş, öyle ki enerji üzerinden devletlerarasında adeta bir soğuk savaş dönemi yaşanmaya başlanmıştır. Bu soğuk savaşın ve doğuracağı keyfi sonuçlarının engellenmesi amacıyla, devletler arasında, enerji ile ilgili çeşitli uluslararası anlaşmalar imzalanması sağlanmış

¹<https://www.britannica.com/science/energy> (Erişim tarihi : 30.11.2018)

²<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/big-bang-theory> (Erişim tarihi : 30.11.2018)

(Uluslararası Enerji Şartı³) ve uluslararası kurumlar (Uluslararası Enerji Ajansı⁴, Uluslararası Yenilenebilir Enerji Ajansı⁵, Dünya Enerji Konseyi⁶ gibi) kurulmuştur.

Enerjinin bu denli önemli olması, devletleri, sahip oldukları enerji kaynakları konusunda aşırı bir şekilde kontrolcü olmaya itmiş ve enerji kaynaklarının aranması, çıkarılması, iletilmesi, satılması ve kullanılması vb. gibi faaliyetler birçok devlet tarafından birer kamusal faaliyet ve hizmet gibi addedilmiştir. Başlangıçta, bu gibi hizmetler çoğunlukla yalnızca devletler tarafından kurulan kamu kurumları tarafından yerine getirilirken, ekonomide liberalleşmenin etkisiyle 1980'li yıllardan itibaren dünyada enerji alanında serbestleşme çalışmalarının başlaması ve hız kazanmasıyla birlikte, enerji üzerindeki kamusal tekel esnemeye başlamıştır. Bu esneme, başlangıçta, enerji hizmetlerinin verilmesi faaliyetlerinin, yine devlet eliyle özel hukuka tabi olarak kurulan kamu şirketleri eliyle yürütülmesi şeklinde kendini göstermişken, günümüzde, özelleştirme ihaleleri yoluyla enerji üretimi ve hizmetlerinin verilmesi faaliyetleri, ağırlıklı olarak özel hukuka tabi olarak kurulan özel şirketlere verilerek, bu hizmetlerin özel şirketler eliyle yürütülmesi yöntemine kadar evrilmiştir. Başlangıçtaki durumu göz önüne aldığımızda, enerji alanında yaşanan ve görece radikal olarak adlandırabileceğimiz bütün bu değişimler, devletlerin enerji hizmetlerine ilişkin faaliyetleri üzerindeki kontrolünün tamamıyla sona ermesine neden olmamıştır. Zira, enerji alanındaki bütün bu serbestleşme çalışmalarına rağmen, Türkiye'de olduğu gibi, birçok devlet, enerjinin sahip olduğu stratejik önem nedeniyle, enerji alanındaki hizmetlerine ilişkin faaliyetleri kamu hizmeti olarak görmeye devam etmiş, bu çerçevede enerji alanındaki hizmetlerine ilişkin faaliyetleri yerine getiren özel hukuka tabi şirketleri birçok yönden, oluşturduğu kamu hukuku nitelikli kurallar bütününe tabi kılarak, aynı anda özel hukuk ve kamu hukukunu birlikte barındıran çift karakterli bir sistem kurmuş, bu şirketleri, çeşitli sınırlandırmalara tabi tutmuş ve onlara özel hukuk kurallarıyla bağdaşmayan kamusal nitelikli bir takım yükümlülükler yüklemiştir.

³ <http://www.energycharter.org/> (Erişim tarihi : 30.11.2018)

⁴ <https://www.iea.org/> (Erişim tarihi : 30.11.2018)

⁵ <http://www.irena.org/> (Erişim tarihi : 30.11.2018)

⁶ <https://www.worldenergy.org/> (Erişim tarihi : 30.11.2018)

Bu çift karakterli sistemin Türkiye'deki durumu incelendiğinde ise şu tespitler öncelikli olarak göze çarpmaktadır:

Enerji faaliyetleri, Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre kurulan ve faaliyet gösteren gerek devlet eliyle gerekse özel teşebbüsler eliyle kurulmuş, özel hukuk hükümlerine tabi şirketler veya ticari işletmeler eliyle yerine getirilmektedir. Diğer yandan, enerji alanındaki faaliyetler nedeniyle her bir enerji kolu (elektrik, doğal gaz, petrol, LPG, CNG)⁷ ile ilgili olarak oluşturulan özel mevzuatla, bu alanlarda faaliyet gösterecek şirketlerin kuruluşunun, yapısının ve faaliyetinin belirli ölçüde sadece TTK'ya tabi olmaktan çıkartılıp, oluşturulan özel mevzuat kurallarına tabi tutulmaya çalışıldığı net bir şekilde görülmektedir. Bu yönde bir oluşuma, TTK'da yer alan bazı hükümler dayanak teşkil etmektedir. Ancak TTK'nın, buna izin verirken, aslında kendisine tabi olarak kurulan ve faaliyet göstermesi gereken enerji şirketlerine, ağırlıklı olarak kendi hükümlerinin uygulanamayacağı şeklinde yorumlanabilecek çeşitli hükümler de içerdiği, böylece, hem kendi içinde, hem de enerji şirketlerinin tabi olduğu özel mevzuatta yer alan ve genel olarak regülasyon diye adlandırılan kurallarla çelişkiye neden olduğu yönünde çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına yol açtığı görülmektedir.

TTK, ilke olarak şirketlerin kuruluşunu, esas sözleşme değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi kılmamıştır. Ancak bu ilkenin belirtildiği TTK'nın m. 333 hükmünde aynı zamanda bu ilkenin istisnası da düzenlenmiştir. Hükümde, Ticaret Bakanlığınca⁸ (TB) yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketlerin, Bakanlık izni ile kurulacağı, bu şirketlerin aynı zamanda esas sözleşme değişikliklerinin de aynı Bakanlığın iznine bağlı olduğu, Bakanlık incelemesinin sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabileceği, bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı belirtilmiştir. Bu maddeye dayanılarak TB

⁷ Tezimizde enerji şirketleri kapsamında yalnızca elektrik ve doğa lı gaz kollarında faaliyet gösteren şirketler incelenecek olup, diğer enerji (petrol ve lpg, cng gibi) kollarında faaliyet gösteren şirketler tezimizin kapsamı dışındadır.

⁸ 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (10/07/2018 tarihli 30474 sayılı RG.) m.441 hükmü kapsamında, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın adı Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

tarafından hazırlanan *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğin*⁹ 5. maddesi uyarınca enerji, bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından, enerji şirketlerinin kuruluşunun izne tabi olmadığı açıktır¹⁰. Enerji şirketlerinin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi olmamakla birlikte, enerji şirketlerinin faaliyet gösterebilmesi için ön lisans ve sonrasında lisans alma zorunluluğunun, maddede belirtilen anlamda bir izin teşkil edip etmediği tartışılmalıdır. Zira TTK'ya uygun olarak kurulan ve özel kanunlarda düzenlenen bazı enerji alanlarında faaliyet gösterecek bir şirketin ilgili piyasa için gerekli lisansı almadan faaliyet göstermesi, enerji mevzuatında yasaklanmıştır. Bu açıdan, lisans alma zorunluluğu ile enerji alanında faaliyet gösterecek şirketler, TTK'da belirtilen şirket kuruluşu izne tabi sektörlerden biri olmamasına rağmen, lisans alınması zorunluluğu öngörülmesiyle birlikte, kuruluşundan itibaren kontrol altına alınmaktadır. Diğer yandan, hükmün "*...Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz.*" şeklindeki cümlesi, özellikle enerji düzenlemeleri bütününde enerji şirketlerinin esas sözleşmelerinde bulunması zorunlu olan hususlar göz önüne alındığında, TTK ile özel kanun mahiyetindeki enerji mevzuatı düzenlemeleri arasında bir çelişki yaratmıştır.

Enerji şirketleri açısından bir diğer önemli madde olan TTK m. 330 hükmü ise, "*...özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*" düzenlemesini içermektedir. Düzenleme ile özel kanunlara tabi olduğu belirtilen anonim şirketlere ilişkin hükümler haricinde, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin olan dördüncü kısmının uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu hükümle, özel kanuna tabi şirketler açısından, özel kanunlarda bulunan hükümlerin TTK'ya kıyasla öncelikle uygulanacağı öngörülmüştür. Her ne kadar, TTK m.330, TTK m. 333 ile birlikte, özel kanunlara tabi olan veya belirli alanlarda faaliyet göstermek için izne tabi

⁹ 15/11/2012 tarihli ve 28468 sayılı RG.

¹⁰ Ancak Sermaye Piyasası Kanunu'nun(SerPK) 2. Maddesinde Kanuna hangi şirketlerin tabi olacağı hususu düzenlenmiştir. SerPK hükümlerine tabi enerji şirketlerinin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği bu madde kapsamına göre Bakanlık iznine tabidir. Şunu vurgulamak gerekir ki, bu tabi olma durumu şirketin enerji şirketi olmasından dolayı değil, SerPK hükümlerine tabi olmasından kaynaklanmaktadır.

olarak kurulmuş şirketlere TTK'nın uygulanma alanını daraltma amacına hizmet eden maddeler gibi gözükse de, özellikle TTK m. 333 hükmünün son cümlesi öğretide tartışmaya neden olmuştur. Konunun, öğretideki görüşlerle birlikte ele alınması ve tartışılması gerekmektedir.

Yine, TTK'da yer alan ve tez konumuz açısından dikkate alınması gereken diğer bir hüküm, m. 210/2'dir. Hüküm, diğer Bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlarca oluşturulacak, şirketlere ilişkin düzenlemelerinin sınırını çizmektedir. Enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından oluşturulan regülasyon kapsamında yer alan düzenlemelerin çoğunun, bu sınırlar içerisinde kalıp kalmadığının tespit edilmesi için de, öncelikle TTK'nın bu hüküm ile elde etmeyi istediği amacın belirlenmesi, bu maddenin uygulanmasının sonuçlarının belirlenmesi ve bu sonuçların, belirlenen amaç ile uyumlu olup olmadığının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu noktada, enerji şirketlerinin yapısına (pay sahipliği yapısı, yönetim yapısı, sermaye zorunlulukları v.b) yönelik öngörülen tüm müdahaleleri içeren özel düzenlemelerin, TTK m. 210/2 çerçevesine uygunluğu, etraflıca değerlendirmeye ve tartışılmaya muhtaçtır.

Enerji şirketlerini doğrudan ilgilendiren bir diğer hüküm, TTK m. 340 hükmüdür. Hükümdeki birinci cümle ile ancak TTK'nın açıkça izin vermesi durumunda esas sözleşmeden sapılabileceği ifade edilmektedir. Bu sınırlandırma, hem tüm anonim şirketler açısından hem de enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından, TTK'nın doğrudan getirmiş olduğu genel bir sınırlandırmadır. Enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler, esas sözleşmelerini düzenlerken veya değişiklik yaparken bu düzenlemenin açıkça izin verdiği ölçüde bundan sapabileceklerdir. Bu madde, TTK'ya tabi tüm anonim şirketlere de uygulanan genel bir sınırlandırmayı içeriyor olması nedeniyle, öğretide oldukça yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Bu tartışmaların, enerji mevzuatının enerji şirketlerinin esas sözleşmeleri için öngördüğü hükümler açısından da yapılması büyük önem arz etmektedir.

Bu maddedeki ikinci cümle ise, özel kanuna tabi şirketler olarak enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketleri ilgilendirmekte ve onlar için ikinci bir sınırlandırma getirmektedir. Hükümde, "...diğer kanunların, öngörülmesine izin

verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı...” belirtilmiştir. Hüküm, mevcut haliyle, daha genel bir düzenleme olan TTK m. 330 hükmünde yer alan “...*özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*” düzenlemesini ve bu maddenin uygulama alanını hedef almaktadır. Bu durum ise, TTK m. 330 ile TTK m. 340 arasında bir kanun içi çatışmaya neden olmuştur. Buna ek olarak, cümledeki *kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı* ifadesinin hukuken anlamının tespitindeki güçlükler de, maddenin kapsamının ve kanunların kendine özgü alanının nerede başlayıp nerede sona erdiğinin ortaya konmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, bu hususların enerji şirketleri bağlamında tartışılarak değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

TTK m. 340 hükmü doğrultusunda, *diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin* yansıması enerji mevzuatı düzenlemelerinde kendini göstermektedir. Düzenlemelerde, enerji şirketlerinin esas sözleşmelerinin içeriğine müdahale edildiği görülmektedir. Örneğin; enerji piyasasında faaliyet göstermek için kurulan şirketin türünün ya anonim ya da limited şirket olması, sermaye piyasası mevzuatına göre payları borsada işlem görenler dışındaki paylarının tamamının nama yazılı olması hususları ile ön lisans süresi boyunca şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılmayacağına yönelik Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği’nde (EPLY) yer alan taahhüdün şirketin esas sözleşmesinde belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. Şirketçe, esas sermayenin, EPDK tarafından belirtilen toplam yatırım tutarının % 5 ine artırılması ve buna ilişkin esas sözleşme değişikliği yapılması da yine bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından da, mevzuatta öngörülen hükümlere şirket esas sözleşmesinde yer verilmesi ve bu esas sözleşmenin sunulması da zorunludur. Tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten tüzel kişiler için, şirket amaç ve konusuna ilişkin hükümlerin, elektrik piyasasına ilişkin olarak ilgili mevzuata uygun hale getirilmesi ile bu hükümlere ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde EPDK’nın uygun görüşünün alınmasına ilişkin hükme de, şirketlerin esas sözleşmesinde yer verilmelidir. Birleşme ve devralmada da, devralan şirketin birleşme veya bölünme sonrası esas sözleşme taslağının EPDK’ya sunulmasının zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. Enerji mevzuatı tarafından öngörülen bütün bu zorunlulukların TTK m.

210/2, m. 330, m. 333, m. 340, hükümlerine göre değerlendirilmesi yapılarak, bu hükümlere aykırılık halinde, zorunluluğun yerine getirilmesinin ve getirilmemesinin hem TTK hükümleri açısından hem de enerji mevzuatı açısından değerlendirilmesi hukuki işlemler için belirtilen yokluk, butlan (kesin hükümsüzlük), iptal edilebilirlik gibi yaptırımlardan birine maruz kalıp kalmayacağı hususları da etraflıca tartışılmalı ve değerlendirilmelidir.

Yukarıda açıkladığımız çerçevede, tezimizde birinci bölümün birinci başlığı altında öncelikle, enerji ile kastettiğimiz elektrik ve doğal gaz piyasasının Türkiye’de geçirdiği sürecin tarihçesi hakkında bilgi verilecektir. Elektrik ve doğal gaz piyasasının mevcut yapısı irdelenerek, piyasa kapsamına hangi faaliyetlerin girdiği konuları ele alınacaktır. Sonrasında elektrik ve doğal gaz piyasasına uygulanan mevzuat ile uygulanabilir diğer düzenlemeler hakkında bilgi verilecektir.

Birinci bölümde ikinci başlık altında, tezimizin ana tartışma konularının dayanağı ve kaynağı olan regülasyon kavramı incelenecektir. Bu başlık altında regülasyonun, genel olarak etkilediği sektörler, özel olarak da, elektrik ve doğal gaz sektöründeki kapsamı ve sonuçları tartışılacaktır. Regülasyonu uygulama ve piyasayı denetleme görevini yerine getiren kurumlar hakkında bilgi verilerek, tezimizi doğrudan ilgilendiren elektrik ve doğal gaz piyasasında regülasyon görevini yerine getiren EPDK’nın kuruluş amacı, görevlerinin kapsamı ile kurumun yapısı ve yapısal özellikleri ele alınacaktır.

Birinci bölümün üçüncü başlığı altında, yukarıda sözü edilen ve TTK açısından regülasyonun dayanağını oluşturan ve çerçevesini belirleyen TTK’nın m. 330, m.210/2, m.340, m.333, hükümleri arasındaki kanun içi ilişki ile regülasyon düzenlemeleri arasındaki ilişki ile TTK’nın bu hükümlerle elde etmeyi istediği amaç tartışılacaktır.

Birinci bölümün dördüncü başlığı altında ise TTK açısından bir şirketin esas sözleşmesinde belirtilen işletme konularıyla bağlı olması ve bu konular dışında yapılan işlemlerin şirketleri bağlamamasını ifade eden ve bu nedenle de şirketler hukukunda temel bir kavram olan *Ultra Vires* ilkesi incelenecektir. TTK’nın m.371 hükmü ile

Ultra Vires ilkesi kaldırılmış ve şirketler açısından işletme konusu artık hak ehliyetinin bir sınırı olmaktan çıkarılmıştır. Oysa, enerji şirketlerinin faaliyet konusunu regülasyon kurumu EPDK'dan alınan lisans ile lisans kapsamındaki faaliyete göre düzenlenen esas sözleşmede yer alan işletme konusuna ilişkin hükümler belirlemektedir. Bu önemli düzenlemenin, bütünüyle TTK'ya tabi olan enerji şirketlerine yansımalarının nasıl olacağı merak konusu olmuştur. Bu nedenle, *Ultra Vires* ilkesi ile lisans arasındaki ilişkinin, ilkenin enerji şirketlerine nasıl uygulanacağını ve ilkenin ihlali halinde bunun hem regülasyon kapsamındaki düzenlemeleri hem de TTK açısından sonuçlarının tartışılması gerekmektedir.

İkinci bölümde, enerji şirketlerinin kuruluşuna ve esas sözleşmelerine yönelik regülasyon müdahaleleri ele alınacak, bu kapsamda, birinci başlık altında, TTK'ya göre şirket kuruluş sistemleri incelenecektir. Enerji şirketlerinin, TTK m.333 hükmünün öngördüğü sistem anlamında izin sistemine tabi olmamasına rağmen, TTK m. 330 hükmünde, genel düzenleme kapsamında dayanak bulan regülasyon düzenlenmeleri gereği, kuruluşlarının izne ve düzenleyici kurum onayına tabi olması, lisans almadan faaliyet gösterememesi gibi engellerle karşılaşması, bu şirketlerin kuruluşunun özellik arz etmesi nedeniyle, enerji şirketlerinin kuruluşunun, kuruluş sistemlerinden hangisine yakın olduğunun, tespiti gibi konularının da tartışılmasını gerektirdiğinden ikinci başlık altında belirtilen konular tartışılacaktır.

İkinci bölümün üçüncü başlığı altında, TTK'nın şirket türünün seçimine yönelik olarak öngördüğü istisnalara girmemesine rağmen, regülasyon kapsamındaki düzenlemeler tarafından getirilen enerji şirketlerinin anonim şirket veya limited şirket olarak kurulma zorunluluğunun TTK'ya uygunluğu tartışılacaktır. Ayrıca, enerji şirketleri açısından, lisans alınmaksızın ilgili piyasada faaliyet gösterilememesi, lisansın hukuki mahiyetinin de TTK açısından tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Bu husustaki tartışmalar da bu başlık altında yapılacaktır.

İkinci bölümün üçüncü başlığı altında, enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine yönelik regülasyon müdahaleleri ele alınacaktır. Bu kapsamda, regülasyon gereği, enerji piyasasında faaliyet göstermek için kurulan şirketlerin esas sözleşmelerinde, belirli hükümlere yer verilmesi ve bu esas sözleşmenin EPDK'nın uygunluğuna

sunulmasına, bu ilişkin hükümlere, yer verilmesine yönelik müdahaleler, TTK m.340 hükmündeki düzenleme açısından irdelenecektir.

Üçüncü bölümde enerji şirketlerinin sermaye yapısına yönelik regülasyon müdahaleleri ele alınacaktır. Özellikle, enerji mevzuatında, enerji şirketleri için TTK'da belirtilen asgari sermaye miktarının çok üstünde bir asgari sermaye konulması veya sermayenin özel düzenlemelerde yer alan şekilde hesaplanarak artırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu kapsamda, ilk başlıkta TTK'ya göre şirket-sermaye ilişkisi konusunda bilgi verilecek ikinci başlık altında enerji şirketlerinin sermaye yapısına yönelik, enerji şirketlerine sermaye olarak konulacak değerlerin belirlenmesi, konulacak asgari sermaye miktarı, belirli durumlarda sermaye artırımı yapma zorunluluğu gibi spesifik regülasyon müdahaleleri ele alınacaktır. Ek olarak, Doğal Gaz Piyasası Kanunu (DPK) m.4/4 hükmü gereği, doğal gaz dağıtım şirketine, yetki aldığı şehirde bulunan belediye ve belediye şirketini sermaye şartı aramaksızın % 10 nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etme zorunluluğu gibi sermayeye ilişkin regülasyon kapsamındaki düzenleme de incelenecek, konu, TTK'da sermaye şirketlerine konulması öngörülen sermayeye ilişkin hükümler bakımından tartışılacaktır.

Dördüncü bölümde, enerji şirketlerinin pay sahipliği yapısına ve pay devrine yönelik regülasyon müdahaleleri değerlendirilecektir. Bu kapsamda, enerji şirketlerinin, yalnızca anonim veya limited şirket olarak kurulabilmesi nedeniyle, bu bölümde ilk başlıkta TTK'ya göre anonim ve limited şirketlerde pay devri ele alınacaktır. İlke olarak anonim ve limited şirketlerinde pay devrinin, herhangi bir izne tabi olmamasına rağmen, regülasyon gereği enerji şirketlerinde pay devirlerinin düzenleyici kurum EPDK'nın iznine tabi olması, TTK'dan sapma teşkil etmektedir. Bu sapma da, ikinci başlık altında incelenecektir. Pay devri dışında, enerji mevzuatının pay sahipliğine yönelik de birtakım regülasyon müdahaleleri getirdiği görülmektedir. Pay sahiplerince mevzuat kapsamında belirtilen istisnalar dışında, ortaklık yapısında doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir değişiklik yapılamaması, payların devredilememesi, payların devredilmesi veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılamamasına dair yükümlülüğü, lisansı iptal edilen şirketteki pay sahiplerinin lisans alamaması ve lisans başvurusu yapan şirketlerde pay sahibi

olamamasına ilişkin sınırlandırmaya uyma yükümlülüğü, elektrik dağıtım şirketleri açısından piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olunamaması, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer verilememesi, elektrik dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerce, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edilememesi gibi yükümlülüklerin her biri, regülasyon müdahalesi teşkil edip, bu yükümlülüklerle ve müdahalelere aykırı işlemlerin TTK açısından sonuçları ayrı bir başlık altında tartışılacak ve değerlendirilecektir.

Beşinci bölümde enerji şirketlerinin yönetim yapısına yönelik müdahaleler incelenecektir. Enerji şirketlerinde yönetim kurulu üyelerinde, TTK'nın aksine, birtakım özel vasıflar aranmakta ve bu vasıflara sahip olmayan yönetim kurulu üyesinin görev yapmasına, düzenleyici kurum EPDK tarafından izin verilmemektedir. Bu bölümde, ilk başlık altında TTK'ya göre şirketlerde yönetim yapısı genel olarak ele alınacaktır. Enerji alanında elektrik dağıtım şirketi ile bu dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetim kurulu üyesi, genel müdür ve genel müdür yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticilerin farklı kişilerden oluşturulması zorunluluğu, elektrik dağıtım şirketinde, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun¹¹ m.16/3 hükmündeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, ilgili şirketin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına el çektirme ve yerlerine EPDK tarafından atama yapılması kararı verilebilmesi gibi yönetime yönelik müdahaleler ikinci başlık altında incelenecektir.

Altıncı bölümde tamamı yukarıda belirtilen bölüm başlıkları altında değerlendirilemeyecek diğer bir takım regülasyon müdahaleleri ayrı başlıklar halinde incelenecektir. Bu müdahalelerden birisi, enerji şirketlerinde birleşme ve devralmadır. Enerji şirketlerinin taraf olduğu, TTK'ya göre yapılacak bir birleşme ve devralma işlemi, yukarıda beş ayrı bölümde ele alınan enerji şirketlerinin yapısına (kuruluşuna, esas sözleşmelerine, sermaye, pay sahipliği, yönetim yapısına) yönelik regülasyon

¹¹ Çalışmamızın tamamında kısaca EPK olarak ifade edilecektir.

müdahalelerinin birçoğunun ihlal edilmesi sonucunu doğuracak olması nedeniyle, enerji şirketlerinde birleşme ve devralma, özellikle regülasyon kapsamında ikincil mevzuat tarafından ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu konu, enerji şirketleri açısından özel bir görünüm arz etmesi sebebiyle, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Altıncı Bölüm altında ayrı bir başlık altında incelenecek olan konulardan biri enerji şirketlerinin denetimidir. Zira enerji şirketlerinin denetimi belirli yönlerden TTK'da belirtilen sistemden sapma göstermektedir. Enerji şirketleri, TTK'ya tabi olarak kurulan ve faaliyet gösteren şirketler olarak ticaret şirketleri için belirtilen denetimlere tabidirler. Bu noktada, ticaret şirketlerinin bağımsız denetimi için TTK m.397/4 hükmünde belirtildiği üzere, TTK m.398 hükmü kapsamında Cumhurbaşkanı tarafından kriterler belirlenmesine rağmen, EPDK tarafından alınan idari bir kararla¹², sözkonusu kriterlerden söz edilmeksizin belirtilen lisans sahibi enerji şirketlerinin bağımsız denetiminin, TTK'da belirtilen denetim sisteminden saptığı görülmektedir. Diğer yandan, hepsine birden regülasyon adını verdiğimiz, enerji mevzuatı kapsamındaki kanunlar (EPK, DPK) ve kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerle enerji şirketleri için ek denetim mekanizmaları getirilmiştir. Bu nedenle, enerji şirketlerinin denetimi de, özel bir görünüm arz ettiğinden bu bölüm altında ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Altıncı Bölüm altında ayrı bir başlık altında incelenecek olan konulardan biri kamuyu aydınlatma ilkesidir. TTK'da ve SerPK'da bu ilkenin yansıması olan birçok düzenleme bulunmaktadır. Enerji hukukunda kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin özel bir hüküm olmamakla birlikte, bu ilkenin kapsamına giren TTK ve SerPK hükümlerinin enerji şirketlerine tam olarak uygulanması, regülasyon müdahalelerinin kapsamı ve kontrolü altına almış olduğu alanlarda mümkün olmayacaktır. Yani, doğrudan kamuyu aydınlatma ilkesine yönelik bir regülasyon müdahalesi olmamasına rağmen, tezimiz kapsamında incelediğimiz regülasyon müdahalelerinin, kamuyu aydınlatma ilkesinin enerji şirketlerinde uygulanmasını birçok açıdan etkilemesi kaçınılmaz kıldığı görülmektedir. Bu nedenle, bu konu da bu bölüm kapsamında ayrı bir başlık altında incelenecektir.

¹² Karar no: 5507, 18/03/2015 tarihli 29299 sayılı RG.

Altıncı Bölüm altında ayrı bir başlık altında incelenecek olan konulardan biri de şirketler topluluğudur. Hakim şirket, bağlı şirket kavramları TTK hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK, getirmiş olduğu düzenleme ile şirketler topluluğu olarak adlandırılan yapı için farklı bir rejim oluşturmuştur. Enerji şirketlerinin, belirli şirketler topluluğu veya grubu içerisinde yeralan şirketler olması durumunda, şirketler topluluğu rejimi, enerji alanında da uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu durumdaki TTK'da yeralan şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler, yukarıda ayrı bölümler başlığı altında incelenen regülasyon müdahalelerine (sermaye, yönetim yapısı, pay sahipliği yapısı, yönetim ayrıştırması) ilişkin düzenlemeler ile karşı karşıya gelecektir. Bu durumda, TTK'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin enerji şirketlerine nasıl uygulanacağı, regülasyon müdahaleleri göz önüne alınarak tartışılacaktır. Bu yönleriyle, TTK'daki şirketler topluluğu hükümlerinin enerji şirketlerine uygulanması özellik arz ettiğinden, konu, bu bölüm başlığı kapsamında ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Altıncı Bölümün beşinci ve son başlığı altında incelenecek olan konulardan biri de ayrıştırma'dır. Ayrıştırma, hukuki ayrıştırma, fonksiyonel (yönetim) ayrıştırması ve hesap ayrıştırması olmak üzere üç alt başlık altında incelenecektir. Öncelikle, enerji şirketlerine yönelik olarak getirilen hukuki ayrıştırma konusu tartışılacaktır. EPK m.3/1-c hükmü çerçevesinde, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin dağıtım şirketleri tarafından 01/01/2013 tarihinden itibaren ayrı tüzel kişilikler altında yürütebileceğine yönelik EPDK Kararı¹³ ve Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayrıştırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar¹⁴ adlı ikincil düzenleme doğrultusunda yapılan hukuki ayrıştırma, mevcut şirketin bölünerek perakende satışla görevli yeni bir şirketin kurulması ve iki ayrı şirkete dönüşmesi sonucunu doğurması nedeniyle, bu zorunluluğun TTK'ya uygunluğu hususu incelenecektir. Fonksiyonel ayrıştırmaya dair öngörülen ve TTK hükümleriyle çelişen müdahaleler de ikinci başlık altında incelenecektir. Ayrıştırmanın üçüncü boyutu ise hesap (muhasabe) ayrıştırması olup, bu ayrıştırmanın, Türk hukuku öncesinde Avrupa

¹³ 12.09.2012 tarihli 4019 sayılı RG.

¹⁴ 27/9/2012 tarihli 28424 sayılı RG.

Birliği'nin (AB) Enerji Direktiflerine¹⁵ dayandığı görülmektedir. AB'ye uyum kapsamında, Direktiflere uygun olarak gerek elektrik piyasası açısından 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹⁶ gerekse doğal gaz piyasası açısından 4646 sayılı DPK¹⁷ uyarınca piyasada birden fazla lisansa sahip olan veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişilere, lisansa tabi her bir faaliyet veya tesis için ayrı ayrı hesap ve kayıt tutma zorunluluğunun getirildiği görülmektedir. Bu yasal düzenlemeler çerçevesinde, muhasebe ayrıştırmasının, hem elektrik hem de doğal gaz piyasasında, piyasa faaliyetlerini kapsayacak şekilde uygulanmasının zorunlu olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemelerle, TTK'nın, şirketler açısından öngörmediği bir zorunluluğun, enerji mevzuatı tarafından enerji şirketleri için getirildiği görülmektedir. Bu gerekçelerle, enerji alanında faaliyet gösteren şirketlerin, muhasebe ayrıştırması zorunluluğuna tabi olması hususu, bu bölüm altında üçüncü başlık altında TTK açısından değerlendirilecek ve incelenecektir.

¹⁵ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity ; Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas; Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC ve Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC.

¹⁶ 03/03/2001 tarihli 24335 sayılı RG (Mükerrer). 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun adı 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı yeni EPK'nın 30. Maddesiyle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun olarak değiştirildiğinden, tezimizde kısaca "4628 sayılı Kanun" olarak bahsedilecektir.

¹⁷ 02/05/2001 tarihli 24390 sayılı RG.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ELEKTRİK VE DOĞAL GAZ PİYASASI, REGÜLASYON İLE TTK ARASINDAKİ İLİŞKİNİN VE ULTRA VİRES İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. ELEKTRİK VE DOĞAL GAZ PİYASASI

1.1.1 Türkiye Elektrik Piyasası

1.1.1.1. Elektrik Piyasasının Tarihçesi

Elektrik, maddenin elektron, pozitron, proton vb. parçacıklarının hareketleriyle ortaya çıkan enerji türü olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Kelimenin kökeni, antik Yunanca olup, kehribar sözcüğünün Yunanca karşılığı olan *elektron*'dur. Yeni Latince'de, kehribar ve benzeri maddelerde bulunan kıvılcımlanma özelliği anlamına gelen "*vis electrica*" (kehribarî güç) deyiminden alıntıdır¹⁹.

Türkiye'de elektrik üretimi, kullanımı ve piyasasının oluşumunun, dünyadaki süreci geriden takip ettiği görülmektedir²⁰. Osmanlı Devleti döneminde, Selanik,

¹⁸http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5802129a92b0c8.14614055 (Erişim Tarihi: 10.10.2018).

¹⁹<http://www.etimolojiturkce.com/kelime/elektrik> (Erişim Tarihi: 10.10.2018) ; Elektrğin tanımı, keşfi, günümüz anlamında üretilebilmesi ve yaygınlaşmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. <http://www.universetoday.com/82402/who-discovered-electricity/>; (Erişim Tarihi:10.10.2018); http://www.americaslibrary.gov/jb/gilded/jb_gilded_hydro_2.html (Erişim Tarihi:10.10.2018); http://ethw.org/2007_IEEE_Conference_on_the_History_of_Electric_Power (Erişim Tarihi : 10.10.2018); <http://www.historyoflighting.net/electric-lighting-history/history-of-street-lighting/> (Erişim Tarihi:10.10.2018) ; http://www.gracesguide.co.uk/Electric_Lighting (Erişim Tarihi: 10.10.2018); <http://edisonlightglobes.com/Shop/original-edison-swan-electric-co-ltd-lamp/> (Erişim Tarihi:10.10.2018); http://www.gracesguide.co.uk/Electric_Lighting (Erişim Tarihi:10.10.2018).

²⁰ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Aktepe, "Osmanlı Devletinde Elektrik", TEİAŞ E-Bülten Dergisi, (Şubat 2012) <http://www.teias.gov.tr/ebulten/makaleler/2012/OSMANI%20ELEKTR%C4%B0K/> (Erişim Tarihi: 10.10.2018); Mehmet Karayaman, "Ankara Elektrik Türk Ticaret Anonim Şirketi Tarihçesi (1929-1939)", Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt:16, Sayı:1, (Ocak 2014), s.51; A. Hamit Serbest "Türkiye'de Elektrik Enerjisi Üretimine İlk Yılları", EMO Elektrik Mühendisliği Dergisi, Sayı 418, (Haziran 2003), s.31-33 (I. Bölüm) ve Sayı:419, (Eylül 2003), s. 13-17 (II. Bölüm), http://www.EMO_K2M212 Türkiye de elektrik enerjisi üretiminin ilk yılları_H.Serbest_EMD_418-haz2003.pdf. (Erişim Tarihi: 10.10.2018); Naziye Özdemir, "İmparatorluktan Cumhuriyete Elektrğin Tarihsel Gelişimi (1850-1938)", Osmanlı Medeniyeti Araştırmaları Dergisi, Cilt:2, Sayı:3 (Temmuz 2016), s.23; Ali Akyıldız, "Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri- Ottoman Securities", İstanbul, Türkiye Ekonomik ve

Şam²¹ ve Beyrut'ta²² elektrikli aydınlatma ve elektrik hizmetinin sunulması için çoğunluğunu yabancı sermaye teşkil eden şirketlere imtiyaz verildiği²³. çeşitli bahane ve gerekçelerle elektriğin yaygınlaşamadığı, İstanbul'da ise dönemin yönetimi tarafından elektrik kullanımını yaygınlaştırmak ve o dönem bu hizmeti sunan şirketlerin yabancı sermaye sahipleri ve şirketleri çekmek amacıyla 0 Haziran 1910 tarihinde “*Menafî Umumiye Müteallik İmtiyaz*” yani “*Kamu Yararına İlişkin Ayrıcalıkları Düzenleyen Yasa*”nın çıkartıldığı, böylece bu düzenleme ile enerji alanında Osmanlı Devleti topraklarında yatırım yapacak yabancı sermayeye imtiyazlar sağlandığı görülmektedir²⁴.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise, Mustafa Kemal Atatürk liderliğinde yeni devlet yönetiminin, 1923'te toplanan Türkiye İktisat Kongresinde devletin menfaatlerine aykırı olmadığı sürece yabancı sermayeye karşı olmadıklarını açıkladığı görülmektedir²⁵. Elektrik hizmetinin yaygınlaştırılması amacıyla, daha önce imzalanmış imtiyaz sözleşmelerine ek olarak, belirlenmiş başka şehirlerde de elektrik üretimi ve satışı için birtakım yabancı firmalara imtiyaz verilmeye devam edilmiştir²⁶. 1920-1930 yılları arasında, yabancıların hakim olduğu bu şirketlerin, imtiyaz sözleşmelerinde yer alan yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri, elektrik fiyatlarının altın esasına göre belirlenmesi hususunu imtiyaz sözleşmelerine koydurmaları, elektrik fiyatlarının aşırı şekilde yükselmesine neden olurken, diğer yandan ihtiyaç duyulmasına rağmen elektrik tüketiminin düşmesine neden olmuştur²⁷.

Toplumsal Tarih Vakfı, Bilingual Edition Turkish-English, 2001, s.178; Emine Erol, “Türkiye’de Elektrik Enerjisinin Tarihi Gelişimi 1902-2000”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s.71; Gülhanım Sızlı Erol, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müd. Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi, Yayın No 2487, Uzmanlık Tezi, 1999, s.86;

²¹ Özdemir N, a.g.m, s.25 ;Akyıldız, a.g.m, s.178.

²² Özdemir N, a.g.m, s.25; Erol, a.g.e, s.71; Sızlı Erol, a.g.e, s.86.

²³ Karayaman, a.g.m, s.51; Özdemir N, a.g.m, s.21

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Aktepe, a.g.m; Karayaman, a.g.m, s.51; Özdemir N, a.g.m, s.23,24,25; Erol, a.g.e, s.70; Bahadır Bayrıl, Seyhan Erözçelik, Serdar Yılmaz, Önce Ateş Vardı, Türkiye’de Enerji Devrimi ve Modern Hayatın Etkileşimi, I.B., Mehmet Zorlu Vakfı, İstanbul, 2009, s.114.; Leyla Dolun, Türkiye’de Elektrik Enerjisi Üretimi ve Kullanılan Kaynaklar, Ankara, (2002), s.2 <http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/SA/2002-SA/SA-02-06> -(Erişim Tarihi : 29.10.2018). 18_Elektrik_Enerjisi_Sektoru.pdf (Erişim Tarihi : 29.10.2018).

²⁵ Özdemir N, a.g.m, s.23,24.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir N, a.g.m s.25; Erol, a.g.e, s.66; Karayaman, a.g.m s.51,52; A.Gündüz Ökçün, 1920-1930 Yılları Arasında Kurulan Türk Şirketlerinde Yabancı Sermaye, Ankara Üniv.Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:324, 1971, s.116, 147,148.

²⁷ Dolun, a.g.m, s.2.

Elektrik hizmetlerinde özel şirketlere imtiyaz verme sisteminin olumsuz sonuçları, 1929 İktisat Bunalımının sonuçlarıyla da birleşince, elektrik hizmetinin sürekli bir şekilde ve uygun fiyatla sunulmasını sağlamak için, Türkiye Cumhuriyeti de, diğer birçok ülke gibi 1930'dan sonra devletçi politika uygulamalarına yöneleceğinin işaretini vermiştir²⁸.

Bu kapsamda, 1930 yılında yasal düzenleme yapılarak 1580 sayılı Belediyeler Kanunu²⁹ ile elektrik üretimi ve dağıtımına ilişkin hizmetin belediyelerin yetkisi dâhilinde olduğu belirtilmekle birlikte, düzenleme kapsamında belirtilen süre ve şartlar çerçevesinde Belediyelerin özel şirketlere imtiyaz verebileceği belirtilmiştir. Kanun kapsamında, imtiyaz sözleşmeleri süresinin sonunda, satış bedeli, belediye tarafından temin edilmek şartıyla, hükümet vasıtasıyla satın alınacağı ve şirket tesisat ve mallarının belediyelere devrolunacağı düzenlemesi yer almıştır. Bu yasal düzenlemenin uygulamaya geçmesini sağlamak için elektrik tesislerinin yapımı ve belediyelere finansman temini ile görevlendirilen “*Belediyeler Bankası*” 2301 sayılı Kanunla 1933 yılında kurulmuştur³⁰. 1580 sayılı Belediyeler Kanunu 1930 yılında çıkarılmasına rağmen ancak 1938 -1944 yılları arasında bazı kaydadeğer gelişmeler gözlenmiştir³¹. 1935 yılında, Türkiye'nin enerji ihtiyacını belirlemek, su ve diğer enerji kaynakları ile ilgili inceleme ve araştırmalar yapmak amacıyla Elektrik İşleri Etüt İdaresi(EİEİ) ile üç ana işlevinden biri elektrik işletmeciliği olarak belirlenen Etibank kurulmuştur. İller Bankası, küçük ölçekle hidroelektrik santrallerin inşası köy ve kasabaların elektrikleştirilmesi işlerini Etibank ve EİEİ ile birlikte yürütmüştür³².

²⁸Özdemir N, a.g.m, s.26,27.

²⁹14/04/1930 tarihli 1471 sayılı RG,

³⁰Belediyeler Bankası hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Birgül A Güler, “Kentsel Altyapı Finansmanı (Belediyeler Bankası: 1933-1945)”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 1, s.87-105, (1996)

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/c44c149b020aaf1_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi (Erişim Tarihi: 30.10.2019); Ernst Reuter, “Belediyeler Bankası, Çeviren: Orhan Tuna”, İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt: IV, Sayı: 1, (1942), s. 42-68.

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuifm/article/viewFile/1023014250/1023013457> (Erişim Tarihi: 30.10.2019); Belediyeler Bankası 6107 sayılı Kanunla özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, anonim şirket statüsünde olan bir bankaya dönüştürülerek “İller Bankası A.Ş” ismini almıştır. İller Bankası'nın kısaltılmış ünvanının “İLBANK” olduğu ifade edilmiş olup, Banka, 6107 sayılı Kanun kapsamında faaliyetlerine devam etmektedir.

<https://www.ilbank.gov.tr/index.php?Sayfa=iceriksayfa&icId=3> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir N, a.g.m, s.28;Dolun, s.2, 3.)

³² Özdemir N, a.g.m, s.28; Ayla Tutuş, “Türkiye’de Elektrik Enerjisinin Tarihsel Gelişimi ve Yeni Piyasa Düzeni İçerisinde Hidroelektrik Enerjinin Yeri”, TMMOB Su Politikaları Kongresi, TMMOB

EİEİ tarafından, 1940 yılına kadar 28 adet hidroelektrik santral kurulmuştur³³. Bu adımlarla, elektrik hizmetinin artık kamu hizmeti olarak görüldüğü ve bu hizmetin Devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiği, bizzat Devlet tarafından teyit edilmiştir.

1950'li yıllara gelindiğinde, Devletin, elektrik hizmetine yaklaşımında köklü değişiklik olduğu görülmektedir. 1930'dan sonra, elektrik hizmetinin temin edilmesinde, imtiyaz sisteminden, devletçilik uygulamasına dönen Devlet'in, 1950'den sonra, yeniden, devletçilikten, imtiyaz verilmek suretiyle elektrik hizmeti temin edilmesi yöntemine döndüğü görülmektedir³⁴.

1953 yılında, ilk kez toplanan I. İstisari Enerji Kongresi'nde alınan karar doğrultusunda, elektrikleendirme faaliyetlerinin tek elde toplanmasına yönelik olarak çalışmalar kapsamında, 4951 Sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak 25.12.1963 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) kurulmuştur. Bakanlığın kurulması da, elektrik hizmetlerinin tek elde toplanmasını sağlamamış, 1970 yılında Türkiye Elektrik Kurumu'nun (TEK) kuruluşuna kadar, elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmeti dağınık bir şekilde Etibank, DSİ, İller Bankası, EİEİ, özel imtiyazlı şirketler, belediyeler, otoprodüktör sanayi kuruluşları tarafından yerine getirilmiştir³⁵.

1970 yılında, 1312 sayılı Kanunla TEK, tekeli altında olmak üzere elektrik enerjisinin, üretimi, iletimi ve dağıtım ve ticaretini yapmak amacıyla tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesi ile sınırlı bir iktisadi devlet teşekkülü olarak kurulmuştur³⁶. TEK'in kurulması ile imtiyazlı elektrik ortaklıkları politikasından vazgeçilmi ancak daha önceki yıllarda kurulmuş olan imtiyazlı ortaklıklar varlıklarını sürdürmüşlerdir. Elektrik sektöründe TEK'e tanınan tekel yetkisinin uygulandığı dönemde, elektrik arzının yeterli düzeyde olmaması ve yeni yatırımlar için kamu kaynaklarının yeterli olmaması nedeniyle, TEK'e tanınan tekel

Su Politikaları Kongresi Bildiriler Kitabı, Cilt:1, (2006), s.319, <http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/9136.pdf> (Erişim Tarihi:24.10.2018)

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tutuş, a.g.b, s.319.

³⁴ Dolun, a.g.m, s.3.

³⁵ Dolun, a.g.m, s.3,4; *Tutuş*, 1902-1970 arası Osmanlı Devleti döneminden başlayıp, 1970 yılına kadar olan dönemi, imtiyazlar ve dağınık uygulamalar dönemi olarak adlandırmaktadır. Belirtilen döneme ilişkin süreç incelendiğinde, yapılan uygulamaların bu nitelendirmeyi haklı çıkardığı görülmektedir. (Tutuş, a.g.b, s.318.)

³⁶ Mülga 1312 Sayılı Kanunun 1.2. ve 3.maddeleri.

yetkisi, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile kaldırılmış, gerekli izinler alınarak kurulacak özel sektör şirketlerinin, Yap İşlet (Yİ), Yap İşlet Devret(YİD), İşletme Hakkı Devri(İHD) ve Otoprodüktör modellerinden birini kullanarak, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım konusunda yatırım yapması olanaklı hale getirilmiştir³⁷.

1980’li yılların sonuna doğru, 1990’lı yılların başını da kapsayan süreçte, elektrik sektöründe yeni bir yapılandırma kendini göstermeye başlamıştır. Bu yapılandırma kapsamında, görev bölgeleri yasal olarak belirlenmiş 10 kadar sermaye şirketi kurularak, bu şirketler, yetkilendirildikleri görev bölgesi içinde elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticaretini yapmak üzere görevlendirilmişlerdir³⁸.

1993 yılında, 1990’lı yıllarda başlatılan elektrik piyasasını yeniden yapılandırma çalışmaları hız kesmemiş, bu kapsamda, elektrik hizmetlerini tek çatı altında toplamak ve tek elden yönetmek üzere kurulan ve tekel yetkisi ile donatılan TEK, çıkarılan 13.8.1993 gün ve 513 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ETKB ile ilgisi devam etmek üzere, önce özelleştirme kapsamına alınmış ve sözkonusu KHK, 22 Şubat 1994 tarih ve 3974 sayılı Kanunla³⁹ kanunlaşmıştır⁴⁰.

TEK’in özelleştirilmesinin bir devamı olarak, Bakanlar Kurulunun 93/4789 Sayılı Kararı ile Kurum Türkiye Elektrik Üretim, İletim A.Ş. (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) adı altında iki ayrı İktisadi Devlet Teşekkülüne

³⁷ Tutuş, a.g.b, s.320. ; Türkiye Elektrik Enerjisi Gelişiminin Kısa Tarihçesi, [http://www.teias.gov.tr/T%C3%BCrkiyeElektrik%C4%B0statistikleri/istatistikler/tarihce\(turk\).htm](http://www.teias.gov.tr/T%C3%BCrkiyeElektrik%C4%B0statistikleri/istatistikler/tarihce(turk).htm) (Erişim Tarihi: 30.10.2018) ;Elektrik Enerjisi Faaliyetlerinin Hukuki Niteliği ve Uygulamalar, http://www.emo.org.tr/ekler/3a6b2ee7d0c0db3_ek.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁸ Konu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Erol Aslan, Özcan, Yavaş, “Çukurova Elektrik A.Ş. Ve Kepez Ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri A.Ş. İmtiyaz Sözleşmelerin Feshi”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt:15, Sayı:1 (Mayıs 2012) s.119; Türkiye Elektrik Enerjisi Gelişiminin Kısa Tarihçesi, [http://www.teias.gov.tr/T%C3%BCrkiyeElektrik%C4%B0statistikleri/istatistikler/tarihce\(turk\).htm](http://www.teias.gov.tr/T%C3%BCrkiyeElektrik%C4%B0statistikleri/istatistikler/tarihce(turk).htm) (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁹ 01/03/1994 tarihli 21864 sayılı RG.

⁴⁰ 3974 sayılı yasanın, TEK’in özelleştirilmesine ilişkin hükümlerinin iptaline ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. AYM 9.12.1994 t. 1994/43 E.,1994/42-3 K. Nolu kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 11.10.2018).

ayrılmıştır. TEDAŞ'ın da, ayrı dağıtım bölgelerine bölünerek⁴¹ özelleştirilmesi için hazırlık yapılmıştır. Dağıtım bölgeleri için açılan ihalelerden bir kısmı yargı kararıyla iptal olurken, bir kısmı Bakanlar Kurulu kararlarıyla iptal edilmiştir⁴².

2000'li yılların başı ise, elektrik sektöründe yepyeni bir sürecin başladığı yıllardır. 3096, 3996 ve 4501 sayılı Kanunlarca öngörülen modellerin yukarıda detaylıca açıklanan nedenlerle başarıya ulaşmaması, ülkenin o dönemde bulunduğu ekonomik koşullar nedeniyle, Uluslararası Para Fonu'nun (IMF) ve Dünya Bankası'nın baskısı ve üye olmaya çalıştığı AB mevzuatına uyum sağlama gibi nedenlerle elektrik sektörünün yeniden yapılanmasına yönelik olarak, 4628 sayılı Kanun kabul edilerek yürürlüğe girmiş, böylece, Türkiye Elektrik Piyasası Reformu olarak adlandırılan ve Avrupa Birliği müktesebatı ile enerji mevzuatına uyum sağlama amacını taşıyan süreç, hukuki olarak da resmen başlatılmıştır⁴³. Kanununun 1. Maddesinde, bu Kanunla elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreye uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulmasının ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasının amaçlandığı vurgulanmıştır. Kanunla, özel sektörün daha etkin rol oynayacağı bir elektrik piyasası oluşturulmak istenirken diğer yandan, piyasanın regülasyona tabi tutulacağı belirtilmiştir.

⁴¹ TEDAŞ'ın dağıtım bölgelerine ayrılması süreci de, bir kaos süreci görünümündedir. 1985 yılında yerli sermaye ile birlikte yabancı sermayenin de almasına izin verilen 15 dağıtım bölgesi oluşturulmuştu. Bu 15 dağıtım bölgesine 21 Temmuz 1989 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla 16. bölge olarak İstanbul ili Anadolu yakası, 8 Şubat 1990 tarihli kararla 17. bölge olarak Samsun eklenirken, 9 Ağustos 1991 tarihli kararlar 7. görev bölgesine Bilecik dahil edilmiştir. 2 Ekim 1991 tarihli kararlar sil baştan 21 dağıtım bölgesi oluşturulmuştur. Ancak, bu karardan da vazgeçilerek 6 Aralık 1992 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla, her bir ili bir görev bölgesi olması kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu'nun 7 Şubat 1997 tarihli kararıyla bir kez daha görev bölgeleri belirlenmiş ve bu kez de 29 bölge oluşturulmuştur. Bakanlar Kurulu'nun 14 Eylül 2000 tarihli kararıyla bölge sayısı 33'e çıkarılmıştır. Bu 33 bölgeden 19 tanesi, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 19 Haziran 2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararıyla hazırlık işlemine tabi tutulmak üzere özelleştirme kapsamına alınmıştır. (Banu Salman, "Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma Ve Özelleştirme", Memleket Siyaset Yönetim, Cilt: 3, Sayı: 6, (Haziran 2008), s.195, <http://www.msydergi.com/uploads/dergi/153.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018).)

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Salman, a.g.m, s.197; Mert Karamustafaoğlu, Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, 2007, s.34, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FUzmanlik%25c4%25b1k%2BTezi%2Ftez84.pdf> (Erişim Tarihi:12.11.2018).

⁴³Abdulkadir Ongun, "Türkiye'de Elektrik Piyasası Süreci", (2015), <https://www.tespam.org/turkiyede-elektrik-piyasasi-sureci/> (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

4628 sayılı Kanun sonrasında, elektrik sektöründe gelişmeler hız kazanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 2001/2026 sayılı kararı⁴⁴ ile, TEAŞ şirketinin bölünerek, elektrik üretimi, iletimi ve satışının ayrı şirketler tarafından yerine getirilecek şekilde yapılanması, bu kapsamda Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ), Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi (TETAŞ)⁴⁵ adlı üç ayrı iktisadi devlet teşekkülü oluşturulması kararlaştırılmıştır.

4628 sayılı Kanununun 2. Maddesinde yer alan düzenleme doğrultusunda, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu oluşturulmuştur. Kurulmasının ardından, DPK ile kurumun adı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olarak değiştirilerek, görev alanına önce doğal gaz eklenmiş, akabinde 4 Aralık 2003 tarihinde kabul edilen Petrol Piyasası Kanunu ile de petrol sektörü eklenmiştir.

EPDK, EPK'dan sonra, elektrik piyasası lisansların türleri ile lisans başvurusu, değerlendirilmesi, verilmesi ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere 4 Ağustos 2002 tarihinde Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'ni çıkarmış ve piyasa faaliyeti için lisans alınması esasını benimseyerek, piyasaya giriş çıkışları kontrol altına almıştır.

EPK'nın kabulünden sonra da, elektrik piyasasında sürekli bir şekilde öngörülen değişim ve özelleştirme beklentisi gerçekleşmemiştir. Nihayet 19/12/1984 tarihli 3096 sayılı Kanunla elektrik piyasasında yapılması beklenen ancak bir türlü yapılamayan özelleştirme ile ilgili dönemin hükümeti tarafından somut bir adım atılarak ETKB koordinasyonunda EPDK, Özelleştirme İdaresi, Devlet Planlama Teşkilatı, Hazine Müsteşarlığı'nın katılımıyla Yüksek Planlama Kurulu toplanarak 17/03/2004 tarihli ve 2004/3 sayılı *Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi*'ni⁴⁶ kabul etmiştir.

⁴⁴ 29/06/2001 tarihli 24447 sayılı RG.

⁴⁵ TETAŞ'ın tüzel kişiliğine, Cumhurbaşkanı tarafından yayınlanan 703 nolu KHK kapsamında(09/07/2018 tarihli 30473 sayılı RG) son verilmiş ve EÜAŞ'la, EÜAŞ çatısı altında birleştirilmiştir.

⁴⁶Tam metni için bkz.

<https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2F>

[Elektrik_Enerjisi_Sektoru_Reformu_ve_Ozellestirme_Strateji_Belgesi.pdf](#);Konu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Mehtap Yıldırım Öztürk, Tuğba Bayman Keskin, Çağdaş Evrim Ergün,

Yüksek Planlama Kurulu, 18.05.2009 tarihinde 2009/11 No'lu Kararı kapsamında *Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Stratejisi Belgesi*⁴⁷ adlı yeni bir strateji belgesi açıklamıştır. Bu kararla, elektrik dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesi ivme kazanmış, 21 dağıtım bölgesine bölünerek şirketleştirilen elektrik dağıtım sektörü, programda belirtilen sıra dahilinde, her dağıtım bölgesinin imtiyazları, ayrı ayrı ihale edilerek özel sektöre aktarılmıştır. 2009-2010 yılları içinde tüm bölgelerin özel şirketlere devrini gerçekleştirmek üzere özelleştirme ihaleleri tamamlanmıştır ancak yine birtakım nedenlerle özelleştirilmesi gerçekleştirilemeyen veya iptal edilen dağıtım şirketleri de nihayet 30 Eylül 2013 tarihinde son devir sözleşmesinin de yapılması ile dağıtım özelleştirme süreci sona ermiştir. Böylece, devlet, elektrik dağıtım sektörünün tamamının işletmeciliğinden çekilmiş, hizmetin tümüyle özel sektör eliyle yerine getirilmesi yöntemini benimsemiştir. Devlet, regülasyon düzenlemeleri doğrultusunda, regülasyon kurumları aracılığıyla, sektörü denetleme ve düzenleme görevini devam ettirmektedir.

Elektrik dağıtım şirketlerinin özelleştirme ihaleleri ile birlikte elektrik üretim işletmelerinin özelleştirmelerine de devam edilmiş ve değişik güçteki 52 adet hidroelektrik santralin özelleştirilmesine karar verilerek, bu santraller 19 grup olarak ihale edilmiştir. Geline nokta, Devlet, dağıtımda olduğu gibi, elektrik üretiminden tamamen çekilmemiştir ancak elektrik üretim işletmelerinin özelleştirilmesi süreci de devam etmektedir.

Türkiye'de elektrik piyasasının tarihçesi, belirli bir amaç doğrultusunda belirli bir yöne istikrarlı hareket eden bir süreç görünümünden ziyade, farklı dönemlerde, o dönemin önemli olaylarının etkisiyle farklı yönlerde savrulan bir süreç görünümündedir. Sektöre hakim olan yabancılara imtiyaz verilmesi usulü ile başlayan süreç, 1930 larda, tüm dünyayı etkileyen ekonomik krizin etkisiyle devletçi

“Türkiye’de Değişen Enerji Politikası Yasal Çerçeve ve Uygulamalar II”, (2004), s.5 http://cakmak.av.tr/pdf/28736_1.pdf (Erişim Tarihi:12.11.2018);Türkiye Elektrik Piyasası İçin Özelleştirme Önerileri, TÜSİAD Enerji Stratejisi Dizisi-3, s.43. <https://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/4007-tusiad-enerji-stratejisi-dizisi---3> (Erişim Tarihi: 12.11.2018)

⁴⁷ Tam metni için bkz.

<https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2FElektrik+Enerjisi+Piyasas%C4%B1+ve+Arz+G%C3%BCvenli%C4%9Fi+Strateji+Belgesi.pdf> (Erişim Tarihi: 12.11.2018).

politikalara dönüşle sonuçlanmış 1950'lere kadar devlet elektrik sektöründe tek aktör olmuştur. 1950'lerden sonra yeniden imtiyaz verilme usulüne dönülmüş, 1970'lerde TEK'in kurulması ile elektrik hizmetleri devlette tek çatı altında toplanmıştır. 1980'lerden sonra dünyadaki özelleştirme rüzgarının etkisiyle, elektrik sektöründe özelleştirmelere yönelik ilk adımlar atılmıştır. Bugün de, iletim dışında elektrik üretimi, dağıtımı, perakende satış, toptan satış, ithalat-ihracat faaliyetleri kısmen veya tamamen özelleştirilmiş olup, süreç, özelleştirme yönünde ilerlemektedir. Devlet, özelleştirme yoluyla bir aktör olmaktan çıktığı sektörde, regülasyonlar yoluyla düzenleyen, denetleyen konumunda olarak etkinliğini sürdürmektedir.

1.1.1.2. Elektrik Piyasasının Güncel Yapısı ve Piyasa Faaliyetleri

6446 sayılı EPK'nın m.2 hükmü "*Bu Kanun; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan veya perakende satışı, ithalat ve ihracatı, piyasa işletimi ile bu faaliyetlerle ilişkili tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini kapsar*" şeklindedir. Kanunun 4. Maddesinde ise elektrik piyasası faaliyetleri olarak nitelendirilecek faaliyetler açık bir şekilde sayılmış, bu faaliyetlerin lisans almak koşuluyla yürütülebileceği vurgulanmıştır. Buna göre elektrik piyasası, üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, ithalat, ihracat ile piyasa işletimi faaliyetlerinden oluşmaktadır. Maddenin devamında elektrik piyasası faaliyetlerinin, ister Devlet tarafından kurulmuş, ister özel sektör tarafından kurulmuş olsun, ilgili mevzuata (TTK'ya) göre kurulan anonim veya limited şirketler tarafından yerine getirileceği ortaya konmuştur.

Üretim faaliyeti, EPK'nın *Tanımlar ve Kısaltmalar* başlıklı m.3 hükmünde "*Enerji kaynaklarının, elektrik üretim tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesi*" olarak tanımlanmıştır. Elektrik enerjisinin, doğada hazır bulunan bir enerji biçimi olmaması nedeniyle, doğada başka formda bulunan doğal kaynaklar kullanılarak elde edildiği gerçeği karşısında, elektrik üretim faaliyetinin hayati derecede öneme sahip olduğu, diğer piyasa faaliyetlerinin üretim faaliyetine bağlı olarak ortaya çıktığı söylenebilecektir.

Türkiye’de elektrik üretimi faaliyeti, 1980’lerden sonra elektrik üretimi sektöründe özelleştirmelere yönelik atılan adımlar sonucunda, hem kamu şirketleri, hem de özel sektör şirketleri tarafından yerine getirilmektedir.

EPK’nın *Tanımlar ve Kısaltmalar* başlıklı m.3 hükmünde, üretim şirketi “*sahip olduğu, kiraladığı, finansal kiralama yoluyla edindiği veya işletme hakkını devraldığı üretim tesisi ya da tesislerinde elektrik enerjisi üretimi ve ürettiği elektriğin satışıyla iştiغال eden özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişi*” olarak tanımlamıştır.

EPK’nın m.7 hükmü kapsamında, üretim lisansı alan birçok özel sektör şirketi ile organize sanayi bölgesi tüzel kişilikleri, belediye şirketleri ve Kanunun m.26/6 hükmü kapsamında üretim lisansına sahip olan tek kamu şirketi olan EÜAŞ⁴⁸ tarafından elektrik üretim faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Üretim şirketlerine tanınan üretim faaliyeti sınırsız olmayıp, EPK’nın m. 7/5 hükmü kapsamında, üretim lisansına sahip şirketlerin üretebileceği toplam enerji miktarına, regülasyon kapsamında bir sınır getirildiği görülmektedir.

EPK m.7 hükmünde yer alan düzenlemede, üretim şirketinin, elektrik üretiminin faaliyetinin yanı sıra, maddede belirtilen sınırlar çerçevesinde, elektrik enerjisi veya kapasite satışı, alımı ve ticareti faaliyetlerini de gerçekleştirebileceği açık bir şekilde yer almaktadır.

İletim faaliyeti, EPK’nın 3. maddesinde “*Elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden nakli*” şeklinde tanımlanmıştır.

EPK’nın 8. Maddesinde, elektrik enerjisi iletim faaliyetinin, lisansı kapsamında münhasıran TEİAŞ tarafından yürütüleceği TEİAŞ’ın, bu Kanunla belirlenen faaliyetler dışında bir faaliyetle iştiغال edemeyeceği hususları vurgulanmıştır. TEİAŞ, EPDK’dan 13.03.2003 tarihinde aldığı iletim lisansı çerçevesinde, Devletin genel

⁴⁸ EÜAŞ’ın uhdesinde 2018 yılı sonu itibariyle 19.851 MW kurulu güce sahip santraller (hidrolik, linyit, doğal gaz, sıvı yakıtlar) bulunmakta olup, şirket 38.282.513MWh elektrik üretimi gerçekleştirmekte, elektrik üretiminde faaliyetine devam etmektedir. <http://www.euas.gov.tr/Sayfalar/Kurulu-G%C3%BC%C3%A7-ve-%C3%9Cretim2.aspx?did=22> (Erişim Tarihi: 31.02.2019)

enerji politikasına uygun olarak, ülkedeki tüm iletim tesislerini devralmak, elektrik iletimi, yük tevzi ve işletme planlaması hizmetlerini yürütmek üzere mevcut mevzuat ve ana sözleşme hükümleri çerçevesinde, faaliyetlerini yürütmektedir. Dağıtım şirketlerinde olduğu gibi, TEİAŞ tarafından iletim sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla ve yan hizmetler piyasası kapsamında elektrik enerjisi veya kapasitesi satın alınması veya kiralanması ile iletim sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak için sözleşmeye bağlanan enerjinin, gerçekleştirmeler nedeniyle fazlasının satışının yapılmasının iletim dışında iştiğal kuralının istisnası olduğu belirtilmiştir. Maddenin devamında TEİAŞ'ın görev ve yükümlülükleri geniş bir şekilde düzenlenmektedir. Bu görev ve sorumluluklar tez konusu kapsamına girmediğinden burada değinilmeyecektir.

Dağıtım faaliyeti, EPK'nın *Tanımlar ve Kısaltmalar* başlıklı 3. Maddesinde "*Elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden nakli*" şeklinde, dağıtım şirketi de "*Belirlenen bir bölgede elektrik dağıtımı ile iştiğal eden tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır.

Dağıtım şirketlerinin özelleştirilmesi süreci, 30 Eylül 2013 tarihinde son devir sözleşmesinin de yapılması ile sona ermiştir. Böylece, Devlet, elektrik dağıtım sektörünün tamamının işletmeciliğinden çekilmiştir. Dağıtım hizmetinin tamamının özelleştirilmesine rağmen dağıtım faaliyeti ile görevli olmak üzere kurulan TEDAŞ tasfiye edilmemiştir. TEDAŞ, EPK'nın m. 15 hükmü ile ikincil mevzuatın vermiş olduğu, dağıtım şirketlerinin denetimi başta olmak üzere diğer birtakım görevleri yürütmek üzere faaliyetine devam etmektedir.

Ancak elektrik dağıtım faaliyetlerindeki değişim, özelleştirme ile son bulmamıştır. Özelleştirme sonrası hem dağıtım hem de perakende elektrik satışı yapmaya yetkili olan bölgesel dağıtım şirketleri, AB yasalarına uyum kapsamında dağıtım hizmetleri ile perakende satış faaliyetlerinin hukuki ayrıştırma zorunluluğu kapsamında kısmi olarak bölünerek ayrı elektrik perakende satış şirketleri kurulmuştur. Dağıtım faaliyeti, faaliyet gösterilen bölge ile sınırlandırılırken, görevli perakende satış şirketleri bölge ile sınırlandırılmamıştır.

EPK m. 9 hükmü kapsamında, dağıtım faaliyetinin, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütüleceği ve dağıtım şirketinin, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi gibi temel hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Birtakım istisnaları olduğu belirtilmekle birlikte, dağıtım şirketinin, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemeyeceği hususu vurgulanmıştır. Hükümde, piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilerin bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketinin piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamayacağına ilişkin içermiş olduğu düzenlemeyle, dağıtım şirketinin pay sahipliği yapısına yönelik tipik bir regülasyon müdahalesi öngörülmektedir. Maddenin devamında, dağıtım şirketlerinin görevleri, sorumlulukları detaylı bir şekilde düzenlenmektedir. Bu görev ve sorumluluklar tez konusu kapsamına girmediğinden burada değinilmeyecektir.

Kanununun 3. Maddesinde, toptan satış “*Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin tekrar satışı için satışı*” perakende satış ise “*Elektriğin tüketicilere satışı*” şeklinde tanımlanmıştır. EPK’nın 10. Maddesinde toptan ve perakende satış faaliyetlerinin, üretim şirketleri ile tedarik lisansı kapsamında kamu ve özel sektör tedarik şirketleri tarafından, EPK’ya ve EPK’ya göre çıkarılan yönetmelikler uyarınca yürütüleceği düzenlenmiştir. Tedarik şirketlerinin, dağıtım şirketlerinin aksine herhangi bir bölge sınırlaması olmaksızın serbest tüketicilere toptan veya perakende satış faaliyetlerinde bulunabileceği ifade edilmiştir. Tedarik şirketlerine Bakanlığın uygun görüşü doğrultusunda uluslararası enterkonneksiyon şartı oluşmuş ülkelerden veya ülkelere, Kurul onayı ile elektrik enerjisi ithalatı ve ihracatı faaliyetlerini yapma hakkı da tanınmıştır. Dağıtım şirketi tarafından yürütülmekte olan perakende satış faaliyeti, görevli tedarik şirketi tarafından yerine getirilir. Görevli tedarik şirketi, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest tüketici olmayan tüketicilere, Kurul tarafından onaylanan perakende satış tarifeleri üzerinden elektrik enerjisi satışı yapar. Görevli tedarik şirketi, serbest tüketici niteliğini haiz olduğu hâlde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi temin etmeyen tüketicilere, son kaynak tedarikçisi sıfatıyla elektrik enerjisi sağlamakla yükümlüdür. Bu şirketin son kaynak tedarikçisi sıfatıyla faaliyet göstereceği bölge, ilgili dağıtım bölgesidir ve bu husus tedarik lisansına dercedilir.

İthalat ve ihracat faaliyeti ayrıca lisansa bağlanmış ve lisansı alan şirketler tarafından münhasır olarak yerine getirilen faaliyetler değildir. EPK'nın m.12 hükmünde elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin uluslararası enterkonneksiyon şartı oluşmuş ülkelere ihracatının, tedarik lisansı sahibi şirketler ve üretim şirketleri tarafından, Bakanlığın uygun görüşü doğrultusunda, Kurul onayıyla yapılabileceği ifade edilmiştir. Elektrik enerjisi ve/veya kapasitesinin uluslararası enterkonneksiyon şartı oluşmuş ülkelerden ithalatının ise, tedarik lisansı sahibi şirketler tarafından, Bakanlığın uygun görüşü doğrultusunda, Kurul onayıyla yapılabileceği ifade edilmiştir.

EPK'nın m.3 hükmünde tanımlanmamış olan piyasa işletim faaliyeti, Kanunun m.11 hükmünde, *“organize toptan elektrik piyasalarının işletilmesi ve bu piyasalarda gerçekleştirilen faaliyetlerin mali uzlaştırma işlemleri ile söz konusu faaliyetlere ilişkin diğer mali işlemler”* şeklinde tanımlanmış, devamında 6102 sayılı TTK ve özel hukuk hükümlerine tabi, Enerji Piyasaları İşletme Anonim Şirketi (EPİAŞ) ticaret unvanı altında bir anonim şirket kurulacağı belirtilmiştir. Piyasa işletim faaliyeti EPİAŞ öncesi TEİAŞ bünyesinde serbest elektrik piyasası faaliyetlerini yürüten Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi (PMUM) tarafından yürütülmekteydi. EPİAŞ, EPK ile TTK hükümlerine tabi olarak, 18 Mart 2015 tarihinde tescil işlemlerinin tamamlanmasının ardından resmen kurulmuş, şirkete, 1 Eylül 2015 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde 49 (kırkdokuz) yıl süreli piyasa işletim lisansı verilmiştir. Maddede, EPİAŞ'ın, piyasa işletim lisansı kapsamında, Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile TEİAŞ tarafından bu Kanun kapsamında işletilen piyasalar dışındaki organize toptan elektrik piyasalarının işletim faaliyetini yürüteceği belirtilerek, piyasa işletimi konusunda EPİAŞ'ın tekel olmadığı da açık bir şekilde ifade edilmiştir. Maddenin devamında, EPİAŞ'ın hak ve yükümlülükleri detaylı bir şekilde düzenlenmektedir.

EPK ve ilgili elektrik mevzuatı göz önüne alındığında, elektrik piyasası yapısının regülasyona tabi tutulmuş bir piyasa olduğu kuşkusuzdur. Ancak regülasyon, tüm elektrik piyasa faaliyetlerinde varlığını aynı şekilde ve oranda hissettirmemektedir. Zira, dağıtım gibi, devletin tamamen çıktığı bazı faaliyetlerde yalnızca özel sektör tarafından kurulmuş şirketler söz konusu iken, iletim, piyasa işletimi gibi bazı faaliyetlerde ise bu faaliyetlerin doğası gereği, halen Devletin tekeli

bulunmaktadır. Her ne kadar Devlet, dağıtım faaliyetinden tamamen çıkmış gözükse de, aslında, Devletin, dağıtım faaliyetinden çıkmadığı, ilgili bölgedeki dağıtım faaliyeti konusunda sahip olduğu tekel hakkını, işletme hakkını devralmaya hak kazanan ilgili özel sektöre devretmiş olduğu tespiti göze çarpmaktadır. Dolayısıyla, Devlet, bu tekel hakkının ilgili özel sektör şirketi tarafından nasıl kullanılacağı konusunda bir boşluk bırakmamakta, tam aksine, piyasa faaliyetini yerine getiren şirketleri yoğun bir regülasyona tabi tutarak, bu hizmetin belirlenen kurallar çerçevesinde ilgili özel sektör şirketi tarafından tüketicilere sürekli bir şekilde sağlanması için gerekli müdahaleleri içeren düzenlemeleri öngörmektedir.

Diğer yandan, daha önce, yatırım maliyetlerinin yüksek olması gibi nedenlerle doğal tekel olarak kabul edilen elektrik üretimi faaliyeti, zamanla gelişen teknolojik olanaklar sayesinde çok büyük maliyetler gerektirmeksizin uygun ekonomik koşullar çerçevesinde yapılabilmektedir⁴⁹. Buna bağlı olarak yasal tekel olma vasfını yitiren elektrik üretimi ile birlikte, devletin kontrollü olarak özel sektörün faaliyet göstermesine izin verdiği satış, ithalat ve ihracat gibi diğer alanlarda da hem Devlet tarafından özel hukuka tabi olarak kurulan kamu şirketi (EÜAŞ), hem de özel sektör şirketleri faaliyet göstermektedir. Faaliyetlerin, özellikle eskiden beri kamu hizmeti niteliği dikkate alındığında, doğal tekel niteliğine sahip olan iletim faaliyeti, ve bölgelere bölünerek, bölgesel tekel hakkının devredildiği dağıtım faaliyetleri konusunda, devletin, bu faaliyetleri yerine getiren şirkete/şirketlere karşı doğrudan müdahaleci ve düzenleyici bir konumda olduğu göze çarpmaktadır. Doğal tekel niteliğine sahip olmayan özel sektörle birlikte faaliyet gösterdiği üretim, satış ithalat ve ihracat faaliyetleri ise rekabete açık faaliyetler olmakla birlikte, devletin, bu piyasalara girişi, lisansa bağlamak suretiyle, faaliyetlerini ise, iletim ve dağıtım kadar yoğun olmasa da kısmi bir regülasyona tabi tuttuğu, bu şekilde daha az müdahaleci bir rol üstlenmeyi tercih ettiği görülmektedir.

⁴⁹ Ünal Zenginobuz, “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon”, 24 Şubat 2000 Tarihinde Rekabet Kurumunda Sunulan Tebliğ, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, S.5, Ankara, 2000 s.103.

1.1.2. Türkiye Doğal Gaz Piyasası

1.1.2.1. Doğal Gaz Piyasasının Tarihçesi

Doğal gaz, en çok kabul gören organik teoriye göre, milyonlarca yıl önce yaşamış olan ve zamanla yeryüzü kabukları arasına gömülen bitki ve hayvan kalıntılarının basınç ve sıcaklık etkisiyle kimyasal değişikliklere uğraması sonucu oluşan petrol türevi bir fosil yakıt türüdür⁵⁰.

Doğal gaz, petrol türevi olması nedeniyle, doğada, petrol yatakları ile birlikte bulunabileceği gibi petrolden bağımsız olarak ta bulunabilmektedir⁵¹. Doğal gaz, kömür, petrol ve diğer fosil yakıtlarının aksine, kimyasal yapısının daha az karmaşık olması nedeniyle korozif ve zehirli olmayıp, kolay ve kalıntı bırakmadan yanan, yandığı zaman çevre ve hava kirliliğine yol açan çok fazla zararlı maddeler oluşturmayan renksiz, kokusuz ve havadan daha hafif olan, görece temiz bir yakıttır⁵².

Elektrik piyasasının aksine olarak doğal gaz, aynı petrol gibi birincil, yenilenebilir olmayan fosil bir enerji kaynağı olup, üretilebilen bir enerji kaynağı değildir. Fosil enerji kaynakları, dünya üzerinde belirli bölgelerde yoğunlaşan, belirli bölgelerde hiç bulunmayan veya az bulunan enerji kaynaklarıdır. Bu özelliği nedeniyle, Türkiye, sahip olduğu toprakların coğrafi ve jeolojik yapısı nedeniyle çok fazla doğal gaz rezervlerine sahip değildir. Bu nedenle, Türkiye, doğal gaz ihtiyacını, doğal gaz rezervlerine sahip olan diğer ülkelerden temin etme, yani ithal ederek gidermek zorunluluğu ile karşı karşıyadır.

⁵⁰ <http://naturalgas.org/overview/background/> (Erişim Tarihi : 20.03.2019).

⁵¹ <http://naturalgas.org/overview/background/> (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁵²Bilsen Beşergil, Yakıtlar ve Yağlar, İzmir, Ege Üniversitesi Basımevi, 2009, s.16. ;Doğal gazın, M.Ö. 1000 yıllarında Yunanlılar tarafından keşfedildiği ancak bir enerji kaynağı olarak ilk kez M.S 900 lü yıllarda Çinliler tarafından deniz suyunun kaynatılarak tuzun çökeltilmesinde ve böylece suyun içilebilir hale gelmesinde kullanıldığı iddia edilmektedir <http://naturalgas.org/overview/background/> Erişim Tarihi: 20.03.2019; Doğal gazın ilk olarak keşfi, kullanımı, yaygınlaşması ve ilk regülasyona tabi tutulmasına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. https://fossil.energy.gov/education/energylessons/gas/gas_history.html Erişim Tarihi: 20.03.2019; <http://naturalgas.org/overview/history/> Erişim Tarihi : 20.03.2019.; Türkiye’de doğal gazın ilk olarak bulunması ve kullanılmasına ilişkin bilgi için bkz. (Okan Yardımcı, “Türkiye Doğalgaz Piyasası:Geçmiş 25 Yıl, Gelecek 25 Yıl”, Ekonomi Bilimleri Dergisi, Cilt 3, No 2, 2011, s.160).

Türkiye’de, doğal gaz açısından en önemli gelişme, 7/7871 Sayılı Kararnameye istinaden 15 Ağustos 1974 tarihinde Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) tarafından, Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi’nin (BOTAŞ),⁵³ kurulması ve başlangıçta sadece boru hatları ile petrol taşımacılığı yapan BOTAŞ’ın, ülkemizin artan enerji ihtiyacının karşılanması amacıyla 350 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)’nin 1988 yılında yürürlüğe girmesiyle doğal gaz ticareti ve taşımacılığı ile ilgili faaliyetleriyle iştigal etmek üzere tek kuruluş olarak görevlendirilmesidir⁵⁴. 1995 yılında ise BOTAŞ, TPAO’nun bağlı ortaklığı, statüsünden çıkarılarak ayrı bir kamu iktisadi teşekkülü olarak yapılandırılmıştır.

1984 yılında, dağılmadan önceki adıyla Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği (SSCB) ile imzalanan Doğal Gaz Sevkiyatı Anlaşması ile birlikte, doğal gazın sanayi ve şehir şebekelerinde yaygın kullanımına ilişkin çalışmalar sonucunda doğal gaz, şehir içi evsel ve ticari olarak ilk kez 1988 yılında Ankara’da kullanılmıştır. Pazarın genişlemesiyle birlikte, doğal gazda tek kaynağa bağımlılığı azaltmak ve kaynak çeşitlemesi sağlamak amacıyla SSCB’den sonra ile 1996 yılında İran ile doğal gaz alım-satım anlaşması, 1988 yılında Cezayir ile, 1995 yılında da Nijerya ile yapılan sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alım-satım anlaşmaları, 1999 yılında Türkmenistan ile 2001 yılında Azerbaycan ile doğal gaz alım-satım anlaşmaları imzalanmıştır⁵⁵.

02.01.1990 tarih ve 397 sayılı Doğal Gazın Kullanımı Hakkında KHK⁵⁶ kabulü ile daha önce yürürlükte olan 350 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve yeni düzenleme ile doğal gazın (sıvılaştırılmış hali dahil) ithali, satış fiyatının tespiti ve ülke içinde dağıtım yetkisi de BOTAŞ’a verilmiştir. Bu nedenle, 397 sayılı KHK’yi yürürlükten kaldıran DPK’nın kabulü ile 02.05.2001 tarihine kadar olan dönem, doğal gaz ithalat, toptan satış, iletim faaliyetlerinin de BOTAŞ tarafından yürütüldüğü bir

⁵³ BOTAŞ, başlangıçta Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümetleri arasında 27 Ağustos 1973 tarihinde imzalanan Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması çerçevesinde Irak ham petrolünün İskenderun Körfezi’ne taşınmasını gerçekleştirmek üzere kurulmuştur. (<http://www.botas.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.03.2018)).

⁵⁴ <http://www.botas.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.03.2018).

⁵⁵ EPDK 2011 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s.26, <http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Dogalgaz/YayinlarRaporlar/Yillikn>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018)

⁵⁶ 09/02/1990 tarihli 20428 sayılı RG.

dönemdir⁵⁷. Bu dönemde yürürlükte olan mevzuat kapsamında doğal gaz piyasasında faaliyetlerin ağırlıklı olarak dikey bütünleşik şeklinde yapılandırılan kamu şirketleri aracılığıyla gerçekleştirildiği görülmektedir. Şehirlerde, doğal gaz dağıtımı ve satışı ise Bakanlar Kurulu iznine tabi olarak BOTAŞ veya bu amaçla kurulmuş şirketler tarafından yapılmaktadır⁵⁸. Bu zaman dilimi içerisinde, özel sektörün sadece doğal gaz üretim alanında faaliyet gösterdiği, henüz serbestleşme sağlanamayan ve rekabete açılmayan diğer piyasa faaliyetlerinin rekabete kapalı olması nedeniyle bu faaliyetlere özel sektörün girmediği görülmektedir.

AB kriterlerine uyum ve küresel ekonomiyle bütünleşme sürecinin gereği olarak yürürlüğe giren DPK ile doğal gaz piyasasının serbestleştirilerek mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğal gaz piyasasının oluşturulması, düzenlenmesi ve rekabete açılacak şekilde yeniden yapılandırılması süreci başlatılmıştır⁵⁹. Bu çerçevede Kanun'la, bir kamu kuruluşu olan BOTAŞ'ın piyasada tekel konumunda olduğu tekeli bir yapıdan, piyasada rekabetçi unsurlara sahip olan faaliyetlerin serbestleştirileceği, regülasyon kuralları ve kurumu aracılığıyla rekabetçi unsurlara sahip olmayan alanlarda düzenleme ve denetimin sağlanacağı müdahaleci bir yapıya doğru geçiş amaçlanmıştır. Bu kapsamda, 03.03.2001 tarih ve 4628 sayılı Kanun ile kurulmuş olan Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumunun görev alanına, DPK ile doğal gaz piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi görevleri de eklenerek Kurumun görev alanı genişletilmiş, bu nedenle Kurumun adı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olarak değiştirilmiştir. Böylece elektrikte olduğu gibi doğal gaz da, regülasyona tabi faaliyetler arasına girmiştir.

DPK'nın Geçici Madde 2 hükmü ile, BOTAŞ'ın, doğal gaz ithalatındaki hakimiyetini azaltmak için (ulusal tüketimin yüzde yirmisi oranına düşünceye kadar) sınıvlandırılmış doğal gaz (LNG) ithalatı haricinde yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapması engellenmiş, mevcut doğal gaz alım veya satış sözleşmelerinin kısmi veya bütün olarak tüm hak ve yükümlülükleri ile devrinin yolu açılmış, böylece BOTAŞ'ın

⁵⁷ EPDK 2011 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s.28, (Erişim Tarihi: 20.03.2017).

⁵⁸Yardımcı, a.g.m, s.161; Bu kapsamda, Bursa ve Eskişehir'deki şehir içi doğal gaz dağıtım faaliyeti BOTAŞ tarafından yerine getirilirken, Ankara, İstanbul, İzmit ve Adapazarı şehirlerindeki doğal gaz dağıtımı ise verilen yetkiyle belediye şirketi niteliğindeki EGO (Ankara), İGDAŞ (İstanbul), İZGAZ (İzmit) ve AGDAŞ (Adapazarı) tarafından yürütülmüştür.

⁵⁹ 02.05.2001 tarihli 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu Genel Gereği.

boşalttığı bu alana ihale yapılmak suretiyle mevcut alım sözleşmelerinin devri yoluyla özel sektörün girmesi amaçlanmış ve böylece sektörde serbestleşme ve rekabetin oluşması hedeflenmiştir. Maddenin devamında ayrıca, dağıtım faaliyeti hariç olmak üzere, BOTAŞ'ın dikey bütünleşmiş tüzel kişiliğinin 2009 yılına kadar devam edeceği, bu tarihten sonra ayrıştırılarak yatay bütünleşmiş tüzel kişilere uygun olarak yeniden yapılandırılması ve bu süreç sonunda iletim faaliyetini gerçekleştiren şirket hariç olmak üzere, depolama ve ticaret faaliyetlerini yürüten diğer şirketlerin özelleştirilmesi hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, Türkiye'deki doğal gaz ve petrol boru hatlarının mülkiyetine sahip olan BOTAŞ'ın kamu teşebbüsü niteliğinin devam edeceği öngörülmüştür.

1.1.2.2. Doğal Gaz Piyasasının Güncel Yapısı ve Piyasa Faaliyetleri

DPK'nın m.2 hükmü *“Bu Kanun; Kanun; doğal gazın ithali, iletimi, dağıtımı, depolanması, pazarlanması, ticareti ve ihracatı ile bu faaliyetlere ilişkin tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini kapsar”* düzenlemesini içermektedir. Kanunun 4. Maddesinde ise doğal gaz piyasası faaliyetleri olarak nitelendirilecek faaliyetler açık bir şekilde sayılmış, bu faaliyetlerin lisans almak koşuluyla yürütülebileceği vurgulanmıştır. Buna göre doğal gaz piyasası, ithalat iletim, dağıtım, depolanma, pazarlama, ticaret ve ihracat faaliyetlerinden oluşmaktadır. Sökonusu düzenleme ile aynı zamanda, doğal gaz piyasası faaliyetlerinin, ister Devlet tarafından kurulmuş ister özel sektör tarafından kurulmuş olsun, ilgili mevzuata (TTK'ya) göre kurulan anonim veya limited şirketler tarafından yerine getirileceği ortaya konmuştur.

Üretim faaliyeti, DPK'nın m.3.hükmünde *“Doğal gazın 7.3.1954 tarihli ve 6326 sayılı Petrol Kanunu kapsamında Türkiye'de yer altında bulunan yataklarından yer üstüne çıkarılmasını, temizlenmesini ve arıtılmasını, toplama hatlarıyla iletim hatlarına kadar taşınması”* olarak tanımlanmış olmasına rağmen, Kanunun m.2 ve m.4 hükümlerinde, doğal gaz piyasası faaliyetleri arasında sayılmamıştır. 6491 sayılı yürürlükteki Türk Petrol Kanunu'nun m. 2 hükmünde Tanımlar kısmında petrolün *“ham petrol ve doğal gaz”* şeklinde tanımlandığı, böylece açık bir şekilde doğal gaz

arama ve üretiminin⁶⁰DPK kapsamında bir piyasa faaliyeti olarak değil, Türk Petrol Kanunu kapsamında bir faaliyet olarak kabul edildiği görülmektedir. Doğal gaz üretim faaliyeti, DPK m.4/4-b maddesi doğrultusunda, piyasa faaliyeti olarak sayılmamakla birlikte, üretim şirketlerinin, ürettikleri doğal gazı, EPDK'dan toptan satış lisansı almak kaydıyla toptan satış şirketlerine, ithalatçı şirketlere, ihracatçı şirketlere, dağıtım şirketlerine, kuyu başından olmak kaydıyla CNG satış şirketleri ile CNG iletim ve dağıtım şirketlerine veya serbest tüketicilere pazarlama ve ihracat lisansı almak kaydıyla ürettikleri doğal gazı ihraç da edebilme hakkına sahip olabilmektedirler.

Üretim faaliyeti, doğal gaz rezervlerine sahip olma ile doğrudan bağlantılı olduğundan, sınırlı rezervlere sahip olan Türkiye'de, doğal olarak, doğal gaz üretim faaliyeti de oldukça sınırlıdır. Bu nedenle, Türkiye, doğal gaz ihtiyacının çok büyük kısmını yurt dışından ithalat lisansı sahibi şirketler tarafından değişik kaynaklardan gerçekleştirilen ithalat ile karşılamaktadır.

Bir diğer doğal gaz piyasa faaliyeti olan ithalat, DPK m.3 hükmünde tanımlanmamıştır ancak ithalatçı şirket tanımından hareketle, doğal gaz ithali doğal gazın toptan satış şirketlerine, serbest tüketicilere veya ihracatçı şirketlere satışı veya yurt dışına doğrudan satışı amacıyla yurt dışından LNG veya gaz formunda doğal gaz temin edilmesi faaliyetleri şeklinde tanımlanabilecektir. Tanıma göre, ithalatçı şirket, ithal ettiği gazı satabileceği muhatapları konusunda bir seçim hakkına sahiptir. Yani ithalatçı şirket, ithal ettiği doğal gazı yalnızca toptan satış ya da dağıtım şirketlerine değil, doğrudan son tüketiciye satabilme hakkına da sahiptir. DPK m.4 hükmüne göre doğal gaz ithali faaliyeti lisansa tabidir ve ithalat şirketleri, yapacakları her ithalat bağlantısı için ayrı ayrı lisans almak zorundadır. İthalat faaliyeti sınırsız olmayıp, DPK. m.4 hükmü kapsamında ithal edilecek doğal gaz miktarına sınırlama getirilmiştir.

⁶⁰ Doğal gaz arama üretim faaliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gültekin Keskin, "Türkiye'de Doğalgaz Regülasyonu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2008), s.28,29, http://anibal.gyte.edu.tr/dosya/546/bilgi/Halen%20Devam%20Eden%20Y%C3%BCksek%20Lisans%20Tezleri_07-08.htm (Erişim Tarihi: 15.04.2018).

DPK ile daha önce BOTAŞ'ın tekelinde olan doğal gaz ithalatı serbestleştirilmiş, lisans alma şartlarını yerine getiren ve EPDK'ya başvuran şirketlere ithalat lisansı verilmesinin yolu açılmıştır. Piyasanın serbestleştirilmesini sağlamak amacıyla yukarıda da bahsedilen DPK'nın Geçici Madde 2 hükmü ile mevcut durumda BOTAŞ'ın doğal gaz ithalatı ulusal tüketimin yüzde yirmisi oranına düşünceye kadar yeni doğal gaz alım sözleşmesi yasal olarak engellenmiş⁶¹ BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerini devretmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemeler neticesinde, 2019 yılı sonu itibariyle BOTAŞ toplam ithalatının (Boru gazı ve LNG toplam) %96,42'sini gerçekleştirmiştir olup, özel sektörün piyasada tedarik ettiği doğal gaz payı toplamda ancak % 3,58 oranında gerçekleşmiştir⁶². Bu oranlar, BOTAŞ'ın doğal gaz ithalatının % 20 oranına kadar düşürülmesi için konulan hedefe yaklaşmadığını açıkça göstermektedir.

Diğer taraftan, 5784 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶³ ile DPK'da yapılan değişiklikler çerçevesinde, daha önce Kanunda yer almayan sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) ve spot LNG'nin ithal edilebilmesine ilişkin düzenlemelerle özel sektörün herhangi bir kısıtlama olmaksızın mevcut ithalat lisansları kapsamında LNG ithal etmesinin önü açılmış ve böylece LNG ve spot LNG faaliyetleri Kanun kapsamına alınmıştır

Doğal gaz piyasa faaliyetlerinden toptan satış faaliyeti ise, DPK öncesi BOTAŞ'ın tekel faaliyetlerinden biri idi. DPK ile birlikte toptan satış faaliyeti serbestleştirilmiştir. DPK m. 3 hükmünde. *doğal gazın dağıtım şirketlerine ve serbest tüketicilere yapılan satışı* toptan satış şirketi de *sistem içinde veya dışında, iletim veya dağıtım faaliyeti yapmaksızın, doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştigal eden tüzel kişi* şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun m.4./4(e) hükmünde toptan satış şirketlerinin serbest tüketicilere yapacakları toptan satış faaliyeti için, EPDK'dan lisans almak

⁶¹ 31 Aralık 2011 tarihinde sona eren BOTAŞ ile Gazprom Export LLC arasında Rusya Federasyonu'ndan Türkiye'ye Batı Hattı'ndan yılda 5-6 milyar m3 doğal gaz teslimatına ilişkin 14 Şubat 1986 tarihli Doğal Gaz Alım Satım Anlaşması DPK'daki amaca uygun olarak ve Anlaşma'da yer alan hükümler çerçevesinde süresi uzatılmayarak söz konusu miktarın özel sektör tarafından ithal edilmesi imkânı sağlanmıştır.

⁶²EPDK 2019 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s.13 v.d. <http://www.epdk.gov.tr/TR/Dokumanlar/Dogalgaz/YayinlarRaporlar/Yillik> (Erişim Tarihi: 06.07.2020.)

⁶³26/07/ 2008 tarihli 26948 sayılı RG.

zorunda oldukları ithalatçı lisansı almış olan tüzel kişilerin ise, toptan satış lisansı alma zorunlulukları olmadığı, ithalat lisansı ile doğal gaz toptan satışı yapabilecekleri açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak toptan satış şirketlerinin, doğal gaz ithalatı faaliyeti gerçekleştirecekse, ithalatçı lisansı almaları zorunludur. Toptan satış faaliyeti yapmak isteyen tüzel kişilerin, lisans almak için sahip olması gereken koşullar ile satış yaptıkları şirketin piyasa faaliyetine göre getirilen yükümlülükler maddenin devamında belirtilmiş olup, tüzel kişilerin bu koşullara ve yükümlülükler uygun davranması gerekmektedir. Ayrıca, toptan satış faaliyeti de sınırsız değildir. Kanun toptan satış şirketlerinin her birinin bir yıl içinde satışını gerçekleştirdikleri toplam gaz miktarının, Kurumca cari yıla ilişkin belirlediği ulusal tüketim tahmininin yüzde yirmisini geçemeyeceğini düzenlemiştir. Buna karşın, toptan satış şirketleri, bölgesel sınırlama getirilmeksizin yurt genelinde satış yapabilme hak ve yetkisine sahiptir.

Doğal gazın iletimi de, ayrı bir piyasa faaliyeti olarak görülmektedir. DPK m.3 hükmünde iletim faaliyeti “...*üretime mahsus toplama hatları ve dağıtım şebekeleri haricindeki gaz boru hattı şebekesi veya sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) taşıma vasıtalarıyla gerçekleştirilen doğal gaz nakli...*” iletim şirketi de “*iletim faaliyetlerini gerçekleştiren tüzel kişi*”, şeklinde tanımlanmıştır.

İletim şirketlerinin faaliyete geçebilmesi için, EPDK’dan lisans almalarının zorunlu olduğu belirtilerek, iletim faaliyetinin lisansa tabi bir faaliyet olduğu, iletim şirketlerinin, ithalatçı şirket, toptan satış şirketi, üretim şirketi ve ihracatçı şirketler ile taşıma sözleşmesi, üretim şirketi, serbest tüketici, depolama şirketi ve diğer iletim şirketleri ile teslim sözleşmeleri⁶⁴ yapacakları açıkça düzenlenmiştir.

DPK’da iletim faaliyetinin yalnızca doğal gazın boru hattından naklini değil LNG’nin de taşıma vasıtalarıyla naklini içerecek şekilde tanımlandığı, ayrıca iletim faaliyeti ile ilgili maddelerde iletim şirketleri şeklinde çoğul ifade kullanıldığı dikkat çekmektedir. İletim şirketlerince mevcut hatlarla bağlantılı sistem oluşturacak şekilde inşa edilecek iletim amaçlı yeni boru hatlarının mülkiyetinin kendilerine ait olmak

⁶⁴ Taşıma ve teslim sözleşmesi ile ilgili görüş ve eleştiriler için bkz. İ.Yılmaz Aslan, Enerji Hukuku C.III (Doğalgaz Piyasasında Regülasyon ve Rekabet) Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2009, s.218, 219,220.

üzere yatırım yapan diğer iletim şirketlerince işletileceği ifade edilerek, iletim faaliyetinin tekel hizmet olmadığı husus vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin yanında, Kanun, mevcut, planlanan ve yapımı devam etmekte olan ulusal iletim şebekesinin BOTAS'a ait olduğunu düzenlemiştir. Bu kapsamda iletim sisteminin sahibi BOTAS olup, işletilmesi BOTAS tarafından gerçekleştirilmektedir. Kanun gereği, BOTAS'ın yatay bütünleşmiş tüzel kişiliğe uygun olarak yeniden yapılandırılması sonucunda ortaya çıkacak şirketlerden iletim faaliyeti yapan şirketin kamu niteliğinin devam edeceği öngörülmektedir.

Doğal gaz dağıtımını da, ayrı bir piyasa faaliyeti olarak değerlendirilmiştir. Dağıtım faaliyeti ile ilgili olarak DPK'nın yayımlandığı dönemde, BOTAS'ın mülkiyetinde ve işletiminde bulunan şehir içi dağıtım şirketleri ve varlıklarının özelleştirilmesi; yeni oluşturulacak dağıtım bölgelerinde ise, EPDK tarafından gerçekleştirilecek ihaleler ile belirlenecek özel şirketlerin faaliyet göstermesi öngörülmüştür⁶⁵.

DPK m.3 hükmünde dağıtım faaliyeti "*doğal gazın müşterilere teslim edilmek üzere mahalli gaz boru hattı şebekesi ile naklini ve perakende satışını, dağıtım şirketi de belirlenen bir şehirde doğal gazın dağıtımını ve mahalli gaz boru hattı şebekesi ile nakli faaliyetlerini yapmaya yetkili kılınan tüzel kişiyi iletim faaliyetlerini gerçekleştiren tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, perakende satış ayrı bir piyasa faaliyeti olarak görülmemiş ve Kanunda düzenlenmemiştir. Ancak dağıtım faaliyetinin tanımından dağıtım faaliyetinin aynı zamanda perakende satışı da kapsayan bir faaliyet olarak kabul edildiği görülmektedir.

DPK m.4 hükmünde şehir içi doğal gaz dağıtım hizmetinin, EPDK tarafından açılacak ihaleyi kazanan şirkete mahalli doğal gaz dağıtım şebekesinin mülkiyeti de dahil olmak üzere şehrin gelişmişlik düzeyi, tüketim kapasitesi ve kullanıcı sayısı gibi hususlar dikkate alınarak EPDK tarafından belirlenecek lisans süresi için verileceği

⁶⁵ Bu çerçevede, BOTAS'ın doğal gaz dağıtım faaliyeti, 2004 yılında BURSAGAZ ve ESGAZ'ın özelleştirilmesiyle sona ermiş; yeni oluşturulan dağıtım bölgeleri için özel şirketlere lisans verilmiştir. DPK öncesinde faaliyet gösteren dağıtım şirketlerinden İZGAZ'ın özel sektöre devri 2009 yılı başında, Başkentgaz ise 2013 yılı Mayıs ayında özel sektöre devredilmiştir. İGDAŞ'ın özelleştirme süreci ise sonuçlandırılmamıştır.

düzenlenmiştir. Dağıtım lisansının verilmesinin, şirketlerin, EPDK tarafından açılacak ihaleye katılması ve kazanması sonucuna bağlandığı görülmektedir⁶⁶.

Dağıtım şirketlerinin dağıtım faaliyeti Kanunda sınırlandırılmıştır. DPK m.4. hükmüne göre dağıtım şirketleri, yurt çapında sadece iki şehirde lisans sahibi olabilir. Ancak bu sayı, şehirlerin gelişmişlik durumu, tüketim kapasitesi ve kullanıcı sayısı gibi hususlar dikkate alınarak Kurul kararıyla artırılabilir. Kurul, nüfus yoğunluğuna göre bir şehri, sınırları belirlenmiş birden fazla dağıtım bölgesine ayırabilir ve her bölgeyi ayrı ayrı ihale edebilir. Doğal gaz dağıtım şirketleri, lisanslarında belirtilen dağıtım bölgesi kapsamında doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmakla yetkili olup, dağıtım bölgesi kapsamında bulunan şehirlerin imarlı alanlar bütününde dağıtım faaliyeti yapmakla yükümlüdür.

Elektriğin aksine doğal gaz depolanabilmektedir. Bu nedenle, doğal gazda depolama yapılması bir piyasa faaliyeti haline gelmiştir. Doğal gazın depolanması faaliyeti DPK m.3 hükmünde “*günlük ve mevsimlik değişiklikleri karşılamak ve doğal gaz temininin azalması veya durması ile meydana gelen doğal gaz açığını gidermek amacıyla doğal gazın, sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) veya gaz olarak depolanması, depolama şirketi ise doğal gazın depolama faaliyetini gerçekleştirmek üzere yetkilendirilen tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Depolama faaliyeti de lisansa tabi kılınmıştır. Buna göre doğal gazın yer altı ve yer üstünde gaz veya LNG olarak depolanması faaliyetlerinde bulunmak isteyen tüzel kişiler, Kuruldan lisans almak zorundadır. Söz konusu lisans olmaksızın depolama faaliyetinde bulunulamayacaktır.

⁶⁶ DPK'dan önce diğer doğal gaz piyasa faaliyetleri ile beraber perakende satışı da kapsayan dağıtım faaliyetleri de BOTAŞ tarafından yürütülmekte idi. Belediye iştiraki niteliğindeki Bursa ve Eskişehir'deki şehir içi doğal gaz dağıtım faaliyeti BOTAŞ tarafından yerine getirilirken, Ankara, İstanbul, İzmit ve Adapazarı şehirlerindeki doğal gaz dağıtım ise verilen yetkiyle belediye şirketi niteliğindeki EGO (Ankara), İGDAŞ (İstanbul), İZGAZ (İzmit) ve AGDAŞ (Adapazarı) tarafından yürütülmüştür. Bursa ve Eskişehir'deki doğal gaz dağıtım şirketleri özelleştirilerek özel sektöre devredilmiş böylece BOTAŞ, bütünüyle dağıtım faaliyetinden çıkmıştır. 2017 yılı sonu itibariyle Kurum tarafından açılan şehir içi doğal gaz dağıtım ihaleleri sonrasında, mevcuttaki 7 şirket ile birlikte dağıtım şirketi sayısı 72'ye, gaz arzı sağlanan dağıtım bölgesi sayısı 72'ye, dağıtım şebekesi üzerinden gaz arzı sağlanan il sayısı ise 81'e ulaşmıştır. İstanbul'da doğal gaz dağıtım faaliyetini gerçekleştiren İGDAŞ, halen özelleştirilememiş tek dağıtım şirketi durumundadır. (2018 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s.38 v.d.) <http://www.epdk.gov.tr/TR/Dokumanlar/Dogalgaz/YayinlarRaporlar/Yillik> (Erişim Tarihi: 25.03.2019)

6326 sayılı Kanuna (Petrol Kanunu) göre, işletme ruhsatına sahip şirketlerin doğal gaz ürettiği yer altı doğal gaz yatağını, depolama amacı ile kullanmak üzere Petrol İşleri Genel Müdürlüğünün onayının alınmasını müteakip EPDK'ya başvurması halinde, bu şirketlere Kurul tarafından uygun görüldüğü takdirde, işletme ruhsatının ilgili bölümü depolama lisansına çevrilme imkanı tanınmıştır. Ancak üretim şirketinin Kuruma yaptığı başvuruda, depolama lisansı için istenen yeterliliğe sahip olduğunu belgelemesi şarttır.

İhracat, doğal gaz piyasa faaliyetlerinden biri olarak değerlendirilmektedir. İhracat faaliyeti DPK m.3 hükmünde tanımlanmamıştır ancak tanımı yapılan ihracatçı şirket tanımından hareketle doğal gaz ihracı *üretim şirketi ve toptan satış şirketlerinden veya ithalatçı şirketlerden satın aldığı gazı yurt dışına pazarlama faaliyeti* şeklinde tanımlanabilecektir. DPK m.4 hükmünde ithal edilmiş veya yurt içinde üretilmiş doğal gazı yurt dışına ihraç etmek isteyen tüzel kişilerin, Kuruldan ihracatçı lisansı almaları gerektiği ifade edilmiştir. Lisans almak isteyen şirketlerin çıkarılacak yönetmeliklerde belirtilen şartların madde belirtilen şartları da karşılamaları beklenmektedir.

DPK, ithalatçı şirketlere ve üretim şirketlerine de, lisans almak koşuluyla suretiyle ürettikleri veya ithal ettikleri gazı ihraç etme hakkı tanımaktadır. Ancak doğal gaz ihracatı, doğal gaz kaynaklarına ve bu kaynakların kullanılarak üretimi yapılmasına bağlı olduğundan, doğal gaz açısından çok sınırlı kaynaklara sahip olan Türkiye'de üretimden kaynaklanan doğal gaz ihracatı faaliyeti bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere doğal gaz piyasa faaliyetlerinin serbestleştirilmesi, dünya ile birlikte Türkiye'de de çok eski değildir. 1980'lerden sonra ithalata bağlı olarak yaygınlaşan doğal gaz kullanımında, DPK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılından sonra teoride, iletim dışında, doğal gaz piyasasında bütün faaliyetlerde serbestleşme sağlanmış, buna bağlı olarak özel sektörün piyasa faaliyetleriyle iştigal etmesinin önü açılmıştır. Gerek regülasyonlarla kontrol altına alınmış bir serbestleştirmeye, gerekse doğal gaz piyasasının kendine özgü yapısına bağlı olarak, doğal gaz piyasasında dağıtım dışında ithalat, ihracat, toptan satış, iletim, depolama faaliyetlerinin tümünde

özel sektör hakimiyeti değil, Devlet tarafından kurulan ve kamu şirketi olan BOTAŞ'ın hakimiyeti söz konusudur. Serbestleştirme diye başlanan sürecin, doğal gaz piyasasına, oldukça sınırlı ölçüde faaliyet gösterebildiği, özel sektör teşebbüslerin değil, TTK'ya göre kurulan ancak hareket alanı TTK'ya göre değil Devlet tarafından belirlenen bir kamu şirketinin kontrolü ile sonuçlanması oldukça düşündürücüdür. Bu sonucun göz önüne alınarak, doğal gaz piyasası-regülasyon ilişkisinin yeniden değerlendirilmesi kaçınılmaz gözükmektedir.

1.2. REGÜLASYON (DÜZENLENMİŞ PİYASA)

1.2.1. Genel Olarak

Regülasyon, “*Şirket, dernek ve benzeri kurumların kuruluş ve işleyişlerini düzenleyen kuralların tümü*”⁶⁷ anlamına gelmektedir⁶⁸. Regülasyon, ekonomi, siyaset bilimi, hukuk, sosyoloji gibi birçok akademik disiplinleri ilgilendiren ortak bir alan olduğundan, bu akademik disiplinlerin tamamını kucaklayan bütüncül bir tanımın yapılması zordur. Ancak geniş anlamda regülasyon, *sosyal ve ekonomik amaçlara yönelik olarak devlet tarafından yürürlüğe konulan her türlü anayasal, yasal ve kurumsal düzenlemeler ile kamusal politikaları ve yapılan uygulamaları* ifade etmektedir⁶⁹. Dar anlamda regülasyon ise regülasyonun uygulandığı spesifik bir alan veya sepsifik alan içerisinde bulunan piyasa dalına (örneğin spesifik bir alan olan ekonomi alanı ile bu alanın altında daha özel piyasa olan enerji piyasası, telekomünikasyon piyasası, finans piyasası) yönelik regülasyonlar anlamına gelmektedir⁷⁰. Regülasyon, hukuk disiplini açısından ise belirli bir alan ve faaliyetle

⁶⁷ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 14.04.2017).

⁶⁸ Regülasyonun ortaya çıkışı nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sinan Sarısoy, “Düzenleyici Devlet ve Regülasyon Uygulamalarının Etkinliği Üzerine Tartışmalar”, Maliye Dergisi, Sayı:159, (Temmuz-Aralık 2010), s.278-298.

⁶⁹ C.Can Aktan, Yusuf Tuğrul Karaaslan, “Regülasyon Ekonomisi Ve Kamusal Regülasyonlar Teorisi”, Kamu Ekonomisi ve Kamu Politikası, s.1, http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu_maliyesi/kamu-ekonomisi/regulasyon-ekon.pdf (Erişim Tarihi: 15.04.2018).

⁷⁰Bülent Kent, Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları, Ankara, Adalet Yayınları, 2012, s.63,64 ten naklen Rolf Stober, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 14.Auflage, Stuttgart, 2007, s.176 ; Regülasyon ile ilgili farklı tanımlar, teoriler ve tartışmalar için ayrıca bkz. Kent, a.g.e. s.63,64; Alan Stone, *Regulation and Its Alternatives*, Washington, D.C. : Congressional Quarterly Press, 1982, s.10; Turgut Tan, “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü, Sempozyum, 137.Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:72, Ankara, 2005, s.1; Mehmet Karakaş, “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler Maliye

ilgili kuralların konulması ve denetiminin yapılması anlamına gelir⁷¹. Bu kural koyma ve denetlemenin bir düzenleme yapılması yetkisi içerdiği kuşkusuzdur. Bu düzenleme yetkisinin ise öncelikle yasama organı tarafından oluşturulan yasalarla sonra da devlet tarafından düzenleyici işlemlerle kullanılan bir yetki olduğu görülmektedir⁷².

Regülasyonun ortaya çıkışı çok eskilere dayanmamaktadır. Regülasyon, kurumsal olarak ilk kez ABD’de ortaya çıkmıştır.⁷³ ABD’nin aksine, Kıta Avrupa’ında regülasyon, ABD’de olduğu kadar geriye gitmemektedir.⁷⁴ Türkiye ise regülasyon ve regülasyon kurumları ile yakın geçmişte tanışmıştır. 1980 li yıllara kadar elektriğin de dahil olduğu pek çok kamu hizmeti olarak görülen hizmetin, oluşturulan kamu tekelleri tarafından verildiği ve bu sektörlerin özel sektöre açık olmadığı göz önüne alındığında, regülasyona ihtiyaç duyulmamış olmasında garipsenecek bir durum yoktur. 1981 Anayasasınının 167. Maddesi, “Devlet para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler...” içermektedir. Bu hükümle, Anayasa tarafından devlet, tekeli önleyici ve serbest piyasanın işlemesine sağlayan tedbirleri almakla yükümlendirilmiştir.

Dergisi, Sayı:154, Ocak-Haziran 2008, s.102; Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.15.; Paul Knigh, Rekabet Kurumu Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 15-16 Mart 2001, s.104; Yeşim Reel, “Elektrik Sektörünün Regülasyonu”, Enerji, Piyasa ve Düzenleme, Cilt:1, Sayı:2, (2010), s.197; Fuat Oğuz, Devlet ve Piyasa, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.15.

⁷¹Karakaş, a.g.m, s.102.

⁷²Zeynep Çakmak, Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011, s7.

⁷³Regülasyonun ortaya çıkışı ve nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M.D, Whinston Lectures on Antitrust Economies, MIT Press, Cambridge <http://sites.northwestern.edu/csio/files/2015/08/2003-CSIO-WP-0039-1agxlj.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018) ;Sarısoy, a.g.m, s.278-298; James Mcgrew, H., FERC Federal Energy Regulatory Commission, American Bar Association 2003, s.193; Ayhan Tekinsoy, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı –Tartışmalar, Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 2, (Bahar 2007), s.127; Çakmak, a.g.e, s.17.

⁷⁴Bunun temel nedeni, dönem dönem yaşanan ekonomik krizlere karşı ABD’nin ve Kıta Avrupa’sının farklı şekilde tepki göstererek farklı tedbirler uygulaması, serbestleşme politikalarının her iki kıtada farklı algılanmasıdır.1929 dünya ekonomik krizine ABD, özel tekellerin kontrol altına alınmasına yönelik olarak regülasyon ve regülasyon kurumlarına yönelik düzenlemeler ile aşmaya çalışırken, Kıta Avrupası, özel tekelleri devletleştirilerek kamu tekeli şekline dönüştürerek tepki vermiştir. Bu farklı uygulama, ABD’de kurulan tekellerin günümüze kadar varlıklarını sürdürmelerine olanak sağlamıştır. 1970’li yıllarda yaşanan ekonomik krize yönelik hem ABD’nin hem de Kıta Avrupa’sının serbestleşme eğilimi ile tepki verdikleri görülmektedir. Bu eğilimin, ABD’de tekeller üzerinde varolan regülasyonun azaltılması şeklinde yansırken, Kıta Avrupasında, mevcut kamu tekellerinin özelleştirilmesi şeklinde yansıdığı görülmektedir.(Kent, a.g.e, s.67; Karakaş, a.g.e, s.100.)

Regülasyonun, yapı, davranış ve serbestleştirme regülasyonu⁷⁵ olarak adlandırılan üç farklı boyutu olduğu kabul görmektedir.⁷⁶ piyasaya giriş-çıkış izinleri, kamu için stratejik öneme sahip sektörlerde lisanslama uygulamalarına gidilmesi, yapısal regülasyonlara örnek teşkil etmektedir⁷⁷. Bu anlamda, tezimizin konusunu teşkil eden enerji şirketlerin kuruluşundan, sermaye, yönetim, ortaklık yapısına kadar uzanan regülasyon müdahalelerinin yapı regülasyonu niteliğinde olduğunu değerlendirmekteyim.

Regülasyon, kamu hizmeti olarak görülen alanların kısmen veya tamamen rekabete açılmasını sağlayan etkin bir araç olsa da, sınırları kesin olarak belirlenmemiş bir alanın regülasyonunda, serbest hareket etme eğiliminde olan veya her alanı düzenlenecek bir alan olarak gören bir devletin elinde, serbest piyasayı tehdit eden bir enstrümana dönüşebilir. Tezimizin konusunu teşkil eden enerji şirketlerinin yapısına yönelik regülasyon müdahalelerinin, regülasyonun amacını ve regülasyonun mevhum doğal sınırlarını aşıp aşmadığı tartışılmaktadır. Herbir müdahale ilgili başlık altında tartışılacağı için buna yönelik eleştirilere ilgili başlık altında yer vereceğiz.

1.2.2. Regülasyon Türleri ve Uygulandığı Alanlar

Regülasyonun iktisadi (ekonomik), soysal ve idari regülasyon olmak üzere üç türü olduğu kabul edilmektedir⁷⁸. Enerji şirketlerinin piyasaya giriş çıkışlarının kontrol altına alınması, fiyat tarifelerinin EPDK onayına tabi olması, yenilenebilir enerji kaynakları için teşvik verilmesi gibi eylem ve işlemlerin de iktisadi regülasyon

⁷⁵ Regülasyonun belirtilen boyutlarıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. İzak Atiyas, “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon?” TESEV Devletin Düzenleyici Rolü Raporu, İstanbul, 2000, s.24.; Aktan ve Karaaslan, a.g.m, s.1.

⁷⁶Atiyas (2000), s.24; Kent, a.g.e, s.57.; Aktan ve Karaaslan, yapı ve davranış regülasyonlarını ekonomik regülasyonlar başlığı altında değerlendirmekte ve serbestleştirme regülasyonundan söz etmemektedir. (Aktan ve Karaaslan, a.g.m, s.3.)

⁷⁷ Yapı regülasyonu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan ve Karaaslan, a.g.m, s.3; Atiyas (2000), s.25-27.

⁷⁸ İktisadi (ekonomik), soysal ve idari regülasyon ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Karakaş, a.g.e, s.104; Şahin Ardiyok, Doğal “Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli”, Lisansüstü Tez Serisi No:9, Rekabet Kurumu, Ankara, s.7-9 <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik%2B%25c3%2587a1%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2Ftez92.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018);Aktan ve Karaaslan, a.g.m, s.4; Zenginobuz, a.g.e, s.113.

niteliğinde olduğu gör÷lmektedir. Buna karşın, enerji şirketlerinin kuruluşuna yönelik bürokratik işlemlerin çoğunun idari regülasyon olduğu söylenebilecektir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve/veya kurullar tarafından yerine getirilen regülasyon faaliyetlerinin uygulandıkları alanlar göz önüne alındığında, bu faaliyetlerin üç farklı alanda yoğunlaştıkları gör÷lmektedir⁷⁹. Bu alanlardan ilki temel hak ve özgürlükler alanıdır. İkinci alan, devletle, yönetilenler arasındaki ilişki alanıdır. Üçüncü alan ise serbest piyasa ekonomisi alanıdır. Serbest piyasa ekonomisine yönelik regülasyonlar, genel veya spesifik olarak belirli alanlara ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, sermaye piyasası, enerji, bankacılık, telekomünikasyon ve rekabet alanlarında serbest piyasa ekonomisinin düzenli olarak işlemlerini sağlamak için bu alanların her biri, oluşturulan ayrı yapılarla regülasyon faaliyetine tabi tutulmaktadır⁸⁰. Bu regülasyonlardan rekabet alanına yönelik regülasyon belirli bir alan olan rekabet alanına yönelmiş olmasına rağmen, spesifik bir sektörle sınırlı değildir. Sektörüne bakılmaksızın, RKHK kapsamına giren tüm teşebbüsler, rekabet regülasyonunun alanına girmektedir.

Rekabet dışında spesifik sektöre yönelik regülasyonlar, özellikle belirli bir sektöre yönelmiş olması ve sektörle sınırlı olarak uygulama alanı bulması nedeniyle, dar anlamda regülasyon ya da spesifik sektör regülasyonu olarak gör÷lmekte, bu nedenle de, özellikle hukuk kültürü, politikası, sistemi ve yönetim anlayışının genel olarak belirlenmesinde etkili olan geniş anlamda regülasyondan farklılık göstermektedir⁸¹.

Tezimizin konusunu oluşturan enerji şirketlerinin yapısına yönelik regülasyonlar da, spesifik sektör regülasyonu kapsamında kalmaktadır.

Devlet, ilgili piyasayı regüle etme görevini devletin hiyerarşik yapılanmasında yeralan bağımlı bir yapı ile doğrudan yerine getirme seçeneğine sahip olduğu gibi, bu görevi yerine getirmek üzere özel olarak kurulmuş veya yapılandırılmış, belirli ölçüde

⁷⁹ Tan, a.g.e, s.1; Kent, a.g.e, s.71,72.

⁸⁰ Kent, a.g.e, s.72.

⁸¹ Kent, a.g.e, s.63,64 ten naklen, Stober, a.g.e, s.176.

bağımsızlığa sahip, tarafsız olması beklenen ve idari yapı içerisinde yer alan bir kuruluş vasıtasıyla da yerine getirme seçeneğine de sahiptir. Bu tespitlerden hareketle, belirli ölçüde bağımsızlığa sahip *Bağımsız İdari Otorite(BİO)* olarak adlandırılan kuruluşların oluşturulduğu ve regülasyon kurumları olarak görevlendirildiği görülmektedir⁸².

Türkiye’de regülasyonun, finansal hizmetler, iletişim-yayın, tarım, ilaç ve tıbbi cihazlar ve enerji piyasalarında ve özel olarak belirlenmiş rekabet, kamu ihaleleri gibi alanlarda yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Finansal hizmetler alanı BDDK tarafından, sermaye piyasaları alanı Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, iletişim ve yayın alanı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından, ilaç ve tıbbi cihazlar, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından, tüm piyasalar için rekabet alanı Rekabet Kurumu tarafından, kamu ihale alanı Kamu İhale Kurumu tarafından, enerji alanı, EPDK tarafından regüle edilmektedir. Bunlar dışında, Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, Sigorta Murakabe Kurulu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Kamu Denetçiliği Kurumu gibi kurumların da BİO niteliğinde kurumlar olarak vasıflandırıldığı görülmektedir.

1.2.2.1. Enerji Piyasasının Regülasyonu

Enerji piyasasına yönelik regülasyonlar, varlığını her alanda hissettirmektedir. Piyasaya giriş(lisans edinme zorunluluğu), piyasadaki faaliyetler (çeşitli

⁸²BİO ların ortaya çıkışı, özellikleri ve bağımsızlığı ile ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Ulusoy, a.g.e, s.4; Sarısoy, a.g.m, s.288; McGrew, a.g.e, s.193; Tekinsoy, a.g.m, s.127; Çakmak, a.g.e, s.16,17. Karakaş, a.g.m, s.108,109; Metin Günday, Rekabet Hukuku ve Yargı, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 1999, s.61; Oğuz Sancakdar, “İdare Hukuku yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Kısa bir Değerlendirmesi”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:34, Sayı:4, (Aralık 2001), s.101; Kent, a.g.e, s.160,161; Çakmak, a.g.e, s.28,29,42; Sarısoy, a.g.m, s.289; Karakaş, a.g.m., s.107; Uğur Yiğit, “Mali Özerklik ve Yargı Bağımsızlığı ile 5018 Sayılı Kanun Açısından Yargı Bütçesi ve Mali Hükümlerin Değerlendirilmesi”, E-Yaklaşım Dergisi, (Aralık 2007) s.370-394. <http://www.idarehukuku.net/hukukiaciklama/Hkim-ve-Cumhuriyet-savciları/Mal-Ozerklik-ve-YargıBagimsizligi-Ile-5018-Sayili-Kanun-Acisindan-Yargi-Butcesi-ve-Mali-HukumlerinDegerlendirilmesi.html> (Erişim Tarihi: 25.10.2019); Tan, a.g.e, s.20); bkz. Ali İhsan, Karacan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi, Sayı:8, (Ekim – Kasım – Aralık 2001), s.16; Eftal Dönmez, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2003-2, s.69; Müslüm Akıncı, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, Sayı:5, (Ocak-Şubat-Mart 2001-2), s.10.

düzenlemeler, denetlemeler, yaptırımlar vasıtasıyla), hatta piyasadan çıkış, regülasyonun kapsama alanındadır.

Gerek elektrik piyasası gerekse doğal gaz piyasası faaliyetlerini icra etmek için piyasaya girmek isteyen şirketler, lisans için ilgili piyasa kanunları ile lisans yönetmelikleri kapsamında öngörülen gerekli koşulları sağlamak suretiyle lisans edinmek zorundadır. Lisans edinmeksizin, piyasada faaliyet gösterilemeyecektir. Lisans edinme yükümlülüğü tipik bir yapı regülasyonu örneğidir.

Lisans edinme ile birlikte, elektrik veya doğal gaz piyasasında piyasa faaliyeti gösterecek şirketler, bu faaliyetlerinde de serbest bırakılmamışlardır. Bu şirketlerin faaliyetleri, tabi olunan ilgili piyasaya ilişkin mevzuatı kapsamında öngörülen birçok hükümlerle, piyasa faaliyetine göre, belirli ölçülerde regülasyona tabi kılınmıştır. Elektriğin üretim ile tüketiminin ve voltajının eşzamanlı olarak dengede tutulması ile doğal gazın tüketicilere ulaştırılması da, zorunlu olarak birçok teknik regülasyonun varlığını zorunlu kıldığından, bu hususlara yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır. Piyasa faaliyetlerine yönelik tüm bu regülasyonlar, davranış regülasyonu olarak kategorize edilebilecektir. Piyasa faaliyetlerine ilişkin teknik veya teknik olmayan regülasyonlar oldukça fazla olmakla birlikte, tezimizin kapsamına girmediğinden burada ele alınmayacaktır.

Enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin, düzenlemelere uyup uymadığı da, regülasyon kapsamında EPDK tarafından denetlenmekte ve düzenlemelere uyulmasını sağlamak amacıyla yaptırım uygulanmaktadır.

Son olarak, enerji piyasasından çıkış ta, regülasyona tabi kılınmıştır. Lisans sahibinin, lisans talebinden vazgeçmesi, doğrudan lisansı sona erdirmemektedir. Talebin EPDK tarafından onaylanması gerekmektedir. Gerek elektrik gerekse doğal gaz dağıtım piyasasında, lisans iptali nedenlerinden birinin varlığı halinde, lisans iptalinden önce, EPDK tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen yeni tüzel kişi lisans alıncaya kadar, lisanslar hemen sona erdirilmemektedir. Görüldüğü üzere, özellikle dağıtım faaliyeti açısından, enerji

piyasasından çıkmak isteyen teşebbüslerin tek taraflı iradeleri ile bu yönde karar almaları yeterli olmayıp, bu kararın hemen uygulanabilmesi dahi regülasyon kurumunun onayına tabidir.

1.2.2.1.1. Elektrik Piyasasının Regülasyonu

Elektrik, yalnızca meskenlerde tüketim ve kullanım açısından değil, kalkınmanın en önemli parçası olan üretim açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Elektrik, mahiyeti gereği depolanamayan bir meta olması nedeniyle, elektriğin üretiminin tüketimi karşılayacak seviyede ve sürekli bir şekilde, tedarikinin sağlanması için, regülasyon kapsamında elektrik piyasasına ilişkin faaliyetlere ve bu faaliyetleri yerine getiren şirketlere yönelik müdahale niteliğinde bir takım özel koşullar getirilmiştir. Bu nedenle, devletler enerji arz güvenliği konularında bir strateji belirleyerek, çeşitli düzenlemeler yapmak suretiyle enerji arzını garanti ve güvence altına almaya çalışmışlardır. Elektrik hizmeti, bu özellikleri nedeniyle kamu hizmeti olarak görülmüştür⁸³. Elektrik hizmetinin üretim, iletim ve dağıtım boyutlarıyla kamu hizmeti niteliği Anayasa Mahkemesi kararları⁸⁴ ile Danıştay kararlarında da⁸⁵ vurgulanmıştır. Elektrik hizmetinin de kamu hizmeti niteliğine sahip olması, onun regülasyona tabi olmasını gerektiren önemli etkenlerden biridir.

Yine, yukarıda da söz edildiği gibi, işlevsel olarak üretim, iletim, dağıtım ve arz (perakende) olmak üzere dördü bir ayrıma tabi tutulan elektrik sektörünün iletim ve dağıtım hizmeti doğal tekel özellikleri taşıırken üretim ve arz hizmetleri rekabetçi piyasaların özelliklerine sahiptir⁸⁶. Doğal tekel olan hizmetler zorunlu ve sıkı bir şekilde regülasyona tabi tutulurken doğal tekel olmayan ve rekabete açık olan

⁸³Yakup Gönen, “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Sayı: 2, (2010) s.368, 376, 377; Elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğine yönelik etraflı tartışmalar için ayrıca bkz. Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s.58-138.

⁸⁴ AYM 9.12.1994 t. 1994/43 E.,1994/42-2 K. www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 11.10.2016).

⁸⁵ Danıştay Birinci Dairesi, 29.04.1993 t. ve 1991/1 E., 1993/1752 K. sayılı kararı, Danıştay Dergisi S.88 s.464; Danıştay Onuncu Dairesi 6.2.2002 t. ve 1999/2407 E., 2002/347 K.sayılı kararı (DBB); Danıştay Onüçüncü Dairesi 27.11.2006 t. ve 2005/5304 E., K. 2006/4486 K. sayılı kararı(DBB) www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi:11.11.2016).

⁸⁶ Reel, a.g.m, s.206, 207.

piyasalar ise rekabetin sağlanmasına yönelik olarak daha esnek bir regülasyona tabi tutulmaktadır.

Regülasyonun, rekabete açık olan piyasa faaliyetleri ile rekabete açık olmayan piyasa faaliyetleri üzerindeki yansıması farklıdır. Regülasyon, rekabete açık piyasa faaliyetlerinde kendisini, rekabetin tam olarak işlemlerine imkan verecek tüm tedbirlerin alınması ve piyasa üzerinde tam rekabetin sürekli bir şekilde devamını sağlamak için sürekli denetim yapılması şeklinde gösterirken, elektrik piyasasında, doğal tekel niteliğinde olan genellikle şebeke (ağ) sisteminin işletilmesi şeklinde olup, rekabete açık olmayan iletim ve dağıtım faaliyetlerinde ise, bu faaliyetleri yerine getiren şebeke işleticilerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi şeklinde göstermektedir. Zira, elektrik piyasası, iletim ve dağıtım faaliyetleri açısından doğası gereği bir şebeke (ağ) sistemine bağlı olmayı gerektirdiğinden, şebeke sistemine yönelik özellikle şebekeye girişlerde ayrımcılığın engellenmesini, şebekeye bağlanma ücretleri ile şartlarının denetlenmesini temin edecek katı bir regülasyona ihtiyaç duyulmaktadır. Şunu belirtmemiz gerekir ki, regülasyona tabi olan şebeke işleticisinin kamu veya özel mülkiyetinde olması, regülasyona tabi olma açısından bir önem arz etmemektedir.⁸⁷

Elektrik piyasasında regülasyon, yalnızca kuralların konulmasından ve uygulanmasından ibaret değildir. Regülasyon kurumları tarafından piyasa faaliyetini gerçekleştiren şirketlerin faaliyetleri sürekli bir şekilde izlenmekte ve denetlenmektedir. Regülasyon kurumları, regülasyonun doğal bir uzantısı olan izleme ve denetleme görevini yerine getirebilmeleri için şirketlerden belirli periyotlarla belirli konularda bilgi ve belge talebinde bulunmaktadır. Elektrik piyasasına ilişkin olarak, EPK m.15 hükmünde dağıtım şirketleri dışında elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin Kanun kapsamında inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yapılacağı ifade edilmiştir. Dağıtım şirketlerinin denetiminin ise ETKB tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

⁸⁷Şebeke regülasyon uygulamaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Oğuz, a.g.e, s.160; Burcu Güvenek, “Devletin Regülasyonlar Yoluyla Piyasalara Müdahalesi ve Türkiye Enerji Piyasaları”, SÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sayı: 18, (2009), s.52; Nalan Ölmezogulları, Tamer Çetin, “Doğal Tekeller, Regülasyonu ve Rekabetçi Uygulamalar”, İktisat İşletme ve Finans, Cilt: 20, Sayı: 232, (2005) s:45,46.

Regülasyon kapsamında öngörülen kuralların uygulanmasını sağlamak amacıyla, TTK'da yer alan denetim sistemine ilave olarak Bakanlık ve EPDK denetimine tabi kılan hükümler öngörülmüş, böylece kurulan regülasyon sisteminin işlerliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Bunun yanında, elektrikte arz-talep dengesinin sağlanması, yani üretim ile tüketiminin gerçek zamanda eşitlenmesi ve elektriğin teknik özelliği gereği kullanıma uygun seviyede tutulmasını sağlayan voltaj gibi teknik parametrenin de belirlenen dengede tutulması önemlidir. Elektrikte arz-talep dengesizliği doğru yönetilmediğinde sistemin tümü tehlikeye girebilir⁸⁸. Elektriğin üretim ile tüketiminin ve voltajının eşzamanlı olarak dengede tutulması zorunlu olarak birçok teknik regülasyonun varlığını zorunlu kılmıştır.

Türkiye'de elektrik piyasasında regülasyon uygulanması sonucuna götüren gelişmelerin, eşzamanlı olmasa da dünyadaki gelişmelere paralel bir seyir izlediği görülmektedir. Türkiye'deki elektrik piyasası uzunca bir dönem rekabete açık olmayan *tekelci sistem* hakim olmuştur. Bu sistem, 2001 yılında EPK'nın kabulü ile ortadan kaldırılarak, sektörü kısmen rekabete açan dönem *rekabetçi sistem* getirilmiştir. Rekabete açılan sektörün devlet adına denetleme ve düzenlemesini gerçekleştirecek bağımsız bir idari otorite olarak kurulan EPDK'nın kurulması ile de *düzenleme ve denetlemenin yapıldığı sisteme*⁸⁹ geçilmiştir.⁹⁰ Günümüzde, bu düzenleme ve denetleme sistemi regülasyon kurumu olan EPDK eliyle uygulanmaktadır.

1.2.2.1.2. Doğal Gaz Piyasasının Regülasyonu

Doğal gaz piyasası, elektrik piyasasına benzer şekilde, piyasa faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak görülmesi, bir kısım piyasa faaliyetlerin doğal tekel niteliğinde olması, rekabete açık faaliyetlerde rekabetin sağlanması, hizmetin sürekliliğinin sağlanması gibi gerekçelerle regülasyona tabi kılınmıştır.

⁸⁸ Reel, a.g.m, s. 206.

⁸⁹ Elektrik sektörünün ilk kez denetleme ve düzenleme sistemi ile tanışması, EPK'nın kabulüyle veya EPDK'nın kurulmasıyla olmamıştır. Kanunun kabulünden ve EPDK'nın kuruluşundan önce de ETKB sektörün düzenleyicisi olarak faaliyet göstermekteydi. (Çakmak, a.g.e., s.11).

⁹⁰Kent, a.g.e, s.72.

Doğal gaz alanında serbestleştirmenin önünü açan yasal düzenlemelere rağmen, yapılan sözleşme devirlerine rağmen, BOTAŞ'ın doğal gaz ithalatındaki hakimiyeti kaldırılmış veya önemli ölçüde azaltılmış değildir. Yalnızca, BOTAŞ'ın doğal gaz dağıtım alanından çıkarılması ve dağıtım faaliyetinin (İGDAŞ hariç) bütünüyle özel sektöre devredilmesi konusunda bir başarı sağlanmış gözükmektedir.

Doğal gaz piyasasının regülasyonu açısından, öncelikle hangi piyasa faaliyetlerinin rekabete açık olduğunun tespiti gereklidir. Doğal gaz üretimi, depolanması ve perakende satışı faaliyetleri halihazırda rekabetçi yapıya sahiptir. Doğal tekel niteliğindeki iletim ve dağıtım faaliyetleri ise şebeke endüstrisi niteliğinde olmaları nedeniyle rekabete açık olmayıp özellikle fiyatlandırma ve şebekeye erişim hakkı ve ayrımcılık yapılmaması gibi hususlar açısından regülasyona tabi kılınmıştır.

DPK m.7/1'de, doğal gaz piyasasındaki rekabet düzeninin korunması için 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun⁹¹ (RKHK) öngördüğü rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, birleşme ve devir almaya ilişkin hususların, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere de uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna ilaveten Kanunda pazar payı eşiği oranı öngörülmesi, yatay ayırıştırma, dikey ayırıştırma (muhasabe ayırıştırması), denetim amaçlı bilgi verme yükümlülüğü, dağıtım şirketlerinin tek şirketten yapacakları alımların sınırlanması, serbest tüketici limitleri ve erişim hakkının temin edilmesine yönelik regülasyon niteliğinde hükümler öngörmüştür.

Elektrik piyasasında olduğu gibi doğal gaz piyasasında da, piyasa faaliyetini gerçekleştiren şirketlerin faaliyetleri regülasyon kurumları tarafından sürekli bir şekilde izlenmekte ve denetlenmektedir. Regülasyon kurumları, regülasyonun doğal bir uzantısı olan izleme ve denetleme görevini yerine getirebilmeleri için şirketlerden belirli periyotlarla belirli konularda bilgi ve belge talebinde bulunmaktadır. DPK'da, lisans sahibi tüzel kişilerin tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını, Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun

⁹¹ 13/12/1994 tarihli 22140 sayılı RG.

faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında Kurula vermek zorunda olduğu açıkça ifade edilmiştir.

1.2.2.2. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

4628 sayılı Kanununun 2. Maddesine belirtilen düzenleme doğrultusunda, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu oluşturulmuştur. Kurulmasının ardından DPK ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olarak değiştirilmiş ve görev alanı elektrik ile birlikte doğal gazı, sonrasında ise 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile de petrol sektörünü ve LPG Piyasası Kanunu ile LPG piyasasını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

1.2.2.2.1 Kurumun Kuruluş Amacı, Yapısı, Özellikleri

EPDK, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve 4628 sayılı Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuştur. EPDK'nın kuruluş amacının anlaşılması için 4628 sayılı Kanuna bakılması yeterli olmayıp, düzenleme ve denetlemekle görevli olduğu elektrik piyasası açısından EPK'daki düzenlemelere ve doğal gaz piyasası açısından da DPK'da yeralan düzenlemelere bakılması gereklidir. EPK, m.1 hükmü ile DPK m.1 hükmünde, her iki Kanunun amacının, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik ve doğal gaz piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanması olduğu ifade edilmiştir. Hem elektrik hem de doğal gaz piyasası açısından belirtilen bu amacı gerçekleştirmek üzere piyasayı düzenlemek ve denetlemek için kurulmuş olan kurum EPDK'dır. EPDK, yalnızca elektrik ve doğal gaz piyasalarını değil aynı zamanda LPG ve petrol piyasasını düzenlemek ve denetlemekle de görevlendirilmiştir. Ancak tez konumuz, elektrik ve doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren enerji şirketleriyle sınırlı olduğundan, EPDK'nın petrol ve LPG piyasası ile ilgili görev, sorumluluk ve yetkileri tezimiz kapsamında incelenmeyecektir.

EPDK, Kanundan kaynaklanan görevlerini yerine getirirken yetkilerini Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu vasıtasıyla kullanır. Kurumun temsil ve karar organı

Kurul'dur. Kurul, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere yedi üyeden oluşur. Kurul Başkanı, aynı zamanda Kurumun da başkanıdır. Başkan, Kurul kararlarının uygulanmasından, yürütülmesinden ve Kurulun temsilinden sorumludur. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, ETKB'dır.

Kurumun teşkilatı; Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu ile başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşur. Başkanlık; Başkan, başkan yardımcıları ve her bir piyasa için oluşturulmuş ayrı hizmet birimleri ile diğer ortak birimlerden oluşur. İdari ve mali özerkliğe sahip olduğu EPK'da belirtilen EPDK'ya kendi teşkilatını oluşturma imkanının verilmediği görülmektedir. Bu durumun EPDK'nın özerkliğine yönelik bir sınırlandırma olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁹².

Kurum, mali özerkliğe sahiptir. Bunun sonucu olarak, bağımsız bir bütçesi ve kuruma ait özel gelirleri bulunmaktadır. Kurumun kendisine ait özel gelir kalemleri olması, genel bütçeden kaynak alamadığı anlamına gelmemektedir. 4628 sayılı Kanunun m.10 hükmü doğrultusunda kurumun gelir fazlası ertesi yılın Mart ayı sonuna kadar genel bütçeye aktarılmaktadır.

1.2.2.2.2. Kurumun Görev, Yetki ve Sorumlulukları

4628 sayılı Kanunun m.4 hükmünde EPDK'nın sorumlu olduğu hususlardan bahsedilmektedir. Hüküm kapsamında, EPDK'nın sorumluluklarını yerine getirmek için tevdi edilen görev ve yetkilerin, lisans verme, düzenleme, izleme (gözetim) ve denetim, yaptırım uygulama, görüş bildirme ve uyuşmazlıkları çözme başlıkları altında yoğunlaştığı görülmektedir.

⁹² Kent, a.g.e, s.192; Kanaatimce, EPDK, idari ve mali özerkliğe sahip BİO niteliğinde bir kurum olarak yasama tasarrufu sonucu yasayla oluşturulan bir kurumdur. Kurumun hizmet birimleri ile birimlerin görev ve fonksiyonları 4628 sayılı Kanunda belirlenmiştir. Kamu tüzel kişiliğe sahip bir regülasyon kurumu olarak EPDK'ya Anayasa'nın m.124 hükmü ile düzenleyici işlem yapma bu kapsamda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Hizmet birimlerinin faaliyet alanı, görev yetki ve sorumlulukları yukarıda belirtilen görev ve fonksiyonlara uygun olarak Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenmesi, EPDK'ya anayasal düzeyde verilen düzenleyici işlem yapma yetkisinin sınırlandırılması ve EPDK'nın yasal olarak sahip olduğu idari özerkliğe müdahale anlamına gelecektir.

1.2.2.2.2.1. Lisans Verme ve İptal Etme

EPDK, en başta, regülasyon görev ve yetkisine sahip olduğu enerji piyasasına giriş, çıkışları kontrol altında tutmak için lisans verme, iptal etme yetkisine sahip kılınmıştır. EPK'nın m.3. hükmünde lisans, tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için bu Kanun uyarınca verilen izin olarak tanımlanmıştır. Elektrik piyasasında EPK m.4 hükmü kapsamında, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, piyasa işletimi, ithalatı, ihracatı faaliyetlerini yürütebilmek için doğal gaz piyasası açısından ise DPK m.4 hükmü kapsamında, doğal gaz ithalatı, üretimi, iletimi, depolanması, toptan satışı, ihracı, şehiriçi dağıtımı, LNG dağıtımı ve iletimi faaliyetlerini yürütebilmek için lisans almak şarttır. Lisans sürecine ilişkin tüm koşulları ve kuralları detaylı bir şekilde belirlemek için elektrik piyasası açısından EPK doğrultusunda EPLY, doğal gaz piyasası açısından, DPK doğrultusunda DPLY çıkarılmıştır.

1.2.2.2.2.2 Piyasayı Düzenleme

EPDK, kendisine yasayla tevdi edilen regülasyon görevini yerine getirmek amacıyla düzenleme yapma yetkisi ile donatılmıştır. Düzenleme yapma yetkisi, somut olarak belirlenmiş herhangi bir alanda sınırları çizen ve esasları belirleyen genel, soyut, objektif niteliğine sahip, kapsama giren herkesin uymakla yükümlü olduğu kurallar ihdas etme yetkisidir. Bu kural koyma yetkisi yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğuna yönelik Anayasanın 7. Maddesi anlamında bir yetki olmayıp, sınırlı tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir⁹³.

EPDK'nın sahip olduğu düzenleme yapma yetkisinin dayanağı, kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanması amacıyla yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğu ifadelerini içeren Anayasa'nın 124. Maddesidir. EPDK da, kamu tüzel kişiliğine sahip bir regülasyon kurumu olarak,

⁹³ Muhammed Ali Aydın, "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu", Legal Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı: 134, (Şubat 2014), s.39.

ilgili Kanunlarda belirtilen piyasalara ilişkin görev alanları ile ilgili olarak yönetmelik çıkarma hak ve yetkisine anayasal düzeyde sahiptir.

EPDK'nın düzenleme yetkisine sahip olduğu hususu ile bu yetkinin hangi alanları kapsadığı hususu enerji ile ilgili yasal düzenlemelerde açıkça yer almaktadır. EPK'nın m.1. İle DPK m.1 hükmünde de Kanunun amaçlarından birinin elektrik ve doğal gaz piyasasında bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması olduğu belirtilmiştir.

EPDK'nın düzenleme yapma yetkisi ve görevi 4628 sayılı Kanunda detaylandırılmıştır. Kanunun farklı hükümlerinde (m.2, m.4, m.5, m.9 Ek Madde 2, hükmünde, Kurumun, düzenleme yapma yetkisi olduğu belirtilmiştir.

EPDK'nın, her ne kadar ilgili Kanunlarda belirtilen piyasalara ilişkin görev alanları ile ilgili olarak yönetmelik çıkarma hak ve yetkisine sahip olduğu belirtilmişse de, 4628 sayılı Kanunun m.5 hükmündeki *Kurulun, gerçek ve tüzel kişilerin uymaları gereken, talimatları ve tebliğleri, onaylamakla yetkili olduğu* şeklindeki ifadeler doğrultusunda, yönetmelik dışında talimat ve tebliğ çıkarabileceği de belirtilmiştir. EPDK'nın bu yasal dayanaktan hareketle yönetmeliklere ek olarak tebliğ ve EPDK Kararları adı altında düzenlemeler de çıkardığı görülmektedir. Bu noktada, Anayasa'nın 124. Maddesinin, düzenleyici işlem olarak yalnızca yönetmelikten bahsetmiş olsa da, farklı adlar altında idarelere genel olarak düzenleyici işlem yapma yetkisini de kapsadığı ileri sürülmüştür⁹⁴. Gerek yasama organının her şeyi düzenlemesinin imkansız olduğu gerçeği, gerekse Anayasanın, kanunların yürütülmesi görevini idarelere yüklemiş olması gerekçeleriyle, idarelerin yasama organınca çıkarılan kanunların uygulanmasını temin etmek üzere kanunun sınırları içinde kalmak şartıyla ayrıntıları düzenleyen düzenleyici işlemler yapabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Ancak bu görüş, idarelerce yapılan düzenleyici işlemlerin yönetmelikten daha üst bir norm mu yoksa alt bir norm mu olduğu konusunda diğer

⁹⁴ Öğretide yaygın olarak normlar hiyerarşisinde yer almayan ancak uygulamada karşılaşılan bu düzenleyici işlemlere, Anayasada isimleri geçmediği için, *adsız düzenleyici işlemler* denilmektedir., Fatma Didem Gençay Sevgili, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 2, (2014), s.400,401, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1944/20361.pdf> (Erişim Tarihi: 30.01.2018).

⁹⁵Sevgili, a.g.m, s.400,401.

bir sorunu karşımıza çıkarmaktadır. *Adsız düzenleyici işlemler* olarak adlandırılan düzenlemelerin yönetmeliklerle eşdeğer sayılması, bu işlemleri çıkararak tüm idarelerin kural koyma yetkisine kavuşmasına olanak verecek şekilde bir sonuca yol açacağından, *adsız düzenleyici işlemleri* yönetmeliklerle aynı hiyerarşik düzeye koymak Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Diğer yandan yönetmeliklerin Anayasada düzenlenmiş olması ve *adsız düzenleyici işlemlerin*, düzenlenmemiş olması nedeniyle hiyerarşide alt düzeyde yer alması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür. Bu gerekçelerle, yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde adsız düzenleyici işlemlerin üstünde yer aldığı kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁶.

Bu açıklamalardan hareketle, EPDK'nın da Anayasa'da ismen belirtilmemiş olsa da tebliğ, karar ve benzeri gibi normlar hiyerarşisinde yer almayan düzenleyici işlemler yapma yetkisine sahip olduğu söylenebilecektir. Ancak düzenlemenin adı ister yönetmelik, ister tebliğ, ister karar olsun öncelikle, dayanak olan üst normlara yani başta Anayasaya, daha sonra ilgili kanuna, tüzüğe ve yönetmeliğe aykırı olmamalıdır. Ayrıca düzenlemenin konusunu teşkil eden faaliyetler yalnızca regüle edilen piyasayla sınırlı olup, piyasa dışında kalan faaliyetler düzenlemeye konu teşkil etmemelidir.

EPDK'nın düzenleme yetkisi, düzenleyici işlem yapma ile sınırlı değildir. Bu yetki haricinde, EPDK, tüm tarifeler üzerinde olmasa da düzenlemeye tabi tarifeler üzerinde düzenleme yetkisine sahiptir. EPK m.17 hükmünde Kurulca düzenlemeye tabi tarife türlerinin hangilerinin olduğu düzenlenmiştir.

EPDK'nın, enerji piyasasını yalnızca çıkardığı yönetmelik, tebliğ, yayınladığı kararlar ve tarifeler yoluyla değil, sözleşmeler yoluyla da düzenlediği görülmektedir. EPK m.3 hükmünde bağlantı anlaşması, sistem kullanım anlaşması, enterkonneksiyon anlaşması ve sistem kontrol anlaşmasından bahsedildiği görülmektedir. EPK'ya dayanılarak gerçek ve tüzel kişilerin elektrik iletim veya dağıtım sistemine bağlanmaları ile bu sistemleri ve enterkonneksiyon hatlarını kullanmalarına ilişkin

⁹⁶Sevgili, a.g.m, s.407,408.

usul ve esasları düzenleyen Elektrik Piyasası Bağlantı ve Sistem Kullanım Yönetmeliğinin⁹⁷ ilgili hükümlerinde (m.6/4,m.6/5, m.12/1, m.17/1 ve m.19) ilgili taraflarla, Yönetmeliğin ekinde yer alan, EK-1'de gösterildiği şekilde TEİAŞ tarafından hazırlanan ve Kurul tarafından onaylanan, standart nitelikteki bağlantı anlaşmasını ve sistem kullanım anlaşmasını yapacağı, bu anlaşmaların genel hükümlerinde, Kurul onayı olmaksızın değişiklik yapılamayacağı, Kurulun, gerektiğinde bu anlaşmaların genel hükümlerinde değişiklik yapabileceği hususları düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m.17/1 hükmünde ifade edilmemiş olsa da enterkonneksiyon kullanım anlaşmasının da bağlantı ve sistem kullanım anlaşması gibi Kurulun onayı olmadıkça değişiklik yapılamayan tip sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

EPDK'nın bağlantı anlaşması, sistem kullanım anlaşması, enterkonneksiyon kullanım anlaşması ve sistem kontrol anlaşmasına yönelik düzenlemeleri, ilgili dağıtım veya iletim şirketlerinin piyasada faaliyet gösterebilmek için bu anlaşmaları imzalamak zorunda olanlara karşı keyfi tutum almasını engelleyici ve sisteme bağlantı ve sistemi kullanım için gerekli teknik gerekliliklerin sağlanması noktasında önemli bir işlev görse de, imzalanacak anlaşma içeriğinin, bütün hükümleriyle, ilgili taraflarca değil de EPDK'nın onayıyla belirlenmesi ve ilgili tarafların, bu anlaşma içeriklerini müzakere edemeden kabul etmekle ve imzalamakla yükümlü olmaları, bunu sözleşmesel bir ilişki olmaktan çıkarıp, düzenleyici işlem niteliğine dönüştürmüştür. Bu noktada, tabii ki, EPDK'nın, piyasanın sağlıklı işleyebilmesi için gerekli olan hususları belirleyerek, bu hususlara yönelik tip hükümler hazırlamasının ve anlaşmanın içeriğine ekleyerek, anlaşmanın içermesi gereken asgari hükümleri belirlemesinin makul olduğu kanaatindeyim. Ancak tarafları özel hukuk sùjeleri olan, özel hukuk hükümlerine tabii olan bir anlaşmanın tüm metninin EPDK tarafından belirlenmesinin, sınırı aşan bir regülasyon müdahalesi olduğu kanaatindeyim⁹⁸.

⁹⁷ 28/01/2014 tarihli 28896 sayılı RG.

⁹⁸ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Beşir Fatih Doğan, "TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:1 (2013) s.62; Murat Sezginer, "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeleri)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:XVII, Sayı:1-2, (2013) s.1603-1621.; Ali Dursun Ulusoy, "İletim Sistemi Sistem Kullanım Anlaşmasından Doğan Sorunlar", Enerji Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu (Konuşmacı), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 26 Kasım 2014.; Bu anlaşmalar dışında EPK m.29/1 hükmünde bir anlaşmadan daha bahsedilmektedir. Su kullanım hakkı anlaşması, bağlantı, sistem ve enterkonneksiyon kullanım anlaşmalarından farklı olarak

Elektriğin üretim ile tüketiminin ve voltajının eşzamanlı olarak dengede tutulması zorunlu olarak birçok teknik regülasyonun varlığını zorunlu kılmış olması nedeniyle EPDK'nın görevlendirildiği piyasalar ile ilgili olarak birçok teknik gereklilikler içeren düzenlemeler de yaptığı görülmektedir. Teknik regülasyonlar, tezimizin asıl konusunu teşkil etmemesi nedeniyle çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir.

Doğal gaz piyasasının regülasyonuna dayanak teşkil eden DPK kapsamında da, elektrik piyasasındakine benzer şekilde yetkili ve görevli regülasyon kurumu olarak EPDK, birtakım düzenleyici işlemler (yönetmelik, tebliğ, karar), Kanunda belirtilen düzenlemeye tabi tarifeler eliyle düzenleme yetkisini kullandığı görülmektedir. İki enerji çeşidi arasındaki doğal farklılıklar nedeniyle, doğal gaz piyasasının, elektrik piyasasında kullanılan sistem kullanım anlaşması, sistem kontrol anlaşması, enterkonneksiyon kullanım anlaşması gibi içeriği tümüyle EPDK tarafından belirlenmiş sözleşmelerin kullanılmadığı görülmektedir. Ancak doğal gaz piyasasında, doğal gazın özelliğine bağlı olarak içeriği BOTAŞ tarafından belirlenmiş standart birtakım sözleşmelerin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Örneğin bağlantı anlaşmasından DPK'nın m.11/1 hükmünde; *“Kurumca belirlenecek bağlantı tarife esasları, ilgili bağlantı anlaşmalarına dahil edilecek olan ve iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit durumda olan serbest tüketiciler arasında ayırım yapılmaması esasına dayalı hükümleri ve şartları içerir.”* şeklinde yer alan ifadelerle rağmen Kanunda tanımlanmadığı, buna karşın, EPK ile DPK'ya dayanılarak hazırlanan Doğal Gaz Piyasası İletim Şebekesi İşleyiş Yönetmeliğinin 4. maddesinde iletim veya dağıtım şirketi ile sisteme bağlanmak isteyen arasında sisteme bağlanmak amacıyla yapılan anlaşma şeklinde tanımının yapıldığı anlaşılmaktadır. BOTAŞ tarafından belirlenen standart hükümleri içeren giriş noktaları için bağlantı sözleşmesi,

TEİAŞ veya dağıtım şirketleri ile değil DSİ ile imzalanmaktadır EPK ve EPLY hükümleri çerçevesinde su kullanım hakkı anlaşması imzalanması işlemlerinde uygulanacak usul ve esasların belirlenmesine yönelik olarak Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Yönetmelik hükümlerinden, bu anlaşma hükümlerinin de bağlantı, sistem kullanım ve interkonneksiyon anlaşmaları gibi standart olduğu anlaşılmaktadır. EPK m.29/1 hükmüyle ve imzalanan su hakkı kullanım anlaşması ile, yasal düzeyde, enerji alanında görev yapan bir regülasyon kurumu olarak tanımlanmayan ve regülasyon yetkilerine sahip olmayan DSİ'nin, regülasyon yetkisine sahip bir kurum gibi görülmesi, enerji alanındaki regülasyonun amacını ve sınırını aşan bir düzenleme olduğu kanaatindeyim.

çıkış noktaları bağlantı anlaşması (dağıtım şirketleri ve son kullanıcılar için olmak üzere iki ayrı versiyon oluşturulmuştur) kullanılmaktadır

Bunun dışında, Yönetmeliğin 4. Maddesinde, doğal gaz piyasasına özgü iki sözleşmenin tanımlandığı görülmektedir. Taşıma Sözleşmesinin sistem kullanıcıları ile iletim şirketleri arasında doğal gazın taşınması amacıyla yapılan sözleşme şeklinde, teslim sözleşmesinin ise sistem kullanıcıları veya onların adına hareket edenlerle iletim şirketleri arasında veya depolama şirketi ve iletim şirketleri arasında veya iletim şirketlerinin kendi aralarında doğal gazın devir teslimi için yapılan sözleşme şeklinde tanımlandığı görülmektedir. BOTAŞ'ın, duruma göre sistem kullanıcılarıyla, depolama şirketleriyle veya dağıtım şirketleriyle imzalanmak üzere kendisi tarafından belirlenen standart hükümleri içeren tip taşıma sözleşmesi ile BOTAŞ RM/A İstasyonları için ayrı, BOTAŞ RM/B İstasyonları için ayrı ve dağıtım şirketleri RM/A İstasyonları için ayrı olmak üzere üç ayrı tip sözleşmeyi hazırladığı anlaşılmaktadır. Taşıma sözleşmesi içeriğinde, *sözleşmenin 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile bu Kanuna dayanan mevzuat doğrultusunda İletim Lisansı sahibi BOTAŞ tarafından hazırlanan ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun 17.08.2004 tarih ve 356/20 sayılı kararı ile onaylanarak 1 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe giren BOTAŞ İletim Şebekesi İşleyiş Düzenlemelerine İlişkin Esaslar (ŞİD) doğrultusunda imzalandığına yönelik açıklama yer almaktadır. Teslim sözleşmelerinde de benzer şekilde sözleşmenin 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu çerçevesinde EPDK tarafından yayınlanan mevzuat ile, 1 Eylül 2004 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren (daha sonraki süreçte EPDK Kurul Kararı ile zaman zaman revize edilebilecek) BOTAŞ İletim Şebekesi İşleyiş Düzenlemelerine İlişkin Esaslar (kısaca ŞİD) doğrultusunda imzalandığına yönelik açıklama yer almaktadır.*

Bu tespitlerden hareketle, gerek elektrik piyasasında gerekse doğal gaz piyasasında somut duruma göre iletim, dağıtım, toptan satış şirketleri ve kurumlar (belirli hidrolik kaynaklar açısından DSİ ile su kullanım hakkı anlaşması imzalanmaktadır) ile imzalanan sözleşmelerin de EPDK tarafından yayınlanan mevzuat ve kararlara göre hazırlandığı ve içeriğinin de EPDK tarafından belirlendiği, ve EPDK'nın, sahip olduğu doğrudan regülasyon yetkisine ek olarak sözkonusu sözleşmeler aracılığıyla, özellikle iktisadi devlet teşekkülü statüsünde olan ancak

TTK'ya göre kurulan, faaliyet gösteren ve TTK'ya tabi olan piyasada faaliyet gösteren diğer şirketler gibi regülasyon süjesi olma dışında EPDK ile organik bir bağı olmayan TEİAŞ, BOTAŞ gibi anonim şirketler eliyle de regülasyon yetkilerini kullanması, regülasyonun etki alanını, olması gerektiğinden daha da fazla genişlettiği kanaatindeyim.

1.2.2.2.3. Piyasayı İzleme (Gözetim) Ve Denetleme

İzleme (gözetim) ve denetleme yetkisinin kapsamı, kısaca, piyasa faaliyetlerinden birini yerine getiren oyuncuların piyasaya ilişkin mevzuata ve düzenlemelere uygun davranıp davranmadığının tespit edilmesi şeklinde ifade edilmektedir⁹⁹.

Regülasyon kurumlarına genellikle yalnızca düzenleme yetkisi değil bu yetkiyi tamamlayıcı mahiyette olmak üzere izleme (gözetim) ve denetleme yetkisinin de verildiği görülmektedir. Zira düzenleme yetkisi, tek başına ilgili piyasa üzerinde regülasyondan beklenen amacı sağlamak için yeterli bir enstürman değildir. Düzenleme yetkisi kapsamında piyasada uyulması gereken kurallar ortaya konur fakat bu kurallara uyulup uyulmadığı ancak ilgili regülasyon kurumu tarafından piyasada faaliyet gösteren oyuncuların iş ve işlemlerinin izlenmesi(gözetimi) ve denetimi ile ortaya çıkabilecektir. İzleme (gözetim) ve denetleme yetkisi her ne kadar iç içe geçmiş gibi görünse ve aynı başlık altında değerlendirilmiş olsa da, aslında farklı eylemleri ifade etmektedir. İzleme (gözetim) yetkisi, piyasadaki oyuncular ile bunların iş ve işlemlerine herhangi bir müdahaleyi içermeyen, daha çok tespit amaçlı pasif bir eylem iken, denetleme yetkisi piyasadaki oyuncular ile bunların iş ve işlemlerine yönelik somut bir müdahale niteliğinde olan inceleme faaliyetini de içeren aktif bir eylemdir. Denetleme eylemi, izleme(gözetim) eyleminden sonra gerçekleştirilebileceği gibi bu eylem olmaksızın doğrudan da gerçekleştirilebilir.

EPDK'da, her regülasyon kurumu gibi regüle ettikleri piyasalarla ilgili olarak izleme(gözetim) ve denetleme yetkileri ile donatılmıştır. Elektrik piyasası ile ilgili

⁹⁹Dönmez, a.g.m, s.71.

olarak, EPK'nın m.1 hükmünde, doğal gaz piyasası ile ilgili olarak DPK 1. Maddesinde Kanunun amaçlarından birinin *piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması* olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu dayanak hükümler doğrultusunda elektrik ve doğal gaz piyasalarını regüle eden kurum olan EPDK'nın görevleri arasında *piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemenin* de olduğu 4628 sayılı Kanunun m.5/ i hükmünde açık bir şekilde belirtilmiştir.

4628 sayılı Kanunun 5/A-h maddesinde EPDK'nın doğal gaz piyasası faaliyetleri ile ilgili denetleme, ön araştırma ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. İzleme(gözetim) ve denetleme görevi, EPDK'nın faaliyet gösterdiği piyasalarda ilgili kanunlar ve ikincil mevzuat uyarınca yapılması gereken inceleme ve denetimleri yapmak veya yaptırmak, gerektiğinde bu hususlarda yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği yapmak, piyasalarda görülen aksaklıklara ilişkin çözüm önerilerinde bulunmak üzere Kanunun 9/e maddesi gereği Kurum bünyesinde oluşturulan Denetim Dairesi Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir.

İzleme(gözetim) ve denetleme yetkileri EPK ve DPK'da regülasyona tabi olduğu belirtilen tüm elektrik ve doğal gaz piyasa faaliyetlerini kapsamaktadır. Bu nedenle bu yetkilerin somut olarak hangi konu ve alanlarda yoğunlaştığına ilişkin hükümler, EPK ve DPK'da dağınık şekilde bulunmaktadır. Ancak EPK ve DPK'da düzenlemelerden hareketle bu yetkilerin genel olarak şu başlıklar altında toplandığı görülmektedir. EPK'ya göre, EPDK'nın, dağıtım faaliyetlerini yönlendirme, izleme ve denetleme (m.9/6), elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin EPK kapsamında inceleme denetimi (m.15/1), lisans verilen üretim tesislerinin gerçekleştirmelerinin izlenmesi(m.20/1-c) konularında yetkili olduğu, bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabileceği, bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar

ilgisine göre çıkaracağı yönetmeliklerle düzenleyeceği belirtilmektedir(m.15/3). DPK'ya göre, EPDK, doğal gaz depolama şirketine yapılan taleplerin reddedilmesi ve sistem kullanıcısının bu durumdan haberdar etmesi halinde, depolama şirketinin yayımlanan usul ve esaslar ile lisans şartlarını ihlal edip etmediğini tespit etmek için gerekli incelemeleri ve denetimleri yapma (m.4/d-2) dağıtım faaliyetlerini yönlendirme, izleme denetleme (m.4/4-g) gibi yetkilere sahiptir. Elektrik piyasasında faaliyette bulunan tüzel kişilerle ilgili yapılacak denetimler ile ön araştırma ve soruşturmalarda takip edilecek usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 4628 sayılı Kanun, EPK ile DPK'ya dayanılarak Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁰⁰ Doğal Gaz Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁰¹ hazırlanmıştır.

EPDK'nın izleme(gözetim) ve denetleme yetkilerini yerine getirebilmesi, bu yetkinin süjesi ve muhatabı olan piyasa oyuncularının buna imkan sağlamasına, yani denetim yapılmasına katlanmasına da bağlıdır. Bu nedenle, hem elektrik piyasası hem de doğal gaz piyasasında gerçekleştirilecek denetimlerde, piyasa faaliyeti yürüten lisans sahibi tüzel kişiler tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını denetim için hazır bulundurmakla, denetimi yapan kurum tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve denetim faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak vermekle yükümlü kılınmışlardır. (EPK m.5/d, DPK m.6/a-6). İki düzenleme arasında bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; elektrik piyasasındaki düzenlemede lisans sahibi tüzel kişi bu yükümlülükleri denetimi yerine getirecek olan EPDK'ya karşı yerine getirmesi gerekirken, doğal gaz piyasasındaki düzenlemede lisans sahibi tüzel kişi bu yükümlülükleri denetimi yerine getirecek olan Kurula karşı yerine getirmesi gerekmektedir. Yani elektrik piyasasının denetim görevi EPDK'ya bırakılmışken, doğal gaz piyasasının denetimi Kurula bırakılmıştır.

EPDK'nın izleme (gözetim) ve denetleme yetkisini kullanırken birtakım ilkelere uygun davranması bir zorunluluktur. EPDK, denetim gerçekleştirirken her ne

¹⁰⁰ 28/01/2003 tarihli 25007 sayılı RG.

¹⁰¹ 28/01/2003 tarihli25007 sayılı RG.

kadar dayanak yasalarda açık hüküm bulunmasa da, BİO niteliğinde bir kurum olması ve yerine getirdiği hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olması nedeniyle, denetime tabi tüm piyasa oyuncularına eşit ve tarafsız bir şekilde muamele etme yükümlülüğü altındadır¹⁰².

¹⁰²Çakmak, a.g.e, s.194; Regüle edilen piyasa oyuncularına özel sektöre ait şirketlerin yanında Devlet tarafından kurulan şirketlerin de (TEİAŞ, EÜAŞ, TEDAŞ, EPİAŞ, BOTAŞ) dahil olduğu ve EPDK'nın uyması gereken eşit ve tarafsız muamele ilkesi gereği, piyasa oyuncularına yönelik iş ve işlemlerinde hiçbir şekilde özel sektör şirketi- Devlet şirketi gibi bir ayrımı yapmaması gerektiği tartışmasızdır. Ancak pratikte, durumun böyle olmadığını gösteren birtakım uygulamalara şahitlik edilmektedir. Şöyle ki; DPK Geçici 2. maddesinde BOTAŞ'ın, doğal gaz ithalatı ulusal tüketimin yüzde yirmisi oranına düşüncüye kadar yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapamayacağı, hazırlık döneminden sonra başlamak üzere her yıl en geç 2009 yılına kadar toplam yıllık ithalat miktarını yıllık ulusal tüketiminin yüzde yirmisine düşürüncüye kadar, mevcut doğal gaz alım veya satış sözleşmelerinin kısmi veya bütün olarak tüm hak ve yükümlülükleri ile birlikte devredilmesi için istekli olan diğer ithalat lisans yeterlik sahibi ve satıcı şirketten sözleşme devri hususunda ön onay alan şirketlerin katılacağı devir için BOTAŞ tarafından ihale yapılacağı, ihaleyi kazanan tüzel kişiye, söz konusu devir için BOTAŞ'ca muvafakat verileceği düzenlenmiş, böylece BOTAŞ'ın boşalttığı bu alana ihale yapılmak suretiyle mevcut alım sözleşmelerinin devri yoluyla özel sektörün girmesi amaçlanmış ve böylece sektörde serbestleşme ve rekabetin oluşması hedeflenmiştir. Maddenin devamında BOTAŞ tarafından her takvim yılında devredilen miktarlar, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte alım taahhüdünde bulunulan toplam doğal gaz miktarının yüzde onundan daha az olamayacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda, DPK'da öngörülen sözleşme devri için gerçekleştirilen ilk ihale sonucunda dört tedarikçi firma ithalat ve toptan satış faaliyetine başlamıştır. Yine, 31 Aralık 2011 tarihinde sona eren BOTAŞ ile Gazprom Export LLC arasında Rusya Federasyonu'ndan Türkiye'ye Batı Hattı'ndan yılda 5-6 milyar m3 doğal gaz teslimatına ilişkin 14 Şubat 1986 tarihli Doğal Gaz Alım Satım Anlaşması DPK'nın amacına uygun olarak ve Anlaşma'da yer alan hükümler çerçevesinde süresi uzatılmayarak söz konusu miktarın özel sektör tarafından ithal edilmesi imkânı sağlanmıştır. (BOTAŞ 2016 Yılı Sektör Raporu http://www.botas.gov.tr/docs/raporlar/tur/sektorap_2016.pdf) 2018 yılı toplam ithalatının (Boru gazı ve LNG toplam) %84,65'i BOTAŞ tarafından gerçekleştirilmiştir Yani, 2018 yılı sonu itibariyle özel sektörün piyasada tedarik ettiği doğal gaz payı ancak % 15,35 e ulaşmıştır. (EPDK 2018 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s.4 v.d.) <http://www.epdk.gov.tr/TR/Dokumanlar/Dogalgaz/YayinlarRaporlar/Yillik> (Erişim Tarihi: 25.03.2019);Bütün bu çabalara rağmen, BOTAŞ'ın doğal gaz ithalatının % 20 oranına kadar düşürülmesi için yasal düzenlemeyle konulan hedefe yaklaşamamıştır. Maddenin devamında ayrıca, dağıtım faaliyeti hariç olmak üzere, BOTAŞ'ın dikey bütünleşmiş tüzel kişiliğinin 2009 yılına kadar devam edeceği, bu tarihten sonra ayrıştırılarak yatay bütünleşmiş tüzel kişilere uygun olarak yeniden yapılandırılması ve bu süreç sonunda iletim faaliyetini gerçekleştiren şirket hariç olmak üzere, depolama ve ticaret faaliyetlerini yürüten diğer şirketlerin özelleştirilmesi hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, Türkiye'deki doğal gaz ve petrol boru hatlarının mülkiyetine sahip olan BOTAŞ'ın kamu teşebbüsü niteliğinin devam edeceği öngörülmüştür. Bu durumda BOTAŞ'ın, DPK Geçici 2. Maddesini 2009 yılı sonu itibariyle konulan hedeflerden toplam yıllık ithalat miktarının düşürülmesi hedefi ile tüzel kişiliğinin yapılandırılmasına ilişkin hedeflerini gerçekleştirememesi nedeniyle ihlal ettiği, ihlal durumunun 2017 sonu itibariyle devam etmiş olmasına rağmen, EPDK tarafından bu ihlal nedeniyle hiçbir şekilde yaptırıma muhatap olmadığı görülmektedir. Bu somut durum, EPDK'nın piyasa oyuncuları arasında ayırım yaptığını, özellikle Devlete ait piyasa oyuncusu şirketlerinin ihlallerine karşı kayıtsız kaldığı, aynı şekilde en küçük bir ihlale neden olan özel sektör oyuncularına karşı ise hiçbir tolerans göstermediği açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır ki, bu ikircikli tavır, EPDK'nın tarafsızlığının güçlü bir şekilde sorgulanmasına yol açacaktır.

1.2.2.2.2.4. Yaptırım Uygulama

EPDK, izleme (gözetim) denetleme yetkilerini tamamlayacak ve güçlendirecek şekilde piyasa faaliyetlerinden birini yerine getiren oyuncular hakkında soruşturma başlatabilmekte, yerinde inceleme yapabilmekte, bilgi ve belge talep edebilmekte, aykırılık tespit etmesi halinde yaptırım uygulayabilmektedir. 4628 sayılı Kanunun m.5/1 hükmünde, Kurulun, kanun hükümlerine, çıkarılan yönetmelik hükümlerine, Kurul tarafından onaylanan tarife ve yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranıldığı durumlarda, idari para cezası vermek ve lisansları iptal etmek yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bazı cezaların verilmesi öncesinde ihlal edene ihtar yapılması düzenlenmiş iken bazı cezalar ihtar yapılmaksızın doğrudan verilmektedir.

EPK m.16 hükmü ile DPK m.9 hükmünde, Kurul tarafından piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, belirtilen durumların ihlali halinde hangi yaptırım ve cezaların uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddede idari para cezası, lisansın iptali ve tüzel kişinin yönetim kuruluna görevden el çektirme olmak üzere üç çeşit yaptırımdan bahsedilmektedir. Buna göre, Kurul tarafından bilgi isteme veya yerinde inceleme hâllerinde; istenen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya hiç bilgi verilmemesi ya da yerinde inceleme imkânının verilmemesi yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumların devam ettirilmesi (EPK m.16/a, DPK m.9/a), Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması, niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın, diğer ihlallerde yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumların devam ettirilmesi (EPK m.16/b,c, DPK m.9/b,c), lisans müracaatında veya lisans yürürlüğü sırasında, lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi, (EPK m.16/ç, DPK m.9/d), lisans süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması, otuz günlük süreli yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirilmesi (EPK m.16/d, DPK m.9/e), piyasada lisans kapsamı dışında faaliyet gösterildiğinin saptanması ve yapılan on beş gün süreli yazılı ihtara

rağmen aykırı durumların devam ettirilmesi (EPK m.16/e, DPK m.9/f), hallerinde, maddede belirtilen değişen miktarlarda idari para cezası verilebilmektedir.

EPK 16. Maddede belirtilen para cezalarını gerektiren fiiller için Kurul, fiilin niteliğine göre ihtar sürelerini farklı uygulayabilmektedir. Ancak DPK'da aynı yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte yaptırım gerektiren her bir ihlal için belirli bir ihtar süresinin öngöröldüğü görölmektedir. Fiilin niteliğini takdir etme yetkisinin tümüyle Kurula bırakılmasının ve bununla ilgili herhangi bir ölçünün getirilmemesinin verilen bu takdir yetkisini tartışmalı hale getirdiğı, bu takdir yetkisinin, lisans iptali, ağır para cezası uygulanması gibi ağır sonuçlara götüreceğ olması göz önüne alındığında, takdir yetkisinin belirlenebilir ölçütlere bağlanmasının ve sınırlarının belirlenmesi gerektiğı ileri sürölmüştür¹⁰³. Kanaatimce de Kurula bu konuda verilen takdir yetkisinin çerçevesi keskin bir şekilde çizilmelidir. Zira, regölasyon kurumuna sınırları belirli olmayan bir takdir yetkisinin verilmesi, ilgili piyasayı, hukuk güvenliğinin sorgulandığı bir piyasaya dönüştürme riski ve potansiyeli taşıyabilecektir. Söz konusu para cezalarının uygulanmasını takiben para cezasına konu fiilin verilen ihtar süresi içerisinde giderilmemesi veya tekrarlanması hallerinde para cezaları, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanmaktadır. Aynı fiilin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde artırılarak uygulanacak para cezasının tutarı, cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onunu aşamayacaktır. Cezaların bu düzeye ulaşması hâlinde ise Kurul, lisansı iptal edebilmektedir (EPK m.16/3). İdari para cezalarının hiçbir şekilde ilgili cezayı ödeyen tüzel kişi tarafından hazırlanacak tarifelerde maliyet unsuru olarak yer alamayacağı da açık bir şekilde vurgulanmıştır (EPK m.16/9).

4628 sayılı Kanunda elektrik piyasası ile ilgili olarak Kurul tarafından verilen idari para cezalarının (yüzde yirmi beşi) EPDK'nın gelir kaynaklarından biri olduğı açıkça belirtilmiştir (4628 sayılı Kanun m.10/A-d)

¹⁰³Çakmak, a.g.e, s.202.

Lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi, anılan gerçek dışı belge veya yanıltıcı bilgi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün olmaması, (EPK m.16/ç), lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığının veya bu şartların baştan mevcut olmadığına saptanması (EPK m.16/f, DPK m.9/g), bu Kanuna göre yapılan talep ve işlemlerde kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyanda bulunulduğunun tespiti (EPK m.16/g), hallerinde ise lisans iptali yaptırım uygulanmaktadır.

Bir diğer yaptırım olan tüzel kişinin yönetim kuruluna görevden el çektirme, özellikle dağıtım faaliyeti yürüten piyasa oyuncuları ile ilgili olarak gündeme gelmektedir. Elektrik dağıtım şirketine yönelik EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükmünde yer alan düzenleme kapsamındaki durumların gerçekleştiğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek yerlerine Kurul tarafından atama yapılması, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi tarafından tarife kapsamında yerine getirilmesi gerekirken getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıklarının öncelikle şirketin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilmesi yaptırımlar, birlikte veya ayrı ayrı uygulanabilmektedir.

Benzer bir düzenleme DPK'da da yer almaktadır. DPK'da yer alan göre doğal gaz şehir içi dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması için lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu veya tüzel kişiyi idare edenlerin; lisans sahibinin anonim şirket olmaması halinde ise ortaklar genel kurulu ve/veya tüzel kişiliği idare edenlerin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, kurum tarafından yerlerine yeni atama yapılabilecektir.

İdari yaptırımlar yargısal denetime tabidirler. İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilceği ve Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davanın öncelikli işlerden sayılacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir (4628 sayılı Kanun m.12).

1.2.2.2.5. Görüş Bildirme Ve Uyuşmazlık Çözme

EPDK'ya, regüle etmiş olduğu enerji piyasasına ilişkin birtakım konularla ilgili olarak ilgili bakanlıklara ve diğer kamu kuruluşlarına danışmanlık hizmeti sunma, görüş bildirme ve bu kurumları yönlendirme görevi de verilmiştir. 4628 sayılı Kanunda EPDK'ya, uluslararası organizasyon ve teşkilatların piyasaya ilişkin mevzuat ve uygulamalarını izleyerek, gerekli gördüğü düzenlemeleri yapma, yasal düzenleme ihtiyacı duyulması halinde gerekli hazırlıkları yaparak Bakanlığa sunma görevi (4628 sayılı Kanun m.5/n) verilmiştir. Yine, her iki yılda bir Bakanlık tarafından yayımlanacak olan ve gelecek yirmi yılı kapsayan Türkiye Elektrik Enerjisi Talep Projeksiyonu Raporu da, Kalkınma Bakanlığı ve EPDK'nın görüşleri alınmak suretiyle hazırlanmaktadır (EPK m.20/3-a). İletim sisteminin işletilmesi için ihtiyaç duyulan telsiz sistemi de dâhil her türlü iletişim ve bilgi sistemleri altyapısını kurma ve işletme yetkisine sahip TEİAŞ fiber optik kablo altyapısının bir kısmını, kendi faaliyetlerini aksatmayacak şekilde ilgili mevzuat çerçevesinde EPDK'nın görüşleri doğrultusunda üçüncü kişilere kullanılabilmektedir (EPK m.8/7).

EPDK'ya piyasalara ilişkin bazı uyuşmazlıkları çözme konusunda yetki de verilmiştir. Bunun nedeni, regüle edilen piyasalara ilişkin kuralların, düzenlemelerin, uygulamaların içerik itibarıyla teknik boyuta sahip olması ve uzmanı olmayanlar tarafından anlaşılmaya müsait olmaması nedeniyle ortaya çıkacak uyuşmazlığın mahkemeler tarafından kolayca ve kısa sürede çözüme kavuşturulamayacak mahiyette olmasıdır.

EPDK'nın uyuşmazlık çözme yetkisine sahip olduğu hususu, 4628 Sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, bu Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunmak ve mevcut

sözleşmelerin ihtilafların haline ilişkin hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir resmi ihtilaf halli sürecinin başlatılmasından önce, ihtilafların halli için arabuluculuk yapmak (4628 sayılı Kanun m.5/s) ve lisans sahibi tarafların, iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı ve sistem kullanımına ilişkin anlaşmaların hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, ihtilafları bu Kanunun ve tarafların ilgili lisanslarının hükümlerine göre çözmek (4628 Sayılı Kanun m.5/o) EPDK'nın görevleri arasında sayılmıştır.

EPDK tarafından çözülebileceği belirtilen uyuşmazlıklara verilen kararların bağlayıcı olup olmadığına ilişkin olarak, ilgili yönetmelik ve tebliğlerde özel hükümler öngörülmüştür. Elektrik Şebeke Yönetmeliğinde, Yönetmeliğin uygulanmasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların TEİAŞ ve ilgili taraflar arasında çözümlenememesi halinde anlaşmazlığın çözümü konusunda EPDK'ya başvurulacağı, Kurulun bu konuda vereceği kararın tarafları bağlayacağı hükmü bulunmaktadır. (Elektrik Şebeke Yönetmeliği m.127).

EPLY'de de, TEİAŞ ve/veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler ile ilgili tüzel kişilerin, bağlantı ve sistem kullanım anlaşması hükümlerinin uygulanması veya anlaşma hükümlerinde yapılacak değişiklikler üzerinde mutabakata varamamaları halinde oluşan ihtilafların çözümü için öncelikle EPDK'ya başvuruda bulunabilecekleri, söz konusu başvurunun, Kurul tarafından ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda ve başvuru tarihinden itibaren altmış gün içerisinde sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. (EPLY m.56/1) Maddenin devamında TEİAŞ'ın müdahalesini gerektiren bir durumun varlığı halinde doğacak anlaşmazlıkların (EPLY m.56/2) ve mevcut sözleşmelere ilişkin doğacak anlaşmazlıkların çözümüne (EPLY m.56/3) ilişkin olarak da düzenlemeler içermektedir.

EPDK'ya, 4628 Sayılı Kanun ile doğal gaz piyasasına yönelik olarak, DPK'nın uygulanması ile ilgili olarak tüzel kişiler veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında çıkacak ihtilafları çözmeye (m.5A/1) konusunda da görev ve yetki verildiği görülmektedir. DPLY'de, DPK'nın uygulanması ile ilgili olarak tüzel kişiler veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında çıkacak ihtilafların EPDK tarafından çözüme kavuşturulacağı, Kurulun bu konuda azami otuz gün içerisinde alacağı kararların

taraflar için bağlayıcı olduğunun lisanslarda yer alacağı düzenlenmiştir (DPLY m.56/3). Yine, Yönetmelikte, lisans sahibi tüzel kişilerin sisteme giriş hususundaki ihtilaflar ile (DPLY m.31/a) doğal gaz dağıtım şirketleri ile tüketiciler arasında doğacak anlaşmazlık ile ilgili olarak Kurulun, dağıtım şirketinin konu hakkındaki savunmasını aldıktan sonra karar vereceği, maddede belirtilen esasların ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, şirketin Kurulun konu hakkında vereceği karara uymak zorunda olduğu açıkça ifade edilmiştir (DPK m.4/4-g-2,3).

1.3. TTK-REGÜLASYON İLİŞKİSİNİN ÇERÇEVESİNİ BELİRLEYEN HÜKÜMLER

1.3.1. TTK'nın 210/2. Maddesi

TTK'nın m.210 hükmü, Ticaret Bakanlığının düzenleme ve denetleme yetkisi başlığını içermektedir. TTK m.210/1 hükmü, TB'nın, Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkili olduğu ve ticaret sicili müdürlükleri ve şirketlerin bu tebliğlere uyacakları, ticaret şirketlerinin bu Kanun kapsamındaki işlemlerinin Bakanlığın denetim elemanları tarafından denetleneceği, denetimin ilkeleri ve usulü ile denetime tabi işlemlerin Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği hususlarını içermektedir¹⁰⁴.

TTK'nın m.210/2 hükmü ise; *“Diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilir”* düzenlemesini içermektedir.

eTTK'da, TTK m.210/2 maddesine benzer bir düzenleme olup olmadığına bakıldığında, m.274/1 olarak olarak mevcut olduğu ve diğer bakanlık ve kuruluşlarca anonim şirketleri ilgilendiren konularda düzenleme yapılması halinde, Bakanlıktan izin alınmasının değil, uygun görüş alınmasının şart koşulduğu görülmektedir.

¹⁰⁴ Bakanlık denetimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız Murat Alışkan, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.5-111.

TTK'nın kabul edilmesi sürecinde, m. 210/2. hükmünün Alt Komisyonuna sunulan ilk taslakta küçük değişiklikler yapıldığı ancak temelde eTTK'daki Bakanlıktan uygun görüş alınması sisteminin devam ettirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Yapılan değişiklik ile ilgili olarak, Gerekçede yapılan açıklamaya göre, maddenin ilk taslak haline Bakanlıktan uygunluk görüşü alınmasına yönelik sürenin yedi günden otuz güne çıkarılması dışında müdahale edilmediği ancak maddenin yasalaşan son halinde, Bakanlıktan uygun görüş alınması hususunun maddeden tümüyle çıkarıldığı görülmektedir¹⁰⁵. Maddenin yasalaşan haline ilişkin Gerekçede ise, buna ilişkin olarak şu açıklama yer almaktadır: *“Bu fıkra, Türk uygulamasının tedavisi güç bir hastalığına çare bulmaya yöneliktir. Şirketler, özellikle anonim şirketler alanında, birçok bakanlık, kurum ve kuruluş, şirketin işletme konusuyla veya sermaye piyasasıyla ilgileri dolayısıyla şirketin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine izin vermek istemekte, izni esas sözleşmeye madde eklenmesi gibi şartlara bağlamaktadırlar. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile bağdaşmayan bu tür uygulamalara karşı Tasarıda birçok hükümlerle önlem alınmaya çalışılmıştır (madde 340 gibi). Bu fıkra da bu hükümlerden biridir. Tasarıya, “izin verme”nin denetlemek olmadığı ve “bürokrasi”nin çoğu kez denetlemeye yararı olmayan izinle başladığı görüşü hâkim olmuştur. Nesnel normlar (normatif sistem) hukuk güvenliğini sağlamakta, izin ise önemli bir yarar sağlamamaktadır.”*¹⁰⁶ Gerekçede, Bakanlıktan uygunluk görüşü alınması sisteminin eleştirildiği ve maddenin son hali ile genel bir çerçeve çizmekle yetinildiği görülmektedir. Oysa, Gerekçe'de ağır şekilde eleştirilen izin sisteminin, aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz TTK m.333 hükmü kapsamında getirildiği, TB tarafından yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip ilan edilecek anonim şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerinin, TB'nın iznine bağlı kılındığı görülmektedir. Bakanlık tarafından yayımlanan *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliği*'nin m.5 hükmü uyarınca enerji, kuruluş ve esas sözleşme değişiklikleri açısından, bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından,

¹⁰⁵ TTK Madde Gerekçeleri, m.210 hükmünün gerekçesi.

¹⁰⁶ TTK Madde Gerekçeleri, m.210 hükmünün gerekçesi.

enerji şirketlerinin kuruluşunun izne tabi olmadığı açıktır. Ancak enerji şirketleri için yapılan düzenlemelerin, TTK m.210/2 hükmü kapsamında yapıldığı söylenebilecektir. Her ne kadar, madde, açıkça regülasyondan bahsetmese de, enerji piyasasını ve piyasada faaliyet gösteren şirketleri regüle etmekle yetkili ve görevli olan EPDK'nın, m. TTK 210/2 hükmü anlamında bahsedilen kurumlardan biri olduğu sonucuna ulaşmamızı engelleyen bir husus bulunmamaktadır.

TTK m.210/2 hükmü ile Kanun koyucu tarafından, diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların şirketlerle ilgili düzenleme yapma yetkisine yönelik doğrudan bir sınırlandırma getirilmediği, aksine, ilgili düzenleme yetkisi verilen bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların bu yetkisine sınır getirilmesinin, yetkinin kaynağı ve dayanağı olan kanuna bırakıldığı görülmektedir. Kanun koyucunun, bu madde ile temelde, TTK'ya tabi olan/olması gereken TTK m.210/2 hükmü kapsamına giren şirketlerin kaderini, öncelikli olarak özel kanunlara ve özel kanun çerçevesinde ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlarca oluşturulan/oluşturulması gereken düzenlemelere tabi kılmak suretiyle, özel kanunlara ve bu kanunlara dayanarak düzenleme yapma yetkisi verilen bakanlık, kurum ve kuruluşların eline bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, özel kanunlar ile kanun çerçevesinde, TTK m.210/2 hükmünde sözü edilen düzenlemelerin, hükmün kapsamına giren şirketler açısından, TTK'nın şirketlere yönelik genel düzenlemelerini, hangi ölçüde devre dışı bırakacağı ve TTK'nın uygulama kapsamını ne kadar daraltacağını öngörmek mümkün olmayacaktır.

TTK m.210/2 hükmünün ortaya koyduğu çerçevede, enerji şirketlerinin regülasyonu ile yetkili ve görevli EPDK'nın, şirketlerle ilgili düzenlemeler yapmasına dayanak teşkil eden yasalarda(4628 Sayılı Kanun, EPK, DPK) verilen yetkiye ilişkin bir sınır öngörülüp, öngörülmediği ve verilen yetkiye dayanarak düzenlemeler yapılırken bu sınırlar içerisinde kalmak şartıyla, öngörülen amaç, konu ve şekle uygun davranılıp davranılmadığının tespiti gerekmektedir.

Elektrik piyasasının düzenlenmesinin yasal dayanağını oluşturan EPK'nın m.1 hükmünde ve doğal gaz piyasasının düzenlenmesinin yasal dayanağını oluşturan DPK'nın m.1 hükmünde, Kanunun amacı belirlenmiştir. Her iki hükümde de, benzer

şekilde, Kanunun amacının elektrik ve doğal gazın kaliteli, sürekli, ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, piyasasının serbestleştirilerek rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik/doğal gaz piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması olduğu vurgulanmıştır. 4628 Sayılı Kanunun m.4 hükmüne göre EPDK, enerji piyasasını regüle eden, enerji şirketlerine yönelik düzenlemeler yapmakla görevlendirildiğinden ve yetkilendirildiğinden TTK m.210/2 kapsamında bahsedilen kurumlardan biridir. TTK m.210/2. maddesi doğrultusunda, EPDK tarafından yapılan düzenlemelerle, enerji şirketlerinin yapısına yönelik regülasyon müdahalelerinin, kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak yapıp yapılmadığı, irdelenmesi gereken bir husustur. Bu kapsamda, EPDK tarafından elektrik ve doğal gaz piyasasına yönelik olarak yapılan her bir düzenlemenin EPK m.1 hükmü ve DPK m.1 hükmünde belirtilen spesifik amaçlardan hangisini gerçekleştirmeye yönelik olarak gerçekleştirildiği izah edilmeli ve gerekçelendirilmelidir. Aşağıda inceleyeceğimiz her bir regülasyon müdahalesinin ilgili başlık altında dayanak amaçlar ile uygunluğu ayrıca ele alınacaktır.

Kanun koyucunun, TTK-regülasyon ilişkisinde önemli bir madde olarak ortaya koyduğu TTK m.210/2 hükmünde, TTK'nın tüm şirketleri kapsayıcı mahiyette olan uygulama alanını koruyucu bir eğilimden ziyade, diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların şirketlerle ilgili düzenleme yapma yetkisini, yetkinin kaynağı ve dayanağı olan kanuna bırakarak, sözkonusu bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlara oldukça geniş bir hareket alanı sağlayan bir eğilimi benimsediği, TTK'nın uygulama alanını, TTK m.210/2 hükmü kapsamına giren şirketler açısından daralttığı anlaşılmaktadır. Bu durumun, enerji şirketleri açısından, TTK tarafından sağlanan birçok serbestiden (kuruluşta şirket türünü seçme serbestisi, hisselerin nama yazılı olup olmamasına karar verme serbestisi, asgari sermayenin üstünde sermaye koyup koymama serbestisi, pay devrine karar verme serbestisi, şirket yöneticilerini ve vasıflarını belirleme serbestisi, esas sözleşme hükümlerini TTK'da belirtilen zorunlu hükümler dışında belirleme serbestisi v.b) yararlanamama gibi olumsuz sonuçlar doğurduğu görülmektedir.

Bu kapsamda, her ne kadar TTK m.210/2 hükmü, TTK ile regülasyon arasındaki ilişkiyi belirleyen temel maddelerden birisi olarak görülse de, hüküm, aslında regülasyonun dayanağı olan kanunlara dayanılarak, yönetmelik, tebliğ v.b gibi alt düzenlemeleri çıkaran ilgili bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların düzenleme yapma yetkisine somut bir çerçeve getirdiği görülmektedir. Oysa, ilgili bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlarca çıkarılabilecek en üst düzey normun yönetmelik olabileceği, Anayasanın 124. Maddesindeki yer alan “*Yönetmeliklerin Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*” hükmü doğrultusunda, yönetmeliklerin kanuna ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olamayacağı hususu halihazırda Anayasal düzeyde düzenlenmiştir. Bu açıdan, TTK m.210/2 hükmü, doğrudan regülasyonun ana dayanağını teşkil eden kanunların çerçevesini belirleme ve kanunları sınırlandırma amacına hizmet etmemektedir¹⁰⁷.

1.3.2. TTK'nın 330. Maddesi

TTK- regülasyon ilişkisine yönelik referans maddelerden biri olan TTK'nın m.330 hükmü ise “*Özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*” düzenlemesini içermektedir. Hüküm, eTTK'da da, biraz farklı şekilde olsa da, m.270 hükmü olarak bulunmakta ve “*Hususi kanunlarla kurulan anonim şirketler, kuruluş kanunlarında aksine hüküm olmadıkça, bu faslın hükümlerine tabidirler*” şeklinde düzenleme içermekteydi. Maddenin gerekçesinde belirtilen açıklama ile madde değiştirilerek mevcut halini almıştır. Gerekçede “*Bugün özel bir kanunla kurulmuş anonim şirketlere hemen hemen hiç rastlanmamaktadır.*”

¹⁰⁷ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 12 Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul, Ekim 2011.s.109,110; Aslı Gürbüz Usluel, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında, Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi”, Batider, Cilt:28, Sayı:1, (Mart 2012), s.169-170; TTK 210/II'nin ilk cümlesinde diğer kurum ve kuruluşların yapabileceği düzenlemelerin sınırı belirlenmemekle birlikte, idari düzenlemelerin sınırının ancak düzenleme yetkisi tanıyan özel kanunlarla çizilebileceği, bu nedenle, TTK'ca bir sınırın belirlenmesi sözkonusu olmaması gerektiği, zira TTK'nın normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunduğu bir başka kanunun uygulama alanını sınırlandırmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. (Çağlar Manavgat, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı:1, (2005), s.531,532)

Uygulamada, daha çok özel kanunlara veya hükümlere tâbi anonim şirketler mevcuttur: Sermaye Piyasası Kanununa tâbi şirketler, bankalar, finansal kiralama şirketleri gibi. Verilen örneklerdeki Kanunlara benzer bir çok kanunun varlığı dikkate alınarak 6762 sayılı Kanunun 270 inci maddesinin ifadesinde değişiklik yapılmıştır. “Özel kanunlar” ibaresiyle sadece kanunlar kastedilmiş olup; daha alt düzeydeki normların kapsama alınmasına Tasarının amacı ve lafzı engeldir.”¹⁰⁸ Düzenleme ile özel kanunlara tabi olduğu belirtilen anonim şirketlere ilişkin hükümler haricinde, TTK’nın anonim şirketlere ilişkin olan dördüncü kısmının uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu hükümle, özel kanuna tabi anonim şirketler açısından özel kanunlarda bulunan hükümlerin, TTK’ya kıyasla öncelikle uygulanacağı öngörülmüştür.

Bu noktada, konu, TTK’nın m.330 hükmünün, özel kanuna tabi anonim şirketler bakımından, TTK öncesi yürürlükte olan özel kanunlara da aynı şekilde uygulanma önceliği verip vermediği yönünden tartışılmıştır. *Şehirali Çelik*, TTK m.330 hükmü yorumlanırken, TTK’nın diğer hükümlerinin ve kanunların zaman bakımında uygulanmasına ilişkin genel hukuk ilkelerinin birlikte dikkate alınması gerektiğini, zira TTK’daki diğer hükümlerin de, kanun koyucunun iradesini yansıttığını, özel kanun-genel kanun arasındaki ilişkiye yönelik kuralların, hukukun temel ilkelerinden olması nedeniyle göz ardı edilemeyeceğini belirtmekte, bu hususlar göz önüne alınarak, TTK’nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinde yürürlükte olan özel kanunlar açısından ele alındığında, eski tarihli özel kanun ile yeni tarihli genel kanun hükümlerinin karşı karşıya geldiğini, dolayısıyla hangi kanunun hükmünün öncelikli olarak uygulanacağını, yeni tarihli genel kanun olan TTK’nın, eski tarihli özel kanunun çelişen hükümlerini zımnen yürürlükten kaldırıp kaldırmadığının belirlenmesinin gerektiğini ifade etmekte, bu tespitler ışığında, TTK m.333 hükmünün gerekçesinde maddenin SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsadığı, bu hükümle özerk kurumların anonim şirketlerin kuruluş aşamalarındaki yetkilerinin kaldırılmasının amaçlandığı böylece TTK’nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan özel kanunların kuruluş aşamasına ilişkin olarak ilgili kurumlara tanınan yetkilerin kaldırıldığı sonucuna varılabileceği, bu kapsamda Bankacılık Kanununun m.6 hükmündeki yetkinin kaldırılmış olacağı, buna karşın TTK’nın

¹⁰⁸ TTK Madde Gerekçeleri, m.330 hükmünün gerekçesi.

yürürlüğe girdiği tarihten sonra 06.12.2012 tarihinde kabul edilen SerPK'nın, halka açık anonim şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin SPK'ya yetki verdiği düzenlemelerin (m.18, m.33.2,m.43,m.55,m.65) yeni tarihli özel kanun olarak eski tarihli genel kanun TTK'nın bu hususlara ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırdığını vurgulamakta, halen TTK m.333 hükmüyle çelişkili olan ve yukarıdaki gerekçelerle uygulanamaz durumda olan özel kanun hükümlerinde değişiklik yapılması halinde, yeni tarihli özel kanun hükmünün, uygulanma açısından eski tarihli genel kanun olan TTK m.333 maddesinin önüne geçeceğinin altını çizmektedir¹⁰⁹.

Buna karşın, TTK m.330. Maddesi ile özel kanun ilişkisine dair farklı görüşlerin de ileri sürüldüğü görülmektedir. Şöyle ki; *Karasu*, TTK'nın m.340 hükmünün TBMM'ye sunulmadan önceki tasarısında ikinci cümleden sonra “*bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur*” şeklinde bir cümle daha bulunduğunu, bu cümlenin TBMM Adalet Komisyonu tarafından çıkarıldığını, cümlenin, öğretilerde yapılan eleştiriler doğrultusunda kaldırılmış olması hususu ile TTK'nın m.330. hükmünde yer alan “*Özel kanunlara bağlı anonim şirketlere, kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kısım hükümleri uygulanır*” ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, m.330 hükmündeki düzenlemeyle, TTK öncesi yürürlükte olan özel kanunları kaldırmayı değil, tam tersine bu kanunların yürürlüğünün muhafaza edilmesinin amaçlandığı sonucuna varılabileceğini, böylece, özel kanunlarca izin verilen tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin, TTK'nın kabulünden sonra da, geçerliliğini koruyacağı gibi, özel kanunların emredici hükümlerinin, TTK'nın, anonim şirketlere ilişkin emredici bir hükmü ile çelişmesi hâlinde de, özel kanun hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuya örnek olarak da 2499 sayılı SerPK'nın m.13/6 hükmünün “*Tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir. Bu takdirde Türk Ticaret Kanununun 423 ve 424'üncü maddeleri uygulanmaz.*” hükmünü göstermektedir¹¹⁰.

¹⁰⁹ Feyzan Hayal Şehirli Çelik (İsmail Kırcı, Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler – Kuruluş – Yönetim, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s.185,186,187.

¹¹⁰Rauf Karasu, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Emredici Hükümler İlkesi Tebliği”, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Cilt: 18, Sayı: 2 (Özel Sayı), (2012), s.322.

Şehirali Çelik'in özellikle özel kanun-genel kanun ilişkisinin yürürlüğe girme zamanı yönünden ele alınması gerektiği yönündeki görüşünü daha isabetli buluyoruz. Zira Kanun koyucunun, belirli bir konudaki düzenleme yapma iradesini özel kanun veya genel kanunda ortaya koyması önemli olmakla birlikte, zaman içinde, ortaya koymuş olduğu iradesini devam ettirip ettirmediğinin de tespit edilmesi gereklidir. Bu nedenle, Kanun koyucunun, özel veya genel kanunda yapmış olduğu düzenlemelerin zaman bakımından da ele alınması ve Kanun koyucunun daha önce ortaya koymuş olduğu iradesini koruyup korumadığı, düşüncesinin değişikliğe uğrayıp uğramadığı saptanmalıdır. Bunu tespit etmenin yolu ise, Kanun koyucunun aynı alanı düzenleyen özel veya genel kanunlardaki düzenlemelerin içeriğiyle birlikte yürürlük zamanlarının da dikkate alınmasıdır.

Maddede, özel kanunlara tabi olan şirketlere ilişkin hükümlerden bahsedilirken, bu hükümlerle, emredici hükümlerin mi, yoksa tamamlayıcı hükümlerin mi kastedildiğinin anlaşılmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir¹¹¹.

Bu açıklamalardan hareketle, kural olarak, TTK m.330 hükmü doğrultusunda enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerine, TTK'dan önce, özel kanun hükmünde olan EPK ile DPK hükümleri uygulanacaktır. Enerji şirketleri, limited şirket olarak da kurulabileceğine göre, TTK'nın limited şirketlere ilişkin bölümünde, TTK m.330 benzeri özel kanunlara tabi olduğu belirtilen limited şirketlere ilişkin hükümler haricinde, TTK'nın limited şirketlere ilişkin olan altıncı kısmının uygulanacağını açıkça ifade eden bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, TTK m. 330 hükmünün limited şirketlere uygulanacağına yönelik başkaca bir referans hüküm de bulunmamaktadır. TTK m. 330 hükmünün benzerinin limited şirketler için mevcut olmaması, enerji şirketi olarak kurulmuş olan limited şirketlere, enerji piyasası mevzuatının TTK'dan öncelikli olarak uygulanmaması sonucunu doğurup doğurmadığı hususunun da tartışılması gerekmektedir. Enerji piyasasını düzenleyen EPK ve DPK, TTK'ya kıyasla özel kanun hükmündedir. Özel kanunun, genel kanundan öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin kural doğrultusunda, limited şirketlere yönelik TTK m. 330 benzeri bir hüküm olmasa bile, EPK ve DPK, özel

¹¹¹Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.170.

kanun olarak, limited şirket olarak kurulmuş enerji şirketlerine TTK'ya kıyasla öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu durumda, TTK m. 330 hükmünün varlığının ve nasıl bir işlev üstlendiğinin sorgulanması kaçınılmaz olacaktır.

Bu kapsamda, TTK m.330 hükmü, enerji şirketleri açısından özel kanun niteliğindeki EPK ve DPK ile bu şirketler açısından genel kanun niteliğindeki TTK arasındaki varolan öncelik ilişkisini somutlaştıran bir işlev görmektedir. Maddenin mevcudiyeti, özel kanun-genel kanun ilişkisi gereği, enerji şirketlerinin öncelikli olarak özel kanun niteliğindeki EPK ve DPK'da bulunan regülasyon hükümlerine tabi kılınmasına yönelik varolan bir statüyü destekleyen ek bir yasal dayanak sağlamaktan öte bir işlev görmemektedir. Yine de, madde, içeriği itibariyle, öncelikle özel kanunların uygulanmasına, özel hükümlerin bulunmadığı durumlarda TTK'nın uygulanmasına olanak verecek şekilde, oldukça kısa olarak kaleme alınmış olup, özel kanun hükümlerinin, TTK hükümlerine nereye kadar müdahale edebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Oysa, özel kanun- TTK ilişkisinde, her bir özel kanun hükmünün TTK'dan sapma olduğu ve TTK'nın belirli hükümlerini uygulama dışı bıraktığı hususu dikkate alındığında, özel kanun hükümlerinin geçerli olacağı alanın ve TTK'ya müdahale edilebilecek alanın sınırlarının net bir şekilde çizilmesi gerekirdi. Bu sınırların çizilmemiş olmasıyla, mevcut özel kanunların veya yeni çıkarılacak özel kanunlarla TTK'nın şirketlere ilişkin sistemine yönelik müdahalelerin ne kadar ileri götürülebileceği hususunda bir öngörülmezlik getirilmekte ve bu durum büyük ölçüde serbest piyasa ekonomisine dayanan TTK sistemi için bir tehdit teşkil etmektedir.

Bu hususlara ek olarak, TTK m. 330 hükmünün gerekçesinde yer alan “*özel kanunlar*” ibaresiyle *sadece kanunlar kastedilmiş olup; daha alt düzeydeki normların kapsama alınmasına Tasarının amacı ve lafzı engeldir.*” ifadesi ile TTK m. 330 hükmü tarafından, yalnızca özel kanunlarda bulunan düzenlemelerin uygulanmasına izin verildiği ve enerji şirketlerine yönelik regülasyon müdahalelerinin bir kısmının ilgili piyasa kanunlarında değil, alt düzenleme olan yönetmeliklerden kaynaklandığı gözönüne alındığında, yalnızca yönetmelikten kaynaklanan ve TTK'ya aykırılık teşkil eden enerji piyasasında yönelik regülasyon müdahalelerine ilişkin düzenlemelerin

uygulanamayacağı ileri sürülmüştür¹¹². Bu görüşün, TTK m. 330 hükmüne ilişkin gerekçede belirtilen görüşe uygun olduğu görülmektedir. Kanaatimce de, gerek madde hükmünde, gerekse Gerekçede yer alan açık ifadeler doğrultusunda ikincil düzenlemelerin özel kanun hükmü olarak sayılması ve TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanması mümkün değildir. Zira, yönetmelik veya ikincil mevzuat olarak adlandırılan ve normlar hiyerarşisinde kanunların altında bulunan normların, TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacağına kabul edilmesi, öncelikle normlar hiyerarşisine aykırıdır. Diğer yandan, kanunlar, Anayasanın m.87 hükmü doğrultusunda yasama organı olan TBMM tarafından çıkarıldığından, kanundaki ifadeler, kanun koyucunun iradesini yansıtmaktadır. Yönetmelikler ise Anayasanın m.124 hükmü doğrultusunda, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarıldığından, kanun koyucunun iradesini değil, yürütme organı bünyesindeki uygulayıcıların iradesini yansıtmaktadır. Bu nedenle ki, yönetmelik veya ikincil düzenlemelerin, kanun koyucunun doğrudan iradesini yansıttığı kanunlarla eş tutulması ve uygulama önceliği açısından kanunların önüne geçirilmesi mümkün değildir.

Gerçekten, enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketler için getirilen sermaye yeterliliği, esas sözleşmeye konulması gereken hükümleri düzenleyen bazı yükümlülükler TTK'ya göre özel kanun niteliğinde olan EPK veya DPK'da değil, bu kanunlara dayanılarak çıkarılan ikincil düzenleme niteliğindeki EPLY ve DPLY'de düzenlenmiştir. Böylece, enerji mevzuatı açısından özel kanunlar olan EPK ve DPK'da düzenlenmeyip, bu kanunlara dayanılarak çıkarıldığı belirtilen yönetmelik veya ikincil düzenleme niteliğindeki diğer düzenlemelerle ihdas edilen regülasyon müdahalelerinin yasal dayanaktan yoksun olacağı, bu nedenle bu müdahalelerin TTK m.330 hükmü karşısında, enerji şirketlerine uygulanamayacağı kanaatindeyim.

¹¹² Şeref Acar, Mustafa Dündar, "EPDK Lisansına Sahip Olan Şirket ile Lisansa Sahip Olmayan Şirketlerin Birleşmesinin Mümkün Olup Olmadığının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi", <http://www.eksperymm.com.tr/epdk-sirket-birlesmesinde-lisans-sahibi-olmayan-sirket> (Erişim Tarihi: 23.04.2018). Bu görüşün aksine, TTK m.330 hükmündeki özel hükümler ifadesinin ikincil mevzuatı da kapsadığını savunan görüşler de bulunmaktadır (Bkz. Çağlar Manavgat, Hukuki Açısından Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s.27; Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2019, s.40).

Aşağıda, her bir regülasyon müdahalesine ilişkin açıklamalarda, ilgili müdahalenin yasal dayanağının kanun mu, yönetmelikler mi olduğu belirtilerek, TTK m.330 hükmü açısından ele alınacaktır.

1.3.3. TTK'nın 333. Maddesi

TTK, ilke olarak şirketlerin kuruluşunu, esas sözleşme değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi kılmamıştır. Bu husus TTK m.333 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu ilkenin belirtildiği TTK'nın m.333 hükmünde aynı zamanda bu ilkenin istisnası da düzenlenmiş ve kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi anonim şirketlerden bahsedilmiştir. Hüküm, *“Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir. Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz.”* düzenlemesini içermektedir.

eTTK'da da benzer şekilde bir hüküm bulunmaktaydı (m.273). TTK'nın m.333 hükmüne, eTTK'daki düzenlemeden farklı olarak *“Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir”* cümlesinin eklendiği görülmektedir¹¹³. Söz konusu cümlenin eklenmesi, Bakanlık

¹¹³ 6102 sayılı TTK, yasalaşmadan önce Tasarı halindeyken, Tasarı'da, tescil için aranılan kanuni şartların mevcut olup olmadığı inceleme yükümlülüğü ve tüzel kişilerin tescilinde özellikle şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı, kanunun bulunmasını zorunluluk olarak gördüğü hükümleri içerip içermediği açısından sicil müdürüne inceleme yetkisi verildiğine ilişkin TTK'nın m.34 hükmü ile sicil müdürlüklerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın denetimi altında olduğuna ilişkin TTK m.24 hükmü aynı şekilde bırakılmasına rağmen, Tasarı'da yeralan TTK m.333 hükmü ile Bakanlığın izni ile kurulan anonim şirketlerde, Bakanlığın inceleyen izin verdiği ana sözleşmeyi, Bakanlığa bağlı ve onun denetimi altında olan sicil müdürünün de aynı nitelikte (hukuki bakımdan) inceleme yetkisi bulunmasından doğan çelişkinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. (Abuzer Kendigelen, Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1997, s.77, 78; Alışkan M, a.g.e, s.73, 74.) Şayet bu sistemin korunması isteniyorsa kendi içinde tutarlılık sağlanması açısından, kuruluşu Bakanlık iznine tabi olan anonim şirketlerde, sicil müdürünün inceleme yetkisinin şekli hususlarla sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir. (Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuk Dersleri, (Genel Hükümler- Ortaklıklar-Kıymetli Evrak) İstanbul, Filiz Kitabevi Basım, 2005, s.59; Reha Poroy ve Turgut S. Erem, Sermaye Piyasası Etüdü, Ankara, 1964, s.59; Alışkan M, a.g.e, s.73, 74.)

tarafından yapılacak gerek kuruluş, gerekse esas sözleşme değişikliği incelemelerine sınır çizmesi bakımından önemlidir.

TTK m.333 hükmünün gerekçesinde, hükmün içeriğinde açıkça düzenlenen hususlar gerekçelendirilirken, hükümde açıkça düzenlenmeyen birtakım hususlardan bahsedildiği anlaşılmaktadır¹¹⁴. Hükümde, kuruluş ve esas sözleşme değişikliği izne tabi olan şirketlerden ve bu iznin Bakanlıktan alınacağı hususlarından bahsederken, hiçbir şekilde diğer özerk kuruluşlardan bahsetmemesine rağmen, maddenin Gerekçesinde bu kesin kuralın SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsayacağı, kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makamın, isteklerini, Bakanlık aracılığı ile gerçekleştirebileceği, böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış olacağı, çok başlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunacağı ifade edilmiştir. *Şehirali Çelik*'e göre TTK'nın m.333 hükmünün Gerekçesindeki bu kesin kuralın SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsayacağına dair ifadeden, maddenin özel statülü anonim şirketler açısından yetkili diğer özerk kurumları da kapsadığını, Kanun koyucunun, özerk kurumların, anonim şirketlerin kuruluş safhasındaki yetkilerinin kaldırılmasını amaçladığını belirtmektedir¹¹⁵. *Şehirali Çelik*'in görüşüne, Gerekçedeki açıklamalarla uyumlu olduğu gerekçesiyle katılıyoruz. Bu hükümle, özel statülü anonim şirket olan enerji

¹¹⁴ Hükümün Gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “*Anonim şirketlerin kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliklerinde 4884 sayılı Kanunla getirilen dar istisnali normatif sistem 6762 sayılı Kanunda aynen korunmuştur. Ayrıca, anonim şirketin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin hiçbir makamın iznine tâbi tutulamayacağı kesin bir tarzda belirtilerek normatif sistemin, hükümdeki istisna dışında mutlak olarak uygulanması vurgulanmıştır. Bu kesin kural SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsar. Kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makam, isteklerini GTB aracılığı ile gerçekleştirebilir. Böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış, çok başlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur. Hükümdeki “hukukî konum ve nitelik” ile anonim şirketin kamusal yönü bulunup bulunmadığı, işletme konusunun kamu hizmeti yönünden özellik taşıyıp taşımadığı, halka açık olup olmadığı veya benzeri özellikleri haiz olup olmadığı kastedilmiştir. Ancak bu hüküm SPK, BDDK ve benzeri kurumların kendi ilke ve kriterlerini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bildirmelerine ve bu Bakanlık ile bu konuda işbirliği yapmalarına engel oluşturmaz.*” (TTK Madde Gerekçeleri, m.333 hükmünün gerekçesi.)

¹¹⁵Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.186; *Moroğlu*, Gerekçedeki bu kesin kuralın SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsayacağına dair ifadesinin TTK m. 330 ile Bankacılık Kanunu'nun m.6 hükmü ve SerPK m.33/2 özel hükmüyle uyumsuz olduğu görüşündedir.(Erdogan Moroğlu, 6102 Sayılı TTK. Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.142).

şirketlerinin faaliyet gösterdiği enerji piyasasını kontrol eden ve BDDK ve SPK benzeri özerk bir kurum olan EPDK'nın da, enerji şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişiklikleri konusundaki yetkileri kaldırılmıştır.

TTK m.333 hükmü doğrultusunda TB tarafından, *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ* çıkarılmıştır. Tebliğin, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketler başlıklı m.5 hükmüyle “*Bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı SerPK'na tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabidir. Ancak, kayıtlı sermaye sistemine kabul edilen Sermaye Piyasası Kanununa tabi halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında Bakanlık izni aranmaz.*” düzenlemesi öngörülmüştür.

Tebliğin m.5 hükmü uyarınca, enerji, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından, enerji şirketlerinin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine tabi olmadığı açıktır¹¹⁶. Enerji şirketlerinin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği TTK m.333 hükmü kapsamında izne tabi olmamakla birlikte, TTK'nın m.330 hükmündeki düzenleme doğrultusunda, elektrik piyasası açısından özel kanun olan ve uygulanma açısından TTK'ya göre öncelikli olan EPK'nın m.4/3 hükmündeki “*Piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler*

¹¹⁶ Ancak Sermaye Piyasası Kanununa tabi (SerPK 2. Maddesinde Kanuna hangi şirketlerin tabi olacağı hususu düzenlenmiştir.) enerji şirketlerinin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği bu madde kapsamına göre Bakanlık iznine tabidir. Şunu vurgulamak gerekir ki, bu tabi olma durumu şirketin enerji şirketi olmasından dolayı değil, Sermaye Piyasası Kanununa tabi olmasından kaynaklanmaktadır.

dışındaki paylarının nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken hususlar yönetmelikle düzenlenir” düzenlemesi doğrultusunda çıkarılan EPLY hükümleri gereği, piyasa faaliyeti gerçekleştirecek şirketlerin esas sözleşmelerinde yer verilmesi zorunlu olan hususlar ile esas sözleşme ve değişiklikleri için EPDK'nın onayının alınacağı hususu düzenlenmiştir. Doğal gaz piyasası açısından da durum paralellik arz etmektedir. TTK m.330 hükmüne göre özel kanun olan DPK m 4/3 hükmüne dayanarak çıkarılan DPLY hükümleri gereği, piyasa faaliyeti gerçekleştirecek şirketlerin esas sözleşmelerinde yer verilmesi zorunlu olan hususlar ile esas sözleşme ve değişiklikleri için, EPDK'nın onayının alınacağı hususu düzenlenmiştir. Özel Kanuna dayanarak çıkarılan bu düzenlemelerin uygulanması, TTK m.330 hükmüne uygunken, TTK m.333 hükmünde yer alan “...*Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz*” hükmüne açık bir şekilde aykırıdır. TTK m.333 hükmünün son cümlesinin, öğretide tartışmaya neden olduğu belirtilmiş¹¹⁷, ve birtakım yazarlarca, 330. maddedeki hükümle çelişki yarattığı ileri sürülmüştür¹¹⁸. Gerçekten de, 333. Maddenin son cümlesiyle birlikte, TTK'nın kendi içinde bir diğerine oranla özel hüküm niteliğinde olan iki ayrı maddesinin birbiriyle çelişmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir halde, hangi maddeye uygulama üstünlüğü tanınacağı hususunun tespiti önem taşımaktadır. Zira, TTK m.330 hükmüne üstünlük tanındığında, m.333 teki özel hüküm içeren açık düzenleme ihlal edilmiş olacaktır. TTK m.333'e özel hüküm olarak uygulama açısından üstünlük tanındığında, m.330 hükmüne dayanarak özel kanunlarda düzenlenen kuruluş izni ve esas sözleşme değişikliği iznine ilişkin hükümler yok sayılacak ve bu hükümlere dayanarak izin alınması işlemi yasal dayanaktan yoksun kalacaktır. *Şehirali Çelik*, böyle bir durumda TTK'nın m.330 hükmünün varlığına özel kanunlardaki düzenlemelere rağmen, Kanun koyucu tarafından, TTK m.330 hükmüne ve özel kanunlardaki düzenlemelere ters düşecek düzenleme öngörülebildiği ve bunun Kanun koyucunun kendi iradesini yansıtan özel hüküm niteliğindeki bu tür düzenlemelerin,

¹¹⁷Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.183.

¹¹⁸Bkz. bu doğrultuda Moroğlu 2016, s.142; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.125,126; Gürbüz Usluel, a.g.m, s.169-170; Ali Paşlı, Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması(I) YTK Kitap-2 Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler, Batider, Cilt: XXVII, Sayı: 3, 2011, s.137 v.d; *Moroğlu*, ayrıca, TTK m.333 hükmündeki son cümleinin ayrıca TTK m.332/3 hükmü, kayıtlı sermaye sistemine geçiş için izin alınmasını öngören SerPK m.18/1 hükmüyle de çelişki oluşturduğunu, hükmün gereksiz ve sakıncalı olduğunu, bu nedenle madde metninden çıkarılması gerektiği görüşündedir. (Moroğlu 2016, a.g.e, s.143)

özel kanunlardaki hükümlere üstün tutulması amacını taşıdığıнын tereddütsüz bir şekilde ortaya konulması halinde, önceki tarihli özel kanunlar açısından TTK hükmünün üstünlüğünün kabulü gerekeceği, buna karşın, TTK'dan sonra yürürlüğe giren özel kanunlar açısından, sonraki tarihli özel kanun hükmünün üstünlüğünün esas olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁹. Bu görüşe göre EPDK'nın enerji şirketlerinin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetkilerinin devam edip etmediğini irdelediğimizde, yukarıda da ifade edildiği gibi, 6102 sayılı TTK'nın ise 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girdiği, 6446 sayılı EPK'nın ise TTK'dan sonraki tarihte yürürlüğe girdiği göz önüne alındığında, sonraki tarihli özel kanun niteliğinde olan EPK'da EPDK'nın elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetkilerine sahip olmaya devam ettiği buna karşın, EPK'nın yürürlük tarihinin TTK'dan önce olduğu göz önüne alındığında, TTK hükümlerinin, önceki tarihli özel kanun niteliğinde olan EPK'da düzenlenen, EPDK'nın doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetkilerini kaldırdığı sonucuna ulaşmaktayız.

Diğer taraftan, TTK m.333 hükmü kapsamında kullanılan izin kavramı ile neyin kastedildiğinin de belirlenmesi de gereklidir. Zira, özel kanunlarda izin kavramı kullanılmaksızın sonuç itibarıyla izin ile benzer mahiyete sahip olduğu görülen birtakım işlemlerden bahsedilmektedir. Örneğin, elektrik piyasası açısından EPK'nın m.12/5-ç hükmü, m.20/6-d hükmü ile m.20/4-3 hükmündeki düzenlemeler doğrultusunda, hükümde belirtilen esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılınmış olduğu ve bu onayın alınacağı hususunun esas sözleşmeye hüküm olarak konulması yükümlülüğü ilgili piyasa faaliyetini yerine getirecek şirketlere yönelik olmak üzere getirildiği görülmektedir.

Söz konusu hükümlerde belirtilen esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı olmadan yapılan bu değişiklikler, şirketin yetkili organları tarafından onaylanıp tescil için ilgili ticaret sicil müdürlüğüne gönderilmesiyle birlikte, değişikliğe ilişkin tescil başvurusu, sicil müdürü tarafından TTK m.32 hükmü kapsamında, tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığı,

¹¹⁹Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.185,186.

özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği hususları açısından incelenecektir. Hükme göre tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtılmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları şarttır. Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin¹²⁰ (TSY) m.34 hükmünde de bu hususlar detaylandırılmıştır. Hüküm kapsamında, incelenecek hususlardan biri de tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığıdır. İnceleme sonucunda, müdürlükçe, m.34/1 hükmü uyarınca yapılan inceleme sonucunda, tescil için aranan şartlardan bazılarının eksik olduğunun anlaşılması halinde, bu olguların ilgiliye yazı ile bildirilmesi ve bunların Kanuna ve/veya bu Yönetmeliğe uygun hale getirilmesi veya şartlara ait eksikliklerin veya belgelerin tamamlanması için şirkete, otuz günden fazla olmamak üzere uygun bir süre verilecektir. Verilen süre, müdürlük tarafından, işlemin mahiyetine göre aynı süre ile en çok iki defa uzatılabilir. Verilen veya ihtiyaca göre uzatılan süre içinde durum, Kanuna ve/veya Yönetmeliğe uygun bir hale getirilmemiş veya belgeler tamamlanmamış olduğu takdirde tescil isteği reddedilecektir. Ayrıca, genel esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olan m. 71 hükmü doğrultusunda sicil müdürünün, şirket sözleşmesi değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı ile diğer belgelerin, başvuran tarafından müdürlüğe sunulup sunulmadığı hususu da incelenecektir. Müdürlük tarafından yapılan incelemede, gerek TSY m.34 gerekse m.71 hükümlerinde belirtilen hususlara aykırılığın olduğunun tespiti halinde sicil müdürünün tescil talebini reddetme hak ve yetkisi bulunmaktadır¹²¹. Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı gerekliliğine ilişkin hükmün, yine esas sözleşme içerisine hüküm olarak mevcut olması nedeniyle, sicil müdürü tarafından esas sözleşme değişikliğine ilişkin EPDK onayı veya uygunluğunun olmadığı, bu durumun esas sözleşme hükümlerine aykırı olduğu tespit edilebilecektir. Hemen belirtelim ki, TTK m.340 kapsamında, diğer kanunlar

¹²⁰ 27/01/2013 tarihli 24447 sayılı RG.

¹²¹Fahri Özsungur, "Ticaret Sicilinde Tescilin Evreleri ve Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", Cilt:16, Sayı:1, (2014), s.269-293; *Özsungur*, Bu durumlarda tamamlanabilecek bir eksiklikten bahsedilemeyeceğini, eksikliğin tamamlanabilmesi, eksikliğin olgu üzerindeki etkisine bağlı olduğunu, eksikliğin tamamlanmasının olguda esaslı bir değişiklik yaratmaması gerektiğini belirtmektedir.

tarafından esas sözleşmeye hüküm konulmasına ilişkin hükümler, içeriği itibariyle emredici hüküm olarak görüldüğü takdirde, EPDK onayının varlığı aranacak, bu durumun esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülebilecek, bu hallerde, esas sözleşme değişikliğinin tescilinin reddedilme ihtimali sözkonusu olabilecektir. Diğer yandan, TTK m.340 kapsamında diğer kanunlar tarafından esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümler emredici değil, tamamlayıcı hüküm olarak görüldüğü takdirde ise, bu hükümler öngörüldüğü özel kanuna özgü olarak hüküm doğuracağından, EPDK onayının varlığı esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmeyecek, esas sözleşme değişikliğinin tescilinin reddedilmeme ihtimali sözkonusu olabilecektir. Reddedildiği takdirde ise, TTK m.455 hükmü gereği, kurucu nitelikte olan esas sözleşme değişikliğinin tescilin yapılmaması, esas sözleşme değişikliğinin geçerli hale gelmesine engel olacaktır.

Enerji şirketlerinin esas sözleşme değişikliklerine ilişkin süreçten de görüldüğü üzere, esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK tarafından verilmesi gereken uygunluk görüşünün ve onayının, izin mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır¹²².

Yine, enerji şirketlerinin faaliyet gösterebilmesi için ön lisans ve sonrasında lisans alma zorunluluğunun, TTK m.333 hükmünde belirtilen anlamda bir izin teşkil edip etmediği hususunun da netleştirilmesi gereklidir. Zira TTK'ya uygun olarak kurulan ve özel kanunlarda düzenlenen bazı enerji alanlarında faaliyet gösterecek bir şirketin ilgili piyasa için gerekli lisansı almadan faaliyet göstermesi enerji mevzuatında yasaklanmıştır. Enerji alanında faaliyet göstermek amacıyla izin alınmaksızın kurulabilen şirketin, faaliyet gösterebilmesi için gerekli lisansı almadan faaliyet göstermemesi, o şirketin izinsiz olarak kurulması gibi avantajlı bir durumu anlamsız hale getirmekte ve şirketi, lisans almadan faaliyet gösteremeyecek işlevsiz bir yapıya dönüştürmektedir. *Şehirali Çelik*, Sigortacılık Kanunu m.5 hükmü kapsamında sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin faaliyet göstermek istedikleri her branşta Müsteşarlıktan ruhsat almaları gerekliliği ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.10 hükmünde bankaların, 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman

¹²² *Şehirali Çelik* de, Kanunda izin olarak nitelendirilmese de SerPK m.33/2 hükmünde yer alan halka açık anonim şirketlerin esas sözleşmelerinin değiştirilmesinde SPK'nın uygun görüşünün alınması zorunludur hükmünde belirtilen uygun görüşün TTK m.333 hükmü kapsamında ifade edilen izin mahiyetinde olduğunu savunmaktadır (*Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)*, 2013, a.g.e, s.18).

Şirketleri Kanununun (FKK)¹²³ m.7 hükmünde kanuna tabi şirketlerin, 6362 sayılı SerPK'nın m.39 hükmünde yatırım hizmetleri, m.65. hükmünde borsa ve piyasa işleticilerinin faaliyet izinlerinin düzenlendiği, bu düzenlemelerin ilgili anonim şirketlerin sahip olduğu özel nitelikleri gereği öngörüldükleri ve kuruluş işlemlerinden farklı görüldüğü göz önüne alınarak bu izinlerin, TTK m.333 hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşünü ileri sürmektedir. Lisansa tabi faaliyetleri yerine getirecek enerji şirketlerinin almaları zorunlu olan lisanslar da, Şehirali Çelik'in belirttiği gibi sigorta ve reasürans şirketlerinin, bankaların, 6361 sayılı Kanuna tabi şirketlerin, 6362 sayılı SerPK'da belirtilen şirketlerin almaları gereken faaliyet izni ile aynı mahiyette olduğundan, TTK m.333 hükmü kapsamında belirtilen kuruluş izni olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyim¹²⁴.

1.3.4. TTK'nın 340. Maddesi

TTK'nın m.340 hükmü anonim şirketlerde esas sözleşme ile ilgili olarak şu düzenlemeyi içermektedir. *"Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar"*¹²⁵.

¹²³ 13/12/2012 tarihli 24843 sayılı RG.

¹²⁴ TTK m.333 hükmünden ve maddenin gerekçesinden SPK, BDDK ve EPDK gibi özerk kurumların kendi alanlarına giren anonim şirketlerle ilgili olarak kuruluştaki izin yoluyla gerçekleştirdikleri denetim kaldırılmıştır (bkz. Gürbüz Usluel, a.g.m, s.170).

¹²⁵Hükmün Gerekçesinde şu açıklama yer almaktadır; *"Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde bir çok karşılığı vardır; Türkiye'de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde pay sahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler. Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kağıdır. Anonim şirketler hukukunda bireysel pay sahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez. Diğer yandan bu hüküm dolaylı bir şekilde bir mutlak pay sahipliği ve azlık hakkı da yaratmaktadır. Her iki hakkın da anılan haklardaki dava listesini zenginleştirdiği şüphesizdir. Ayrıca, kanunda emredici nitelik taşımayan bir çok hüküm bulunduğu gerçeğinin de hükmün bir örnek esas sözleşmeler yaratacağı eleştirisinin haklılık temellerini sorgulanabilir hâle getirdiği de muhakkaktır. Madde, ikinci cümlesinde Alman hükmünden ayrılmaktadır. Cümlelerin amacı, Sermaye Piyasası*

Maddedeki birinci cümle ile TTK'nın açıkça izin vermesi durumunda esas sözleşmeden sapılabileceği ifade edilmiş olup, bu sınırlandırma, hem tüm anonim şirketler açısından, hem de enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından TTK'nın doğrudan getirmiş olduğu genel bir sınırlandırmadır. Bu madde, TTK'ya tabi tüm anonim şirketlere de uygulanan genel bir sınırlandırmayı içeriyor olması nedeniyle, öğretide oldukça yoğun bir şekilde tartışılmış ve eleştirilmiştir. *Moroğlu*, bu düzenlemeyle anonim şirketler hukukuna adeta bir *çelik korse* giydirildiğini ifade ederek anonim şirketler hukukunun gelişmesinin önemli ölçüde engellenmiş olacağını ifade etmektedir¹²⁶. *Bahtiyar*, düzenlemenin getirdiği kısıtlamanın liberalleşme eğilimlerine aykırı olduğu gibi aynı zamanda bir dayatma teşkil ettiğini, getirilen kısıtlamanın normatif sistemle uyumlu olmadığı, uygulamada geliştirilen şirket içi dengeleri gözeten düzenleme zenginliğini de ortadan kaldıracığı, artık anonim şirketler hukuku alanında tek tip sözleşmelerin hakim olduğu tekdüze bir sistem yaratılmış olacağını belirtmektedir¹²⁷. *Karasu*, düzenleme ile TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak emredici nitelikte olduğu kabul edildiğinden, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine artık *emredici hükümler ilkesinin* geçerli olduğunu vurgulamaktadır.¹²⁸ *Pulaşlı*, m.340 hükmünün Alman Anonim Şirketler Kanunu 23/V hükmünden ilhamen TTK'ya alındığını ancak mehzaz kanunun devamındaki “*tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğer ki, bu kanun konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlemiş olsun*” ikinci cümleinin m. 340 hükmüne alınmadığı, onun yerine “*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği*

Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum gücüne sahip kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımaktır. Hüküm uyarınca bu kanunlar kendi alanlarına özgülenecek, Türk Ticaret Kanununa müdahalede bulunamayacaktır. Yargı kararlarının da bu ilkeye özenle hayat vereceği düşünülmektedir. 340 ıncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir. Hükümdeki “kanunda açıkça izin verilmişse” ibaresi, maddenin lafzından “sapabilme” imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğu doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.” (TTK Madde Gerekçeleri, m.340 hükmünün gerekçesi.)

¹²⁶Moroğlu 2016, a.g.e, s.151.

¹²⁷Bahtiyar 2019, a.g.e, s.130.

¹²⁸Rauf Karasu, Anonim Şirkette Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.45.

tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar” cümlesinin eklendiğini, düzenleme alınırken mehz kanuna bağlı kalınmadığı, düzenlemenin bu şekliyle *yarısı ithal diğer yarısı da yerli malından oluşan yeni bir melez hükümden* ibaret olacağını ifade etmektedir¹²⁹. Tekinalp'e göre, iş, rekabet ve tüketici hukuku ve sigorta hukukunun birçok hükmü ve genel işlem şartlarını denetleyen, geçersiz şartları belirleyen hükümleri içeren özel kanunların sözleşme özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarılmasına yolaçan düşünce, genel işlem şartlarının denetlenmesine yol açan anlayışlar ve bazı genel işlem şartlarını geçersiz kılınmasına neden olan mülahazalar, yüksek mahkemeleri genel işlem şartlarını sözleşme özgürlüğü ilkesinden istisna eden ilkesel kararlar vermeye götüren konular, ve son otuz yıllık öğretinin dayandığı aynı mülahazalar, aynı düşünceler, endişeler küçük pay sahipleri için de geçerlidir, bu nedenle, nasıl ki belirtilen alanlarda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının en temel amacı, sözleşmelerin zayıf tarafını korumaksa, TTK'nın m.340 hükmünde öngörülen emredici hükümler ilkesinin amacı, çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koyarak güçsüz pay sahibinin zarara uğramasını önlemektir¹³⁰.

TTK m.340 hükmünde kullanılan *sapma* ve *açıkça* ifadeleri ile ne kastedildiği, *anonim şirketlere ilişkin hükümler* ile emredici hükümlerin mi yoksa tamamlayıcı hükümlerin mi kastedildiği yönlerinden de tartışılmıştır. *Şehirali Çelik*, *sapma* ifadesinin dar veya geniş yorumlanmasına göre hükmün farklı uygulanması sonucunu doğurabileceğini ileri sürmektedir. *Sapma* ifadesi ile halihazırda bir kanun hükmünün düzenlendiği alanla ilgili olarak esas sözleşmede buna aykırı düzenleme yapılamayacağı kastediliyorsa, bu durumda kanunda düzenleme olmayan bir hususta, varolan hükümlere aykırı olmamak şartıyla esas sözleşmeye ihtiyari hüküm konulabilecektir. Buna karşın, *sapma* ifadesi, var olan kanun hükümleri haricinde esas sözleşmeye hüküm konulamayacağı şeklinde geniş yorumlanması halinde, esas sözleşmede bulunan tüm hükümlerin kanun hükümlerine uygun olma zorunluluğu olduğu, kanun hükmünün bulunmadığı konuda dahi düzenleme yapılamayacağı anlaşılacaktır. Yazar, bu yorumlardan ilkinde üstünlük tanınması gerektiğini, kanunda

¹²⁹Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.271.

¹³⁰Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul, 2008, s. 650.

hüküm varsa bundan *sapmanın* mümkün olduğunu, hüküm yoksa, hükümden *sapmanın* da sözkonusu olamayacağını, böylece kanunun düzenleme öngörmediği alanlarda esas sözleşmeye hüküm konulabileceğini ve bu durumun *sapma* teşkil etmeyeceğini vurgulamaktadır¹³¹. *Bahtiyar*, Kanunun Gerekçesinde yer alan “*Hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresi, maddenin lafzından "sapabilme" imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla "sapabilme"nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.*” açıklamalarından hareketle, bu ifadelerin kanundan sapabilmenin kanunun açık iznine bağlı olduğunu öngören maddenin lafzıyla Gerekçesi arasında çelişki oluştuğu, Gerekçede yer alan ifadelerden hareketle açıkça izin verilmeyen durumlarda da hükümden sapma olabileceğini savunmaktadır¹³². *Karasu*, TTK’nın m.340 hükmünde yer alan “*açıkça*” ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılması ve hükmün sözü ve özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özünün esas alınması gerektiğini ifade ederek ve Türk Ceza Kanununun m.2/1 hükmünde geçen “*açıkça*” ibaresinin yorumunda olduğu gibi TTK’nın m.340 hükmünde de yer alan “*açıkça*” ifadesinden de, amaçsal yorum yapılamayacağı sonucu çıkarılamayacağını ifade ederek, yapılan yorum sonucunda sapma izninin hiçbir tereddüde yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerektiği, aksi takdirde sapmaya izin verilmediğinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹³³. Kanaatimce de, *Şehirali Çelik*’in görüşünde ifade ettiği gibi kanunda hüküm varsa bundan *sapma* mümkün olabilmelidir, hüküm yoksa, hükümden *sapma* da sözkonusu olamayacak, böylece kanunun düzenleme öngörmediği alanlarda

¹³¹ Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.158; Aynı yönde görüş için bkz. Cafer Eminoğlu, “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, (Aralık 2014), Sayfa: 1-25, s.10.

¹³²Bahtiyar 2019, a.g.e, s.130,131.

¹³³Karasu 2012, a.g.t, s.318; *Akdağ Güney*, TTK’nın Gerekçesinin, mehzadan farklı olarak açıkça sapabilme durumunun yorum yoluyla tespitine izin vermek istediğini ancak açıkça sapabilme halinin Alman doktrininde kabul gördüğü gibi şekli kriterlerden hareketle tespit edilmesi gerektiği ve yorum yoluyla düzenlemenin asıl amacından uzaklaşmasına izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadır. (Bkz. Necla Akdağ Güney, Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.289)

esas sözleşmeye hüküm konulabilecek ve bu durum, *sapma* teşkil etmeyecektir. Bu yorum, maddenin Gerekçesiyle de ters düşmemektedir.

TTK m.340 hükmünün, enerji mevzuatı tarafından öngörülen esas sözleşme ile ilgili hükümleri dışında kalan hükümlere yönelik olması nedeniyle, enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketler de, esas sözleşmelerini düzenlerken veya değişiklik yaparken bu düzenlemeye uyacakları ve hükmün açıkça izin verdiği ölçüde bundan sapabilecekleri konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesi, özel kanuna tabi şirketler olarak enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketleri daha fazla ilgilendirmektedir. Maddede, “...diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı...” belirtilmiştir. Bu cümle ile özel kanun hükümlerinin anonim şirketlerin esas sözleşmesine konulmasını öngördüğü düzenlemeler ile TTK arasındaki irtibatın kurulması amaçlanmıştır¹³⁴. Madde, mevcut haliyle daha genel bir düzenleme olan TTK m.330’da yer alan “...özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır” düzenlemesini hedef almakta ve bu maddenin uygulama alanını daraltmakta veya bütünüyle yok etmektedir. Zira, maddedeki diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı ifadesiyle, özel kanunlara dayanılarak oluşturulan tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin TTK açısından bir anlamı olmayacağı, bu hükümlerin TTK açısından kabul görmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır¹³⁵. Bu sonuç ise, TTK m.330 ile TTK m.340 arasında bir kanun içi çatışma oluşmasına neden olmuştur. *Bahtiyar*, 340. Maddenin ikinci cümlesinin TTK çerçevesinde esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm konulmasına imkan vermediğini, hükmün gerekçesinin de bu sonuca götürdüğünü, özel kanunun öncelikli olarak uygulanmasına yönelik olarak düzenlemeyi içeren maddenin TTK’nın m.330 hükmü ile çeliştiğini, bu düzenlemenin gerekliliğinin sorgulanması ve kanundan çıkarılması gerektiğini savunmaktadır¹³⁶. *Moroğlu*, da TTK’nın m.340 hükmünün Adalet Bakanlığınca yayımlanan ilk Tasarısında son cümle

¹³⁴Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.169.

¹³⁵Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.169.

¹³⁶Bahtiyar 2019, a.g.e, s.119,120.

olarak yeralan “...bu kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur” ifadelerin, özel hüküm genel hükümden önce uygulanır hukuk genel prensibine aykırı olduğu, bu prensibi ifade eden TTK’nın m.330 hükmü ve TTK’nın özel kanun hükümlerini saklı tutan diğer tüm hükümler ile çeliştiği yönündeki eleştirileri sonucunda, sözkonusu cümlenin Tasarı’dan çıkarıldığını ve Kanuna alınmadığını, m.340 hükmünün bütünüyle Kanundan çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁷. Karasu ise açık bir düzenleme olmasa da, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerektiğini, zira, TTK’nın m.340 hükmünün sadece anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerinden sapmayı yasakladığını, oysa Kanun hükümlerinin tamamlayıcı sözleşme hükümlerinin, emredici hükümlere dokunmadığını, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmakta olduğunu, dolayısıyla, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılmasının mümkün olduğunu, m.340 hükmünün Gerekçesinde yeralan “ 340. Madde bu kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir.” ifadelerinin varılan bu sonucu teyit ettiğini ifade etmektedir¹³⁸. Akdağ Güney, tamamlayıcı düzenleme yapma yetkisinin TTK’nın birtakım hükümlerinde açıkça tanındığı (TTK m.334/1, m.394, m.414/1), TTK’nın açıkça düzenlemediği durumlarda ise ilgili hükmün konuyu sınırlayıcı şekilde düzenlemiş olup olmadığına bakılarak esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm konulabileceğini belirtmektedir¹³⁹.

¹³⁷Moroğlu 2016, a.g.e, s.339,340; Aynı yönde görüş için bkz. Zühtü Aytaç, “Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları”, Avrupa Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans (Ed.Korkut Özkorkut), Ankara, 2010, s. 96.

¹³⁸Karasu 2012, a.g.t, s.320, 321; Aynı yönde görüş için bkz. Eminoğlu, a.g.m, s.15.

¹³⁹Akdağ Güney 2014, a.g.e, s.290.

Gerçekten de, TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesindeki *diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı* ifadesinin hukuken ne anlama geldiği ile maddenin kapsamının ve kanunların kendine özgü alanının nerede başlayıp nerede sona erdiğinin tespitinin nasıl yapılacağı tam bir muammadır. Hüküm, TTK ile özel kanun ilişkisine yönelik yaklaşımı ifade etmesi ve bu bağlamda TTK-enerji piyasası regülasyonu arasındaki ilişkiye de uygulanacak olması nedeniyle önemlidir. Zira, tezimizin konusunu teşkil eden enerji şirketlerinin kuruluşuna, sermaye yapısına, pay sahipliği yapısına, yönetim yapısına yönelik regülasyon müdahalelerine ilişkin hükümlerin esas sözleşmeye konulması yönünde, tabi olunan özel kanunlarda (EPK, DPK) hükümler bulunmaktadır. Bu noktada, TTK'nın m.340 hükmünün, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği esas sözleşme hükümleri ile diğer kanunlarca esas sözleşmeye konulması öngörülen hükümlerin tamamını, TTK açısından tamamlayıcı hüküm olarak mı gördüğü, yoksa madde ile diğer kanunların öngördüğü esas sözleşme hükümlerinin de ilgili kanunlarca emredici olup olmamasına göre ayırım yapılarak, yalnızca tamamlayıcı hükümlerin mi kastedildiği sorusu akla gelmektedir. Yani, TTK, kendisi dışındaki kanunların esas sözleşmede yer verilmesini öngördüğü emredici hükümleri, kendisi açısından da emredici nitelikte olduğunu kabul etmekte midir, yoksa TTK, kendisi dışında diğer kanunlarda enerji şirketleri açısından EPK ve DPK tarafından enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine konulmasını öngördüğü hükümleri emredici nitelikte olsa bile tamamlayıcı olarak mı gördüğü hususu ile bu kapsamda, yukarıda enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine mutlaka konulması öngörülen hususların tamamının TTK açısından tamamlayıcı hüküm olarak mı değerlendirileceği hususu açığa kavuşturulmalıdır.

TTK'nın m.340 hükmünün ikinci cümlesinin, TTK'nın m.330 hükmü ile özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında TTK'daki hükümlerin uygulanacağına yönelik hükmünün kısıtlama amacı güttüğü net bir şekilde anlaşılmaktadır. Zira, TTK'nın 340. Maddesinin Adalet Bakanlığınca yayımlanan ilk Tasarısında “...*bu kanun ile diğer bir kanunundaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur*” şeklindeki son cümle olarak yer alan hükmün, yapılan eleştiriler doğrultusunda kanun metninden çıkarıldığını belirtmiştik. Kanuna konulmaya çalışılan bu cümle ile özel kanun, genel kanuna göre öncelikle uygulanır

prensibine aykırılık teşkil etmesine rağmen, TTK tarafından özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel kanunların uygulanmasının sınırlandırılmaya çalışıldığı, özel kanun hükümleri karşısında TTK hükümlerine uygulama üstünlüğü verilmek istendiği açıktır. Bahse konu cümle, TTK m.340 hükmüne alınmamış olsa bile, Kanun Koyucu, m.340 hükmünün ikinci cümlesi ile özel kanunlara tabi anonim şirketler için özel kanunların öngördüğü hükümlerin, TTK tarafından düzenlenen alana girmesini istememiş ve bu hükümlerin uygulanmasını sınırlandırmak iradesini ortaya koyarak, *diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı* şeklinde kendince bir ölçü ve sınırlandırma getirmiştir. Bu düzenlemelerden hareketle, TTK'nın anonim şirketler açısından, özel kanunlarda öngörülmesine izin verilen esas sözleşme hükümlerini yazılış itibariyle emredici niteliğinde olsa bile, TTK'ya nispeten tamamlayıcı hüküm olarak gördüğü ve tamamlayıcı hükümler derken, özel kanunlarda, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine ilişkin öngörülen, emredici olsun veya olmasın tüm hükümleri kastettiği kanaatindeyim¹⁴⁰.

TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesinde geçen *diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı* ifadesinin ne anlama geldiği belirlenmedikçe, maddedeki ifadenin ne şekilde uygulanacağı belirlenemeyecek ve sözkonusu ifadenin geçtiği hüküm, uygulanma olanağı olmayan bir hüküm olarak kalacaktır. *Moroğlu*, bu ifadenin *TTK açısından geçerli değildirler* anlamına geldiğini ve uygulamada büyük karışıklıklara neden olacağını belirtmektedir¹⁴¹. *Şehirali Çelik*, ifade ile kastedilen *hükümlerin TTK açısından bir anlamı olmayacağı veya bu hükümlerin TTK'ca tanınmayacağı* gibi hukuken açıklanması zor olan anlamlara geleceğini ifade ederek, TTK'nın m.340 hükmü ile m.330 hükmü arasındaki ilişkinin tespitinin gerektiğini ifade etmektedir¹⁴². TTK'nın m.340 hükmü esas sözleşmeye konulacak hükümlerle ilgili iken, m.330 hükmü ise genel olarak özel kanun hükümlerinin TTK'ya göre öncelikli olarak

¹⁴⁰ Bekir Çelikdemir, "Elektrik Dağıtım Şirketlerine Yönelik Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16. Maddesi ile Doğal Gaz Dağıtım Şirketlerine Yönelik, Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 9. Maddesi Kapsamında Öngörülen Tedbirlerin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi ve Kayyım Çözümü Önerisi" Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt:9, Sayı:36, (2020), s. 1282, 1283.

¹⁴¹ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.224.

¹⁴² Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.169.

uygulanması ile ilgilidir. Yani TTK'nın m.330 hükmü, özel kanunlar ile TTK arasında genel ilişki kuran bir madde iken, m.340 hükmü esas sözleşmeye konulacak hükümlere yönelik olup, özel kanunların esas sözleşmelere konulmasını öngördüğü tamamlayıcı hükümlere yöneliktir. Yani, TTK içerisinde, m.330 hükmü ile m.340 hükmü arasında bir özel-genel hüküm durumu söz konusudur. M.340 hükmü, m.330 hükmüne göre özel nitelikli hükümdür, bu nedenle m.340 hükmü, m.330 hükmüne göre uygulanma önceliğine sahiptir. Bununla beraber, m.330 hükmünde özel kanun hükümleriyle emredici hükümlerin mi yoksa tamamlayıcı hükümlerin mi kastedildiğinin anlaşılmadığı, m. 330 hükmünde de özel kanun hükümlerine yönelik bir sınır öngörülmezken, m.340 hükmünde bir sınır öngörüldüğü, bu yönüyle m.330 hükmü ile m.340 hükmünün birbiriyle çeliştiği görülmektedir¹⁴³.

TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesinde geçen *diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı* ifadesi ile ilgili olarak, maddenin Gerekçesinde SerPK, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere çoğu kez yorum gücü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanınacağı, bu kanunların kendi alanına özgüleneceği, bunların TTK'ya müdahalede bulunamayacağı belirtilmektedir. Ancak Gerekçede belirtilen kendi konuları çerçevesinde serbesti tanıma, kendi alanına özgüleme, TTK'ya müdahalede bulunamama gibi amaçların mevcut sistemde nasıl sağlanacağı belirsizdir. Özel kanunlar tarafından birtakım esas sözleşme hükümlerinin, esas sözleşmeye eklenmesi öngörülürken, TTK'da genellikle ilgili özel kanunun düzenlediği konulara ilişkin hüküm öngörülmemektedir. Bu durumda, özel kanunlar tarafından öngörülen esas sözleşme hükmü, TTK m.330 ve m.340 hükümleri gereği esas sözleşmeye eklendiğinde, bu hükmün uygulanması veya geçerliliği kendi alanına nasıl özgüleneceği belirsizdir. Zira bir esas sözleşme hukuken bir bütün olup, yokluk veya butlan gibi geçerliliğini doğrudan etkileyen hukuki bir gerekçe olmadığı sürece, bütün olarak, geçerli olması gereken bütün alanlarda geçerliliğe sahiptir. TTK m.330 ve m.340 hükümleri gereği, özel kanunların esas sözleşmeye hüküm konulmasına izin verdiği her hüküm, kaçınılmaz olarak, TTK'nın düzenlediği alana müdahale teşkil edecektir. *Şehirali Çelik* de, özel kanuna tabi bir anonim şirketin tek

¹⁴³Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.169, 170.

bir esas sözleşmesi olduğu ve bu şirketin kendi özel kanunundan kaynaklanan hükümlerinin ancak bu esas sözleşmede somutlaştırılabileceği göz önüne alındığında kendine özgü alanın belirlenmesinin ve ayrıştırılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁴⁴. Ayrıca m.330 hükmüne göre özel kanunlara dayanarak esas sözleşmeye hüküm konulması halinde, bu maddeye göre geçerli kabul edilmesi gerektiğini ancak TTK'nın m.340 hükmünün ikinci cümlesinin TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan kanunlar açısından söz konusu olabileceğini, TTK'dan sonra yürürlüğe giren özel kanunlar açısından, sonraki tarihli özel kanunun, önceki tarihli genel kanuna üstün sayılacağından sorun teşkil etmeyeceğini belirtmektedir¹⁴⁵.

Kanun koyucu, TTK'nın m.340 hükmünün ikinci cümlesiyle de, özel kanunlarda, özellikle esas sözleşmeye genel olarak hükümler konulması ve zorunlu olarak esas sözleşme değişikliklerinin onaya tabi tutulmasına ilişkin hüküm konulmasına yönelik olarak öngörülen ve TTK'ya müdahale teşkil edecek düzenlemeleri sınırlandırma amacını gütmektedir. Kanun koyucu, bu hususu m.340 hükmünün Gerekçesinde ifade etmeye çalıştığı gibi, TTK'nın m.210/2 hükmünün Gerekçesinde de vurgulamaktadır. Şöyle ki. Gerekçede, şirket esas sözleşme değişikliklerine izin verilmesi, izin alınacağı hususunun esas sözleşmeye madde eklenmesi gibi şartların hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile bağdaşmadığı ve bu tür uygulamalara karşı Tasarıda birçok hükümlerle önlem alınmaya çalışıldığı vurgulanarak, 340. Maddenin bu amaca hizmet etmek üzere ihdas edildiği ifade edilmiştir. Bahsedilen önlem, 340. Maddenin ikinci cümlesi ile alınmaya çalışılmıştır. Ancak getirilmeye çalışılan bu önlemin, esas sözleşmelere nasıl uygulanacağı konusunda yukarıda da bahsedildiği gibi, önemli belirsizlikler ve tereddütler içermesi nedeniyle, etkisi sınırlı kalmıştır.

TTK m.340 hükmünün neredeyse aynısının, limited şirketlere ilişkin olarak da, TTK m.579 hükmünde öngörüldüğü görülmektedir. Maddede TTK m.340 hükmünden farklı olarak, esas sözleşme yerine şirket sözleşmesi, izin verme yerine cevaz verme ifadeleri kullanılmıştır. Bu kapsamda, TTK m.340 ile ilgili olarak yukarıda yapılan

¹⁴⁴Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.171.

¹⁴⁵Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.171.

tüm değerlendirmelerin ve yorumların aynı düzenlemeyi içeren TTK m.579 için de geçerli olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

1.3.5. TTK'nın 210/2, 330, 333 ve 340. Maddeleri Arasındaki Kanun İçi İlişki

TTK'nın m.210/2 hükmünde yer alan “*Diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilir*” düzenlemesine ilişkin olarak hükmün gerekçesinde, izin sistemi ağır şekilde eleştirilmesine rağmen, eleştirilen izin sisteminin, TTK m.333 kapsamında getirildiği, TB tarafından yayımlanacak tebliğle faaliyet alanları belirlenip ilan edilecek anonim şirketlerin, TB'nın iznine bağlı kılındığı görölmektedir. İçerdikleri hükümler itibariyle TTK'nın m.210/2 hükmü ile TTK'nın m.333 hükmü birbirini tamamlayıcı hükümler olarak gözükmektedir. Ancak TTK m.333 hükmü ile TB tarafından yayımlanacak tebliğle faaliyet alanları belirlenip ilan edilecek anonim şirketlerin kuruluşlarının ve esas sözleşme değişikliklerinin, TB'nın iznine bağlı kılındığı görölmektedir. İzin sistemi ise TTK'nın m.210/2 hükmünün gerekçesinde oldukça keskin cümlelerle eleştirilmiştir. Bu yönüyle, TTK'nın m.333 hükmü, TTK m.210/2 hükmünün gerekçesiyle uyumlu değildir.

TTK m.210/2 hükmünün, maddede belirtilen anlamda diğer kurumlardan biri olduğu şüphesiz olan EPDK tarafından çıkarılan enerji şirketlerinin esas sözleşme değişikliklerini izne tabi kılan düzenlemelere (özellikle EPK ve EPLY ile DPK ve DPLY) dayanak teşkil ettiği de bir gerçektir. Her ne kadar, sözkonusu yönetmelikler, EPDK tarafından, dayanak kanunları olan EPK ve DPK tarafından çizilen çerçevede çıkarılmış olsa da, TTK m.210/2. Maddesinin de herhangi bir sınırlama öngörmeksizin diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların düzenleme yapma yetkisine sahip olduklarına ilişkin bu düzenlemesi TTK'ya aykırılık teşkil eden regülasyon müdahalelerinin TTK'daki dayanaklarından biri haline gelmiştir.

TTK'nın m.210/2 hükmü ile diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlara, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve

öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin olarak düzenleme yapma yetkisini vermiş olması nedeniyle, TTK'nın m.330 hükmüyle çelişmemektedir. Her iki madde de, açık şekilde tabi olunan özel kanunlara gönderme yapıldığından, TTK m.210/2 ile m.330 arasında bir tutarsızlık gözükmemektedir.

TTK'nın m.333 hükmünde yer alan düzenleme gereği Tebliğde ilan edilenler dışında, hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı kesin bir tarzda belirtilmiş, normatif sistemin, hükümdeki istisna dışında mutlak olarak uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Madde doğrultusunda, Bakanlık tarafından yayımlanan Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca enerji, bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından, enerji şirketlerinin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin izne tabi olmadığı açıktır. Madde, TTK kapsamında kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi şirketlere yönelik olarak ihdas edilmiş ve kanun koyucunun iradesini net bir şekilde ortaya koyduğu özel bir hükümdür. Özel hüküm olması itibariyle, TTK-regülasyon ilişkilerini belirleyen diğer maddelere göre, öncelikli olarak uygulanması gerekir. Ancak TTK'nın "*Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır.*" düzenlemesini içeren m.330 hükmünün herhangi bir sınır koymaksızın özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağını belirtmesi nedeniyle, EPK ve DPK'da yer alan TTK m.333 hükmündeki açık ve kesin düzenlemeye aykırı düzenlemeler (enerji şirketlerinin esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılınması) uygulama alanı bulmakta, böylece TTK m.333 hükmünü işlevsiz bir hale getirmektedir. Yani, enerji şirketleri açısından genel kanun niteliğinde olan TTK'da enerji şirketlerine yönelik uygulanması gereken özel hükmün (TTK m.333)varlığına rağmen, genel hüküm niteliğindeki hüküm(TTK m.330) öncelikli olarak uygulanarak, özel kanundaki tüm hükümler, genel kanundaki özel hükümlerin önüne geçirilmektedir. Bu sonucun, her ne kadar TTK'nın m.330 hükmüne uygun olsa da, m.333 hükmüne aykırılık teşkil ettiği bir gerçektir. Bu durumun, TTK'nın m.333 hükmü ile m.330 hükmü arasında bir kanun içi çatışmaya yol açtığı açıktır.

TTK'nın m.340 hükmü de, m.333 hükmü gibi, genel kanun niteliğinde olan TTK'da esas sözleşmeye konulabilecek hükümlere yönelik olmak üzere öngörülen özel hüküm niteliğindedir. Hükümün ikinci cümlesi ile özel kanunlar tarafından öngörülen esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı belirtilerek, hükümün uygulaması açık bir şekilde sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Bu yönüyle, özel hüküm niteliğindeki TTK'nın m.340 hükmü ile genel hüküm niteliğindeki TTK'nın m.330 hükmü arasında kanun içi bir çatışmaya yol açılmıştır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, TTK'nın, hükmüyle, özel kanun hükmünü ortadan kaldırma amacı taşıdığından anlaşıldığı durumda, özel-genel kanun ve yürürlük tarihlerini dikkate alınmaksızın TTK hükmüne üstünlük tanınması gerektiği görüşü¹⁴⁶ doğrultusunda, TTK'nın m.333 hükmü açısından, gerek madde metninden ve Gereğesinden, kanun koyucunun amacının anonim şirket kuruluş ve değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi olmasını engellemek olduğunun, TTK'nın m.340 hükmü açısından, özel kanunlarda öngörülen tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin TTK'ca düzenlenen alana müdahale etmesini istemediğinin açıkça anlaşıldığı, o nedenle de, konuya ilişkin olarak özel kanunlarda öngörülen aksine hükümlerin uygulanamaz hale geldiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

TTK'da, yer alan bazı hükümlerin, kanunda yer alan başka hükümlerle veya başka hükümlerin gereğesiyle kanun içi çelişki oluşturacak şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Burada bahsedilen maddeler, bu soruna tipik örnek teşkil etmektedir. TTK'nın kendi içinde tutarsız düzenlemeler içerdiği bir ortamda, TTK'nın düzenleme yaptığı alanla ilgili olarak düzenlemeler içeren özel kanunların, kaleme alınırken, özel kanun, genel kanundan öncelikli olarak uygulanır ilkesinin tekrarı olan m.330 hükmü dışında TTK'nın çeşitli hükümlerle koymaya çalıştığı sınırlar ile kısıtlamaların hiçbir şekilde dikkate alınmadığı görülmektedir. Bu durumun, TTK'nın, özellikle, şirketlerle ilgili olarak kurmaya çalıştığı sistemin, özel kanunlar tarafından öngörülen hükümlerle sistematik bir şekilde delinmesine ve ihlal edilmesine yol açtığı açıktır.

¹⁴⁶ Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.171, 172.

1.4. ULTRA VİRES İLKESİ

1.4.1. Genel Olarak

Ultra Vires, köken itibariyle Latince olup, yetkilerin aşılması anlamına gelmektedir¹⁴⁷. Her ne kadar *Ultra Vires*, genellikle özel hukukla ilişkilendirilmiş olsa da, kavramın kamu hukuku ile ilişkili olduğu ve idare hukukunda, idarenin hukuk kuralları ve bu bağlamda kamu yararı gözetmeksizin, kendisine tanınan kamu yetkilerini kullanması halinde ortaya çıkan idari işlem ve eylemlerin *Ultra Vires* olarak adlandırıldığı belirtilmektedir¹⁴⁸. Şirketler hukuku açısından, şirket esas sözleşmesinde belirtilen konunun, şirketin ehliyetinin sınırını teşkil etmesi anlamında gelmektedir. *Ultra Vires*'in karşılığı *Intra Vires* olup, bu kavram, şirketin işletme konusu sınırları içindeki yer alan işlemler için kullanılmaktadır¹⁴⁹.

Ultra Vires'in kaynağı İngiliz hukukudur¹⁵⁰. *Ultra Vires* ilkesinin özel hukuk alanında ortaya çıkışı, özellikle şirketlerin kuruluş sistemleriyle ilgilidir. Şöyle ki; İngiltere'de sanayi devrimi sonrasında, şirketler kral veya devlet imtiyazı ile verilen imtiyaz sınırları dışına çıkmaması koşuluyla kurulmaktaydı. Kuruluş izni verilmesi sonrasında, şirketler tümüyle serbest hareket etme özgürlüğüne sahip değildi. Zira şirketler, imtiyaz sahipleri tarafından katı bir şekilde denetlenmekte ve esas sözleşmelerinde serbest bir şekilde değişiklik yapamamaktaydı. Yani, başlangıçta

¹⁴⁷Tuncer Karamustafaoğlu, İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini, Ajans Türk, Ankara, 1964, s.55; Gizem Alper, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.5.

¹⁴⁸Uğur Mumcu, "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", AÜHF Dergisi, Cilt:27, Sayı:1-2, (1970), s.37 v.d ; Alper, a.g.e, s.6.

¹⁴⁹Murat Alışkan, "İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, (Mayıs 2012), 207 – 220, s.208; Araz İsmayılov, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Ultra Vires İlkesinin Yeri", Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, (Aralık 2014), Sayfa: 381-389, s.382.

¹⁵⁰Alper, a.g.e, s.7; Ayrıntılı bilgi için bkz. Alper, a.g.e, s.7; Paul J Omar, Powers, Purpose and Objects: The Protracted Demise of the Ultra Vires Rule, Bond Law Review, Volume:16 Issue:1, (2004), p.98,100.

<https://publications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1280&context=blr> (Erişim Tarihi : 03.05.2018) ; Mumcu, a.g.e, s.57; Burçak Yıldız, "TTK Tasarısında Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki Ultra Vires Sınırlamasının Değerlendirilmesi", AÜHF Dergisi, Cilt:55, Sayı:1-2, (2006), s. 193; Stephan Griffin, "The Rise and fall of the Ultra Vires Doctrine in Company Law", Mountbatten Journal of Legal Studies, Volume:2, Issue:1, p.5-31 http://ssudl.solent.ac.uk/954/1/1998_2_1.pdf (Erişim tarihi: 03.05.2018) ; Sevilay Uzunallı, Anonim Şirkette İşletme Konusu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.91,92).

kraliyetin, toplumun ve bireylerin haklarının korunması amacıyla ortaya çıkan *Ultra Vires* ilkesi zamanla pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini koruma yönüne doğru evrilmiş ve devam eden yıllarda birçok hukuk sistemini etkileyen bir özel hukuk prensibine dönüşmüştür¹⁵¹.

1.4.2. TTK'da Ultra Vires İlkesi

1926 tarihli TTK'nın m.122 hükmünde, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğe sahip oldukları, ünvanları altında sözleşmeye taraf olabilecekleri, borç altına girebilecekleri, davalara taraf olabilecekleri ve menkul ve gayrimenkul mallar üzerinde tasarruf edebilecekleri ifade edilmiştir. Kanunun m.319 hükmünde, şirketin amacına yönelik her türlü iş ve işlemi yerine getirme hak ve yetkisine sahip olduğu, belirtilmiş, devamında yönetim kurulu tarafından yapılan işlemin esas sözleşmeye ve genel kurul kararına aykırı olması halinde iyiniyetli üçüncü kişinin işlem nedeniyle şirkete başvurmasına engel olmadığı ifade edilmiştir. Yapılacak işlemler açısından, şirketin amacı doğrultusunda her türlü işlemin yapılabilmesini belirtmek suretiyle, geniş bir çerçeveye çizmiştir. Maddede esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı işlemde bahsedilmekte, şirketin işletme konusundan bahsedilmemektedir. Ne söz konusu düzenlemelerde, ne de kanunda özellikle işletme konusu açısından şirketlerin ehliyetini kısıtlayıcı *Ultra Vires* ilkesine yönelik bir hüküm bulunmamaktaydı.

ETTK'nın m.137 hükmünde “*Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.*” yer alan düzenlemeyle *Ultra Vires* ilkesinin ticaret şirketleri açısından kabul edildiği görülmektedir¹⁵².

¹⁵¹ Yıldız B 2006, a.g.m, s. 323 ; Alper, a.g.e, s.7,8; Sibel Hacımahmutoğlu, AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.26; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.71, dn 306.

¹⁵² eTTK'nın uygulandığı dönemde *Ultra Vires* ile ilgili ayrıntılı görüş ve değerlendirmeler için bkz Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, “Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK. m. 273 Değişikliği”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan, Maltepe Üniversitesi Yayınları, Sayı 1/2, (2004), s.407 v.d; Hüseyin Ülgen, Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti, Kemal Oğuzman'a Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 1284,1285; Ünal Tekinalp, *Ultra Vires*, 40 Yılında Türk Ticaret Kanunu, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997, s.45,46; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.81,82; Uzunallı, a.g.e, s.104.

6102 sayılı TTK'nın kabulü sırasında, AB'nin 68/151 sayılı Birinci Yönergesine uyumunu sağlamak amacıyla, öğretilerdeki eleştiriler de dikkate alınarak, *Ultra Vires* ilkesi resmen kaldırılmıştır¹⁵³. Kanunun m. 125 hükmü “(1)Ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir. (2) Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.” şeklinde değiştirilmiştir. Düzenleme ile şirketlerin işletme konusu, şirketin hakları iktisap etmesinde ve borçları üstlenmesinde artık bir sınır olmaktan çıkmıştır. Ancak bu maddedeki kural ile şirketin işletme konusu dışında yapmış olduğu işlemler, her durumda doğrudan geçerli sayılmamaktadır. TTK m.371/2. hükmünde bu maddenin uygulanmasına sınır getirilmiştir. Maddedeki “Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir.” düzenleme doğrultusunda, üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında olduğunu bildiği veya durum gereği bilebilecek durumda olduğunun kanıtlanması halinde, işlem geçerli olarak kabul edilmeyecektir. Görüldüğü gibi, işlemin diğer tarafı, üçüncü kişinin işlemi yaparken iyiniyetli olup olmadığı, işlemin geçerliliğine ilişkin sonucu belirlemektedir. Bu nedenle, TTK'daki m.125/2 hükmün, m.371/2 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu maddeye rağmen, şirket esas sözleşmesinde, şirketin hak ve fiil ehliyetini işletme konusuyla sınırlandırıldığına ilişkin bulunan hükümlerin durumu ne olacaktır sorusunun cevabı 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun¹⁵⁴ 15. Maddesinde verilmiştir. Maddede yer alan “TTK'nın yürürlük tarihi itibarıyla şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde 6762 sayılı Kanunun 137 nci maddesine uygun olarak, şirketin hak ehliyetinin şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten hükümler bulunması hâlinde, bu hükümler Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren

¹⁵³ Ultra Vires ilkesine ve Kanun'da bu ilkeye ilişkin olarak neden değişikliğe gerek duyulduğu konusunda ayrıntılı bilgi ve inceleme için bkz. Yıldız B 2006, a.g.m, s.321-353.

¹⁵⁴ 14/02/2011 tarihli 27846 sayılı RG; Tezimiz boyunca, kısaca “6103 Sayılı TTK Yürürlük Kanunu” olarak ifade edilecektir.

yazılmamış sayılır.” düzenlemesi doğrultusunda bu hükümler esas sözleşmede yazılmamış sayılacak ve hiçbir şekilde hüküm doğurmayacaktır.

TTK'nın m.125/2. hükmü ile m.371/2 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, şirketin kanuni temsil ve yönetim organı olarak, şirketi temsilen işlem yapan yönetim kurulu ön plana çıkmaktadır. TTK m.371 hükmünde, yönetim kurulunun, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işlemi yapabileceği belirtilmiştir. Madde metninden, şirketi temsil yetkisinin, dış ilişkiler açısından sınırlama olmaksızın belirlendiği anlaşılmaktadır. Hatta, maddenin m.371 /3 hükmünde merkez veya şube işlerine özgülenmesine veya birlikte kullanılmasına yönelik tescil ve ilan edilenler dışında yönetim kurulunun temsil yetkisinin sınırlandırılmasının, üçüncü kişilere karşı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceği açıkça ifade edilmek suretiyle bu husus güçlü bir şekilde vurgulanmıştır. Bu düzenlemelerle, yapılan işlemler açısından, *Ultra Vires* ilkesiyle işletme konusu sınırı konularak korunmaya çalışılan pay sahipleri, şirketin kendisi ve temsilciler artık korunmamaktadır. Yani, *Ultra Vires* ilkesi uygulanırken, şirketin işletme konusu dışındaki işleme taraf olması nedeniyle doğacak olan riskten, artık üçüncü kişiler değil, şirket sorumludur. Tabi ki, işletme konusu dışında yapılan işlem yalnızca şirketi değil, işlemin tarafı üçüncü kişiyi de bağlamaktadır. TTK m.371 hükmündeki düzenleme, yalnızca temsile yetkili kişiler ifadesini kullandığından, madde yönetim kurulu üyeleri dışında murahhas üye ve müdürleri de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır¹⁵⁵. Bu durumda, şirket, murahhas üye ve müdürlerin imzalamış olduğu, şirketin işletme konusu dışında kalan işlemlerle de aynı şekilde bağlı olacaktır¹⁵⁶. Bununla birlikte m.371 hükmü, murahhas üye ve müdürler dışındaki temsile yetkili diğer kişilerin yetkileriyle ilgili bazı hususlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁷.

TTK'nın m.372/2 hükmünde işletme konusu dışında yapılan işlemin geçersiz sayılacağı durum düzenlenmiştir. İşlemin geçersiz olmasının şartı, işlemle bağlı olmak istemeyen şirket temsilcisi tarafından, işlemin tarafı üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında olduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda

¹⁵⁵ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat) 2013, a.g.e, s.638.

¹⁵⁶ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.638; Uzunallı, a.g.e, s.109.

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.649; Uzunallı, a.g.e, s.110.

bulduğunu kanıtlanmasıdır. İşlemin işletme konusu dışında kaldığını bilme veya bilebilecek durumda olma hususunun kanıtlanması ağırlıklı olarak her somut olaya göre belirlenebilecektir¹⁵⁸. Şirketin kanıtlayıcı yükümlülüğü açısından, öncelikle işlemin, şirketin işletme konusuyla hiçbir ilgisinin olmaması, (örneğin bir mermer çıkarma işleme işi ile uğraşan bir anonim şirketin bir tatil sitesi satın alması) dayanılabilecek bir husus¹⁵⁹ olmakla birlikte, işlemin diğer tarafının, şirketin işletme konusunun sınırlarını bilmek zorunda olmadığı ancak müspet vukufundan sorumlu olacağı hususu unutulmamalıdır. Diğer yandan, şirketin esas sözleşmesinin ilan edilmiş olmasının, bu hususun kanıtlanması için tek başına yeterli olmadığı, maddede özellikle ifade edilmiştir. Burada, işletme konusu dışında olma durumunun kanıtlanması açısından, TTK'nın m.36 hükmüyle tesis edilen tescil ve ilanın üçüncü kişiler üzerindeki olumlu etkisinin devre dışı bırakıldığı görülmektedir. Maddenin lafzından, tescil ve ilanın üçüncü kişiler üzerindeki olumlu etkisinin, bütünüyle inkar edilmediğinin ancak tek başına, maddede belirtilen kanıtlayıcı yükümlülüğünü yerine getirmeye de yeterli olmayacağına kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, işleme bağlı olmak istemeyen ve kanıtlayıcı yükümlülüğü altında bulunan şirket, tescil ve ilan olumlu etkisini destekleyecek somut delilleri de ortaya koyması gerekecektir.

TTK'nın m.125/2 hükmü, Kanunda ticaret şirketleri başlığı altında olması itibariyle, bütün ticari şirketlere uygulanabilecek niteliğe sahiptir. Buna karşın, TTK'nın m.371/2 hükmü, anonim şirketler başlığı altında yer alması nedeniyle anonim şirketlere ve yapılan atıf doğrultusunda limited şirketlere de uygulanabilecektir. İşletme konusu açısından, anonim şirketlerde olduğu gibi, bu madde kapsamına girmeyen diğer ticaret şirketlerine (kollektif, komandit ve paylı komandit şirketler) uygulanmak üzere kollektif şirketler başlığı altında TTK'nın m.213/1 hükmünde işletme konusunun esas sözleşmeye yazılması zorunluluğu, TTK'nın m.215 hükmünde esas sözleşmenin tescili ve TTK'nın m.233 hükmünde temsil yetkisinin

¹⁵⁸ Alper, *bilme ve bilebilecek durumda olma* kavramlarının yer aldığı hükmün eleştiriye açık olduğunu, nesnel ölçütlerin belirlenmesinden uzak olan ve her bir durum için tek tek gözetilmesi gereken kötü niyet iddialarının kanıtlanmasında, ticari yaşamda işlem güvenliğinin sağlanabilmesi için daha nesnel ve objektif kuralların kabul edilmesinin uygun olacağını belirtmektedir. (Alper, a.g.e, s.159).

¹⁵⁹ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (Tek kişi ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve tür Değiştirme), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, pr.12-84, s.263.

işletme konusu ile sınırlandırıldığına ilişkin hükümlerin varlığına rağmen, bu şirketler yönünden TTK m.371/2 hükmü benzeri bir hükme yer verilmemiştir¹⁶⁰.

İşletme konusu dışında yapılan işlemle ilgili olarak şirket, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını kanıtlaması ve işlemle bağlı olmayacağına yönelik iradesini ortaya koyması halinde, işlemin durumu, daha önce de ifade edildiği üzere, TBK m.46, m.47 hükümlerinde düzenlenen yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir. İşlemin askıda hükümsüz olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶¹. Bu noktada, anonim şirketlerin işletme konusu dışındaki işlemlerinin hukuki niteliklerinin, şahıs şirketlerindeki işlemlere göre farklılık gösterdiğini vurgulamak gerekmektedir. Zira TTK, halihazırda anonim şirketlerde temsil yetkisinin işletme konusu dışında işlem yapılmak suretiyle bu sınırın aşılmasının sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46 da yer alan ve

¹⁶⁰Bahtiyar 2019, a.g.e, s.51; *Bahtiyar*, bilinçli bir tercih olmayarak ticaret şirketleri açısından önemli bir farkın yaratılmasını yerinde bulmayarak, yapılacak ilk değişiklikle bu farkın ortadan kaldırılmasını haklı olarak önermektedir (Bahtiyar 2019, a.g.e, s.51); Benzer şekilde, ticaret şirketleri ile şahıs şirketleri arasında, eTTK döneminde özellikle, kolektif şirketlerde sermaye payı borcunun ifasını talep hakkı konusunda bir fark oluşmuştur. *Yongalık*, eTTK'da kolektif şirketlerde, ortağın, sermaye borcunun ifasını talep hakkı olduğu görüşünü, adi şirketler için de ortağın dava açma hakkına yönelik olarak, bu konuda düzenleme olmamasına rağmen, ortağa bu hakkın tanındığı, kolektif şirketlerde ortak davasına ihtiyaç duyulan durumlarla karşı karşıya kalmabileceği, o dönem henüz kabul edilmemiş olan TTK Tasarısında m. 128/7 hükmünde şahıs şirketlerinde, sermaye koyma borcunun yerine getirilmesi için, ortaklar tarafından dava açılabilmesine ilişkin ekleme yapıldığı, kanunda konuya yönelik olarak açık düzenleme olmamasının ortağın dava açma hakkını engellemeyeceği, şirketin ve ortakların menfaatlerinin gözönünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerektiği gerekçeleriyle, kolektif şirkette, ortağın dava açma hakkı olduğunu savunmuştur. (Aynur Yongalık, *Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2010, s.111-118.) Gerçekten de, şahıs şirketleri ile sermaye şirketleri arasındaki en temel farklardan birisi de, şahıs şirketlerinde organlaşmaya gidilmemiş olmasıdır. Bu nedenle, sermaye şirketlerinde borcunu ifa etmeyen ortağa karşı, şirketi temsilen organlar (anonim şirkette yönetim kurulu, limited şirkette ise müdür) dava açabilirken, oysa şahıs şirketlerinde böyle bir ihtiyaç doğarsa, organ da olmadığına göre, organlara tanınan bu hakkın ortaklara tanınması gerekmektedir. Adi şirketin şahıs şirketlerine çok benzemesi nedeniyle, adi şirkette ortağa dava hakkı adi şirkette tanındığında göre, eTTK döneminde de, adi şirkete kıyasen kolektif şirkette de bu imkan tanınabilecektir. ETTK m.138 hükmündeki adi şirkete atf da, buna dayanak sayılabilecektir. Yazar'ın savunduğu kolektif şirkette ortağa, sermaye borcunun ifası için dava açma hakkına ilişkin görüşü, TTK m.128/7 hükmüyle de yasalaşmış, böylece, yorum yoluyla ulaşılan bu sonuç, artık açık bir hüküm halini almıştır. Aynı şekilde, TTK m.125/2 hükmünün gerekçesinde, madde ile eTTK m.137 hükmünde öngörülmüş bulunan ve tüm ticaret şirketleri için geçerli olan Ultra Vires ilkesinin kaldırıldığı ve TTK m.371/2 hükmünde olduğu gibi, bazı hükümlerde, işletme konusu dışında yapılan işlemlerin hukukî sonuçlarının özel olarak düzenlendiği ifade edilmektedir. TTK m.371/2 hükmünde işletme konusu dışındaki işlemlerin şirketi bağlaması kuralının istisnasını düzenlenmiştir. Bahse konu istisnanın anonim ve limited şirketlere özgü kılınmasını savunmayı gerektirecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Ultra Vires ilkesinin tüm ticaret şirketleri için kaldırıldığı gözönüne alındığında, bilinçsizce oluşturulan fark doğrultusunda, sözkonusu istisnanın yalnızca anonim ve limited şirketlere yönelik olarak değil, kıyasen diğer ticaret şirketlerine de (kolektif, komandit ve paylı komandit şirketler) uygulanabilmesinin mümkün olması gerektiği kanaatindeyim.

¹⁶¹ Hüseyin Hatemi, *Ultra Vires Kuramı ve Türk Hukuku*, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.332; Alper, a.g.e, s.157,165,166.

şahıs şirketlerinde yetkisiz temsilin sonucunda uygulama alanı bulan askıda geçersizlik yaptırımı anonim şirketlerin işletme konusu dışı işlemlerine, uygulanamayacaktır¹⁶². Öğretide, kural olarak işletme konusu işlemin, iyiniyetli üçüncü kişiyle yapılması halinde bunun şirketi bağladığı ancak şirketin iyiniyetli olmadığını kanıtlanmadığı üçüncü kişilere karşı, işlemle ilgili olmama iradesini göstermesi halinde işlemin geçersiz olduğunu, bu durumu yansıtan TTK'nın m.371/2 hükmünün bir *askıda geçerlilik* olduğu ileri sürülmüştür¹⁶³. Askıda geçerlilik durumunda, işletme konusu dışındaki işlem, yöneticinin/temsilcinin temsil yetkisi dışında kalmasına rağmen, anonim şirketi kural olarak bağlayacaktır¹⁶⁴. Askıda geçerlilik kuralının istisnası ise işlem yapılan üçüncü kişilerin kötüniyetli oldukları durumlarıdır. Anonim şirket işlemin yapıldığı üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu ileri sürerek işlemle ilgili olmaktan kurtulabilmektedir¹⁶⁵. Kanaatimce de, gerek TTK'nın m.371/2 hükmün, işletme konusu dışında yapılan işlemin sonuçlarını açıkça düzenlemiş olması ve düzenlemede kural olarak işletme konusu işlemin, iyiniyetli üçüncü kişiyle yapılması halinde geçerli olacağı ve şirketi bağlayacağı ancak şirketin iyiniyetli olmadığını kanıtlanmadığı üçüncü kişilere karşı, işlemle ilgili olmama iradesini göstermesi halinde işlemin geçersiz olacağının belirtilmesi, askıda hükümsüzlüğü değil askıda geçerliliği işaret etmektedir¹⁶⁶.

TTK m. 371/2 hükmünde, şirketi temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağı, işlemin tarafı üçüncü kişinin,¹⁶⁷ işlemin işletme konusu dışında olduğunu bildiği veya durumun gereğinden

¹⁶² Burçak Yıldız, "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, (Eylül 2011), s. 123,124.

¹⁶³ Ahmet Türk, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler, Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan II. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 2168; Yıldız B. 2011 a.g.m, s. 124, 125; *Hatemi*, askıda hükümlülüğün TBK'da öngörülen yaptırımlardan biri olmadığını, ispat hukuku açısından iyiniyetin karine olarak kabul edildiğini, karinenin çürütülmesiyle işlemin yapıldığı andan itibaren *askıda hükümlü* değil *askıda hükümsüz* olduğunu, icazet verilmemesi halinde ise yapıldığı andan itibaren geçersiz olacağını ifade etmektedir. (Hatemi, a.g.e, s.333).

¹⁶⁴ Yıldız B. 2011, a.g.m, s.124.

¹⁶⁵ Türk, a.g.m, s. 2168. Yıldız B.2011, a.g.m, s. 123,124.

¹⁶⁶ Askıda geçerliliğin, *bozulabilir geçerlilik*, *düzelebilir hükümsüzlük* durumlarını çağrıştırmaması, *iptal edilebilirlik* ile karışıklığa yolaçabilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. Alper, a.g.e, s.164, 165, 166.

¹⁶⁷ Alper, TTK 371/2'de yetkisiz temsilden özellikle iyiniyetin korunması açısından farklı bir düzenleme olduğunu, borçlar hukukunda iyiniyetin korunması ancak her iki tarafın da iyiniyetli olması halinde gündeme geldiğini, tek başına üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, üçüncü kişinin iyiniyetinin kural olarak korunmadığını belirtmektedir. Ayrıca, işletme konusunu araştırma yükümlülüğü öngören ve

bilebilecek durumda bulunduğu hususunun şirket tarafından kanıtlanması halinde şirketin işlemle bağlı olmadığını bildirebileceği belirtilmiştir. Bu durumda, işleme, şirket tarafından icazet verilerek geçerlilik kazandırılmasının mümkün¹⁶⁸ olacağı anlaşılmaktadır¹⁶⁹.

Şirket, işletme konusu dışında yaptığı işlem için TTK'nın m.371/1 hükmü doğrultusunda temsil edenlere rücu etme hakkına sahiptir.

1.4.3. Enerji Şirketlerinde *Ultra Vires* Uygulaması ve Lisans-*Ultra Vires* İlişkisi

TTK m.374 hükmünde, anonim şirket yönetim kurulunun ve kendisine bırakılan alanda yönetimin, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Hükümde, yönetim kurulu ile yönetimin yapabileceği iş ve işlemlerin ancak işletme konusunun gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olacağı açıkça ifade edilmiştir. TTK m. 371/2 hükmünde de, temsile yetkili olanların üçüncü kişilerle yaptığı işletme konusu dışındaki işlemlerin, üçüncü kişinin bu durumu bildiğini veya bilebilecek durumda olduğu kanıtlanmadıkça şirketi bağlayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler *Ultra Vires* ilkesinin yalnızca temsil ile ilgili bir husus değil aynı zamanda, şirketlerin işletme konusuyla da ilgili bir husus olduğunu göstermektedir. Enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından işletme konusu özel bir önem arz etmektedir. Zira enerji piyasasında faaliyet göstermek için kurulan şirketlerin işletme konuları, ilgili piyasa faaliyeti için alınması gerekli olan lisans ve ilgili mevzuat kapsamında belirlenmektedir.

tescil edilen bu hususun bilinmediğini ileri süremeyen bir üçüncü kişi portresi çizen 6762 sayılı TTK karşısında, bu yükümlülüğü kaldıran ve işlemin işletme konusu dışında olduğunun bilindiği veya bilinebilecek durumda olduğunun kanıtlanması yükünü şirkete veren ve böylece kural olarak üçüncü kişiyi iyiniyetli olarak kabul eden 6102 sayılı TTK'nun 371/2 hükmü, üçüncü kişiye daha geniş bir koruma sağlamıştır.(Alper, a.g.e, s.159.)

¹⁶⁸ Yıldız B.2011, a.g.m, s. 124, 125.

¹⁶⁹ İcazet verecek şirket organının yönetim kurulu mu yoksa genel kurul mu olacağı hususuna ilişkin tartışmalar için bkz. Alper, a.g.e, s.167,168;Kırca (Şehirali Çelik /Manavgat), 2013, a.g.e, İsmail Kırca, "Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi", Bankacılar Dergisi, S.79, (Aralık 2011), s.71 v.d; Yıldız B. 2011, a.g.m, s.111-134, dpn.49; Uzunallı, a.g.e, s.81,82.

Lisans, piyasada faaliyet göstermek isteyen tüzel kişiye Kurumca verilen izin belgesi olarak tanımlanmaktadır (EPLY, m. 4/aa). Enerji şirketleri, ilgili dayanak kanunlar (EPK, DPK) ile kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde (EPLY, DPLY) açıkça belirtildiği üzere, elektrik ve doğal gaz piyasası faaliyeti olarak adlandırılan faaliyetlerin yerine getirilmesi, kanun ve yönetmeliklerde belirtilen istisnalar dışında lisansa tabi kılınmıştır. EPK'nın m.4 hükmünde, üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat, ihracat piyasa faaliyeti olduğu ve bu faaliyetlerin lisans alınmaksızın yerine getirilemeyeceği düzenlenmiştir. DPK'nın m.4 hükmünde de, iletim, dağıtım, toptan satış, ithalat, ihracat ve LNG tesislerinde sıvı olarak veya yer altı ve yer üstü tesislerinde gaz veya sıkıştırılmış gaz olarak depolanması, faaliyetlerinin piyasa faaliyeti olduğu belirtilerek, bu faaliyetlerin lisans alınmaksızın gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Lisans, enerji şirketlerinin esas sözleşmesinde, işletme konusunun yani faaliyet alanının kapsamını da belirleyen önemli bir referans belgedir. Edinilen lisansa uygun olarak düzenlenmeyen bir esas sözleşme, EPDK tarafından onaylanmayacaktır. Lisansa uygun olarak oluşturulan bir esas sözleşmede yer alan faaliyet konusu ile ilgili olarak, EPDK'nın izni olmadan, lisans sahiplerinin, değişiklik yapması mümkün değildir (DPLY m.31/c).

Şirketlerin ilgili piyasa faaliyetine özgülenmiş olan lisansı edinmeksizin faaliyet göstermemesinin yanı sıra, edinilen lisansın kapsamı dışında faaliyet göstermesi de yasaklanmış, düzenlemenin ihlali halinde, para cezasıyla başlayan ve lisansın iptaline varan bir dizi yaptırım uygulanacağı öngörülmüştür (EPK m.16/1-e, DPK m.9/f.). Bu düzenlemeler ve her bir piyasa faaliyeti için ihdas edilen diğer özel düzenlemelerle, şirketin işletme konusu, sahip olduğu lisans kapsamında yapabileceği faaliyetlerle sınırlandırıldığından, enerji şirketlerinin işletme konusu dışında bir faaliyette bulunması ihtimali ortadan kaldırıldığından, TTK'nın m.371/2 hükmündeki, *Ultra Vires* ilkesinin kaldırıldığı ve şirketlere, işletme konusu dışında yaptığı işlemlere de geçerlilik tanınmasına ilişkin düzenlemenin enerji piyasalarında uygulanması ihtimali de ortadan kaldırılmış gözükmektedir. Şirketin işletme konusunun belirlendiği enerji şirketlerinin esas sözleşmeleri, hem kuruluş sırasında, hem de sözleşmelerde değişiklik yapılması halinde bu değişiklikler, enerji mevzuatına uygunluk açısından EPDK'nın

incelemesinden geçmektedir. Bu prosedürün izlenmesi gerektiği hususuna dair hükme esas sözleşmede yer verilmesi gerekliliğine yönelik düzenlemeler (EPLY m.20/4-a, DPLY, m. 42, m.43, m.14/c, Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler) doğrultusunda, esas sözleşmeye bu yönde hükümler eklenmekte, bu hükümlerin olmadığı esas sözleşmeler EPDK'dan uygunluk görüşü alamamaktadır.

Görüldüğü üzere, enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin işletme konusu, edinmiş oldukları lisans ve bu lisans kapsamında yapabilecekleri sınırlı faaliyetler çerçevesinde belirlenmektedir. Bu durum, lisans ile enerji şirketleri arasında sıkı bir ilişki olduğunu göstermektedir. Bu düzenlemelere göre, bir enerji şirketinin lisans çerçevesinde belirlenerek esas sözleşmesine konulan şirketin amaç ve konusu başlığı altında yapabileceği belirtilen faaliyetleri dışında bir işlem gerçekleştirmesi, enerji mevzuatına aykırılık oluşturacak ancak şirketlerin (anonim şirket ve limited şirket) işletme konusu dışındaki işlemi düzenleyen TTK'nın m.371/2 hükmüne uygun olarak değerlendirilecektir. Diğer yandan, 6103 sayılı TTK Yürürlük Kanununun 15. Maddesinde yer alan *“TTK'nın yürürlük tarihi itibarıyla şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde 6762 sayılı Kanunun 137 nci maddesine uygun olarak, şirketin hak ehliyetinin şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten hükümler bulunması hâlinde, bu hükümler Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yazılmamış sayılır.”* düzenlemesi doğrultusunda enerji şirketlerinin esas sözleşmelerinde işletme konusunu sınırlayıcı hükümler, TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte esas sözleşmede yazılmamış sayılacak ve hiçbir şekilde hüküm doğurmayacaktır. İşletme konusu dışındaki bir işlemin enerji mevzuatına aykırı olması hususu, TTK'nın m.330. hükmüne uygun gözükse de, TTK'nın m.371/2 hükmü ile TTK'nın m.340 hükmünün ikinci cümlesine aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar enerji mevzuatında, ilgili piyasa faaliyetine özgülenmiş olan lisansta belirtilen yapılabilecek faaliyetler dışında başka bir faaliyet gösteremeyeceği, yani işletme konusu dışında bir işlem gerçekleştirilemeyeceği açık bir şekilde yasaklanmış ise de, böyle bir işlemin geçersiz sayılacağına yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, işletme konusu dışında yapılan ve aynı zamanda lisansa aykırı faaliyet teşkil eden işlemin, hem enerji mevzuatı, hem de TTK'nın m.371/2 hükmü karşısında, maddede belirtilen şartlar çerçevesinde geçerli

olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, TTK m. 371/2 hükmü ile *Ultra Vires* ilkesi kaldırılmış olduğundan, kural olarak piyasa faaliyeti gösteren şirket tarafından gerçekleştirilen işletme konusu dışındaki işlem, geçerli olarak kabul edilmektedir. Böyle bir işlem ancak TTK m. 371/2 hükmü doğrultusunda, işlemin tarafı üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında olduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu hususunun şirket tarafından kanıtlanması halinde, işlemle bağlı olunmadığı işlemin yapıldığı üçüncü kişiye bildirilerek, işlemle bağlı olmaktan kurtulunabilecektir.

İşletme konusu dışında yapılan işlemin, aynı zamanda lisans alma aşamasında EPDK'nın kontrolünden geçerek piyasa faaliyetine göre değerlendirilerek uygunluk onayı verilen esas sözleşme hükümlerine, özellikle de şirketin işletme konusunu düzenleyen hükme ve emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceğinden, sözkonusu işleme ilişkin yönetim kurulu kararının hükümsüzlüğünün tespiti veya iptali mümkün olabilir mi sorusu akla gelmektedir. TTK m.371/5 hükmünde, temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemin esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin o işlemde dolayı şirkete başvurmalarına engel olmadığı vurgulanmıştır. Bu hükümle, işletme konusu dışındaki işlem için, iyiniyetli üçüncü kişinin menfaatine üstünlük tanındığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar, teorik olarak TTK'da yönetim kurulu kararlarının butlanının tespit edilebileceği hususunu düzenleyen, m. 391 hükmü kapsamında işletme konusu dışında yapılan işleme yönelik varsa, yönetim kurulu kararının butlanı ileri sürülecek olsa bile, böyle bir girişimin, şirketin iç ilişkideki sorumluluğu ilgilendirmesi ve şirketin işlemle bağlı olduğu sonucunu değiştirmeyecek olması ve iyiniyetli üçüncü kişinin şirkete başvurmasına engel olmaması nedeniyle somut bir yarar sağlamayacağı açıktır.

Yönetim kurulu tarafından, işletme konusu dışında yapılan işlemin dış ilişkide temsil boyutu olduğu ve *Ultra Vires* ilkesini ilgilendirdiği kadar iç ilişkide yönetim boyutu da bulunmaktadır. Nitekim, TTK m.371/1 hükmünde kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda, işletme konusu dışında yapılan bir işlem nedeniyle, iç ilişkide işletme konusu işlem nedeniyle şirketin uğradığı zarar, işlemi gerçekleştiren yönetim

kurulu üyrelere veya yönetimde görev yapan kişilere karşı TTK m.371/1 hükmü kapsamında rücu edilebilecektir.

Kanun koyucunun, enerji mevzuatında, işletme konusu dışında yapılan işlemin geçersiz olacağına yönelik bir hüküm öngörmek suretiyle, TTK'nın esas olarak düzenlemiş olduğu alana müdahale etmemeyi tercih ettiğini, ancak diğer yandan, TTK açısından işletme konusu dışında yapılan işlemin enerji mevzuatı açısından lisans dışı faaliyet teşkil ettiği için, EPK m.16/2 hükmünde ve DPK m.9 hükmünde düzenlendiği gibi, önce şirkete yazılı ihtar yapılması, ihtarla rağmen aykırılığın devam ettiği veya tekrarlandığı takdirde iki katı oranında artırılarak idari para cezası verilmesi, ceza miktarının aynı fiilin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde artırılarak uygulanacak para cezasının tutarının, cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onunu (doğal gaz piyasası için yüzde yirmisini) aşamayacağı, cezaların bu düzeye ulaşması hâlinde Kurul tarafından şirketin lisansının iptal edileceği öngörülmüştür. Böylece, yaptırımlarla desteklenen bu düzenlemeler sayesinde, lisansın iptal edilmesi öngörülmek suretiyle şirketin, hiçbir piyasa faaliyeti gösteremeyecek hale geldiği görülmektedir.

Enerji mevzuatında, enerji şirketlerince, edindikleri lisansla sınırlı olarak faaliyet gösterileceği açık bir şekilde vurgulanmakla birlikte, çeşitli düzenlemelerde belirli şartlarla, lisans dışı, TTK açısından ise işletme konusu dışında faaliyet gösterebilmeleri imkanının tanındığı görülmektedir. Buna, EPLY m. 31/d, EPLY m.32/ç, EPLY m.33/b, DPLY m.31/f hükümleri örnek gösterilebilir. Bu düzenlemeler, enerji şirketlerinin piyasa faaliyetini, yani TTK açısından işletme konusunun sınırını, EPDK tarafından izin verilmek koşuluyla da olsa genişletmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN KURULUŞUNA VE ESAS SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. TTK'YA GÖRE ŞİRKET KURULUŞU

2.1.1. Şirket Kuruluş Sistemleri

2.1.1.1. Genel Olarak

Şirketler, ortaya çıkışından¹⁷⁰ beri, sahip olduğu avantajlar nedeniyle yaygınlaşarak ticaret alanında geniş bir hakimiyet elde etmiş, sermaye açısından aşırı şekilde büyüme potansiyeline sahip olmuş ve ekonomi alanında birer güç odağı hüviyetine bürünmüştür. Ticari alana hakim olan ve ticareti yönlendirme gücüne sahip olan bu güç odaklarının, doğurduğu riskleri gidermek amacıyla, devletler tarafından, şirketlerin kuruluşlarından başlayarak kontrol altına alınmak ve faaliyetleri denetlenmek istenmiştir. Böylece, şirketlerin kuruluşu ile ilgili olarak, devletin denetim ve izin sisteminde etkin olduğu dereceye göre çeşitli kuruluş sistemleri ortaya çıkmıştır. Bu sistemlerin ferman (octroi, yasama) sistemi, izin sistemi ve normatif sistem şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur¹⁷¹.

¹⁷⁰ Şirketlerin ortaya çıkışına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Murtaza Köse, "Tarihi Süreçte Şirketler Ve Fonksiyonları", Ekev Akademi Dergisi, Sayı: 50 (Kış 2012), s.274,276; 1600 yılında Doğu Hint Adalarında ticaret yapmak amacıyla İngilizler tarafından The East India Company, 1602 yılında da aynı bölgede ticaret yapmak amacıyla Hollandalılar tarafından Duch East India Company kurulmuştur. <https://www.britannica.com> (Erişim Tarihi: 18.01.2019)

¹⁷¹Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s.407 v.d; Bahtiyar 2019,a.g.e, s.122,123; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, Yasa Yayınları,1989, s.7; Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982, s.5; Fahiman Tekil, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1998, s.111; Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun İbrası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 118-119; Halil Arslanlı, Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, İstanbul, Fakülteler Matbaası,1960, s.2; Reha Poroy (Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, n.480.; Akdağ Güney 2014, a.g.e, s.1.; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.125.

Ferman sistemi, adından da anlaşılacağı üzere, monarşi ile yönetilen devletlerde, kralın yayınladığı fermanla şirketin kuruluşuna izin vermesi şeklindedir. Bu sistem, devletin, şirketleri rakip olarak görme anlayışının hakim olduğu, özellikle anonim şirketlerin ilk ortaya çıktıkları 15. ve 16. yüzyılları kapsayan dönemde uygulanan bir sistemdir. Ferman sisteminde, şirketin kuruluşunun yanı sıra faaliyetinin çerçevesinin de referans dayanağı, yayınlanan fermandır. Yani şirketin hak ve fiil ehliyeti, organları, yönetimi gibi önemli birtakım hususlar ile diğer hususlar ferman kapsamında düzenlenmektedir. Fermanı yayınlayan otorite tarafından izin verilmediği sürece, düzenleme yapılan konularda bir değişiklik yapılması serbestisi sözkonusu değildir. Ferman sisteminin, monarşi rejiminin tipik örneği olan krallıkların, yasama, yürütme, yargı gibi güçlerin tek elden yürütülmediği devletlere dönüşmesiyle birlikte tamamen sona ermediği ancak biçim değiştirdiği görülmektedir. Şöyle ki; artık şirketlerin kuruluşunun dayanağı, kralın yayınladığı ferman yerine, devletin yasama faaliyetini yerine getiren organlarca çıkarılan özel kanunlar olmuştur. Ferman sistemi, günümüzde neredeyse terkedilmiş olmakla birlikte, çok yaygın olmasa da yasama (özel kanun) sistemine dönüşen şeklinin uygulaması görülebilmektedir¹⁷².

İzin sisteminde, şirketlerin kurulabilmesi için öngörülen şartların yerine getirilmiş olması yeterli olmayıp, devlet veya belirlenen bir kamu otoritesi tarafından izin verilmesi de gereklidir. İznin verilip verilmemesi konusunda, devlet veya yetkilendirilen kamu otoritesi mutlak bir takdir hakkına sahiptir¹⁷³.

Normatif sistemde, şirketin kuruluşu, devlet veya bir kamu otoritesinin iznine tabi kılınmamıştır. Şirketin kuruluşuna ilişkin belirlenen koşulların yerine getirilmesi ile herhangi bir izin alınması söz konusu olmaksızın, şirket kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olmaktadır. İlgili kamu otoritesi tarafından, şirket esas sözleşmesi, öngörülen emredici hükümlere uyulup uyulmadığı açısından denetlenebilir. İzin sisteminden ayrılan en önemli yönü, objektif olarak şirketin kuruluşu için öngörülen hükümlere uyulması şartıyla şirketin kurulabilmesi, Devletin veya bir kamu

¹⁷² İmregün 1989, a.g.e, s.7; Ansay, a.g.e, s.5; Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s.407 v.d; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.122; Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.125.

¹⁷³Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s. .407 v.d.; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.123; Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.126.

otoritesinin kuruluşu için izin verip vermemesi konusunda takdir hakkına sahip olmamasıdır¹⁷⁴.

2.1.1.2. Türk Hukukunda Şirket Kuruluş Sistemi

Türk hukukunda, anonim şirketlere yönelik ilk kanun olan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'in 28. Maddesi kuruluşta izin alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. 1926 tarihli eski Ticaret Kanunu'nun 280. Maddesinde de kuruluşun hükümet iznine bağlı kılındığı belirtilerek izin sisteminin benimsendiği vurgulanmıştır. ETTK döneminde ise Kanunun m.273 ve m.283 hükümlerinde, önceki kanundan farklı olarak şirket kuruluşu için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak m.280/II hükmünde Bakanlığın esas sözleşmelerin kanunun yedek hükümlerine aykırılığını öne sürerek izin vermekten kaçınamaz düzenlemesi, kuruluşta izin sisteminin mi yoksa normatif sistemin mi benimsendiği konusunda tartışmaların doğmasına neden olmuştur¹⁷⁵. 4884 sayılı Kanun ile TTK'nın m.273 hükmünde değişiklik yapılarak TB tarafından yayımlanacak tebliğle faaliyet alanları tespit edilecek anonim şirketlerin Bakanlık izniyle kurulacağı, bu şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine tabi kılınacağı belirtilmiştir. Bakanlıkça 2003/3 sayılı *Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ*¹⁷⁶ çıkarılarak 5. Maddesinde, kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri izne tabi faaliyet alanları¹⁷⁷ belirtilmiştir. Bu düzenleme döneminde, hangi sistemin benimsendiğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹⁷⁸.

¹⁷⁴Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s. 407 v.d.; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.123,124.; Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.127; Akdağ Güney 2014, a.g.e, s.2.

¹⁷⁵ Konu ile ilgili yapılan tartışmalar için bkz. Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s.407 v.d.

¹⁷⁶ 25/07/2003 tarihli 25179 sayılı RG.

¹⁷⁷Maddedeki düzenleme ile bankalar, özel finans kurumları, sigorta şirketleri, finansal kiralama şirketleri, faktöring şirketleri, holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, SerPK'ya tabi ve halka açık şirketler, serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerinin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi kılınmıştır.

¹⁷⁸ Poroy, 273. Madde ile normatif sisteme çok yakın olan sınırlı izin sistemi veya istisnâli normatif denilebilecek bir sisteme geçildiğini savunurken, Bahtiyar, gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 273. Maddesi'nin gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 333. Maddesi'nin izne tabi olduğu belirtilen faaliyet alanları dışındaki faaliyet alanları için kurulacak anonim şirketlerini kuruluş iznine tabi olmaktan çıkarılmış olmasının, bu şirketler için tescil (normatif) sistemin geçerli olduğundan şüphe edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. (Bkz.Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) 2010, a.g.e, n.480a ; Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s.407 v.d.; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.115.) Kanaatimce de, maddede Bakanlık izninden bahsedilmesi, izin sisteminin benimsendiği konusunda bir yanılgıya düşülmesine neden olabilecekse

TTK döneminde de, konu ile ilgili olan m.333 hükmünde, eTTK'daki düzenlemede olduğu gibi aynı şekilde belirli faaliyet alanlarında kurulacak anonim şirketlerin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlık iznine bağlı kılındığı belirtilmiştir. TTK'nın m.333 hükmü ile hükmün Gerekçesi ve ilgili diğer maddeler incelendiğinde, TTK'nın, ilke olarak şirketlerin kuruluşunu, esas sözleşme değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi kılmadığı anlaşılmaktadır. Zira, bu husus TTK m.333 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Bununla beraber, bu ilkenin belirtildiği TTK'nın m.333 hükmünde aynı zamanda bu ilkenin istisnası da düzenlenmiş ve kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi anonim şirketlerden bahsedilmiştir. Hükümde, Bakanlık incelemesinin sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabileceği ayrıca hükümde belirtilen şirketler dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı belirtilmiştir. TTK m.333 hükmü doğrultusunda TB tarafından *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliği* çıkarılmıştır. Tebliğin, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketler başlıklı 5. Maddesinde, hangi alanda kurulacak anonim şirketlerin Bakanlık iznine tabi olacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir¹⁷⁹. Bazı sektörlerde şirket kuruluşu ve esas sözleşme değişikliğinin neden getirildiği sorusunun cevabı TTK m.333 hükmünün gerekçesinde saklıdır. Gerekçede, "...Kamu menfaati yönünden kontrol gerekli olduğu hallerde ilgili makam isteklerini Bakanlık aracılığıyla gerçekleştirebilir. Böylece devlet

de, madde incelendiğinde, TTK'nın, ana ilke olarak şirketlerin kuruluşunu ve esas sözleşme değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi kılmadığı anlaşılmaktadır. Daha sonra TTK m.333 hükmünün Gerekçesinde de, anonim şirketlerin kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliklerinde, 4884 sayılı Kanunla getirilen *dar istisnalı normatif sistemin* 6762 sayılı Kanunda aynen korunduğu, ayrıca, anonim şirketin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin hiçbir makamın iznine tâbi tutulamayacağı kesin bir tarzda belirtilerek normatif sistemin, hükümdeki istisna dışında mutlak olarak uygulanması gerektiğini belirtmek suretiyle sistemin normatif sistem olduğu, Kanun koyucu tarafından açık bir şekilde vurgulanmıştır.

¹⁷⁹ *Bahtiyar*, kuruluş izni açısından ve kuruluş iznine tabi olan şirketler açısından olması gereken durum (de lege feranda) ile ilgili olarak, Avrupa Birliği üyesi olan gelişmiş ülkelerde 19. Yüzyılda terkedilmiş olan ve ülkelerin birçoğunda karşılaşılmayan kuruluş izni alınmasının zorunlu tutulmasına ilişkin hükmün tutulmasının bir faydası olmadığı gerekçesiyle, Bakanlık iznine tabi olan ve tabi olmayan şirketler ayrımının yapılacak kanun değişikliği ile kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedir. (bkz. *Bahtiyar ve Biçer*, a.g.m, s.407 v.d)

kontrolünde bütünlük sağlanmış, çokbaşlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş, ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur. Hükümde hukuki konum ve nitelik ile anonim şirketin kamusal yönünün bulunup bulunmadığı, işletme konusunun kamu hizmeti yönünden özellik taşıyıp taşımadığı, halka açık olup olmadığı veya benzeri özellikleri haiz olup olmadığı kastedilmiştir.” açıklaması yer almaktadır¹⁸⁰. Gerekçeden, gösterdiği faaliyete göre bazı şirketlerin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin kamu yararı gereği, izne tabi olmayı gerektirebileceği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, bu düzenleme ile girişimciler veya yatırımcılar tarafından belirli sektörlerde serbestçe giriş, çıkış yapılmasını, haklı olarak kamu yararına olmadığını düşünerek, istisnai olarak belirli sektörlerde faaliyet gösterecek şirketlerin kuruluşu ile esas sözleşme değişikliklerini Bakanlığın iznine tabi kılmıştır. Gerçekten de belirli sektörler için böyle bir kontrol mekanizmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak yasal olarak belirli sektörlerdeki anonim şirketlerin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliğinin Bakanlık iznine bağlanmasının uygun bir çözüm olmadığı kanaatindeyim. Zaten, TTK m.333 hükmünün gerekçesinde de *ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur* demek suretiyle, genel olarak benimsenen normatif sisteme getirilecek her istisnanın, bu sistemin yozlaşmasına neden olacağı, sisteme getirilen istisnaların da, kamu yararının zorunlu kılması nedeniyle getirilmek zorunda kaldığı açıklanmaya çalışılmıştır. Belirtilen sektörlerde faaliyet göstermek için kurulan şirketlerin, ilgili sektörde faaliyet göstermek için lisans veya ruhsat alma zorunluluğu öngörülmüştür. Bu nedenle belirtilen faaliyet alanları için kurulan şirketler, lisans, ruhsat v.b mahiyette belge olmaksızın ilgili alanlarda faaliyet gösteremeyeceklerdir. Nitekim, Tebliğin 5. maddesi uyarınca enerji, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından, enerji şirketlerinin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine¹⁸¹ tabi olmamasına rağmen, lisans alma zorunluluğuna tabi kılınmış olması nedeniyle, lisansa tabi faaliyetlerin, lisans alınmadan gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Aynı şekilde, TTK m.333 hükmü doğrultusunda Bakanlık tarafından çıkarılan tebliğle bazı sektörler için getirilen kuruluş ve esas sözleşme değişikliği iznine gerek kalmadan, lisans, ruhsat v.b

¹⁸⁰ TTK Madde Gerekçeleri, m.333 hükmünün gerekçesi.

¹⁸¹ Bakanlık izninin kapsamına yönelik görüşler için bkz. Bahtiyar ve Biçer, a.g.m, s.106-120

faaliyet izni alınması ile sözkonusu faaliyet alanlarına giriş çıkış kontrolü sağlanmış olacağı açıktır¹⁸².

2.1.1.3. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu

Şirketlerin kuruluş süreci ile şirketin tüzel kişiliğinin doğması için kanunun belirlediği bütün safhaların geçilmesi ve işlemlerin yerine getirilmesi ifade edilmektedir¹⁸³. Şirketlerin kuruluşuna ilişkin ani kuruluş ve tedrici kuruluş olarak adlandırılmış olan iki ayrı sistemi benimseyen eTTK'nın aksine TTK'da, tedrici kuruluşa yer verilmemiş, yalnızca ani kuruluş düzenlenmiştir. Ani kuruluş kapsamında, şirketler ya basit, ya da nitelikli olarak kurulabilir. Kuruluş sırasında, kurucular tarafından, şirket için taahhüt edilen sermaye, tamamen nakitten oluşuyorsa, basit veya nakdi kuruluş sözkonusu olur. Diğer yandan, şirketin kuruluşu sırasında şirket sözleşmesinde, şirkete ayni sermaye getirilmesi, kuruluş sırasında bir işletme veya aynın devir alınması ya da kuruculara anonim şirket kazancından özel menfaatler (ücret, tahsisat, ödül verilmesi) sağlanması gibi durumlar düzenlendiyse o zaman, nitelikli kuruluş sözkonusu olacaktır¹⁸⁴.

Kuruluş sürecinin başlatılabilmesi için öncelikle gerçek kişi ve tüzel kişi kurucunun/ kurucuların varlığı gereklidir. TTK m.337 hükmünde, esas sözleşmeyi imzalayan ve sermaye koymayı taahhüt eden gerçek ve tüzel kişilerin kurucu sıfatına sahip olacağı ifade edilmiştir. Maddenin devamında, kurucunun tanımı genişletilerek, başkası hesabına pay taahhüdünde bulunan kişinin de, hesabına taahhütte bulunulan kişinin de kuruluştan doğan sorumluluk açısından kurucu sayılacağı belirtilmiştir.

¹⁸² TTK'nın 333. Maddesinin getirdiği izin sisteminin enerji piyasası ile ilişkisine dair bkz. Tezimizin 1. Bölümünde yer alan, 1.3.3 TTK'nın 333. Maddesi başlığı altında yer alan açıklamalar s. 75 v.d.

¹⁸³ Pulaşlı, şirket kuruluş sürecini üç safhaya ayırmaktadır. Birinci aşamayı, şirket sözleşmesinin (esas sözleşme) hazırlanmasına yönelik olması nedeniyle *ön kuruluş safhası* olarak, ikinci aşamayı, kurucularca hazırlanan sözleşmenin imzalandığı ve şirketin kurulduğu aşama olması nedeniyle *kuruluş safhası* olarak, üçüncü aşamayı, şirket sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle birlikte şirketin tüzel kişilik kazanması nedeniyle *tüzel kişiliğin kazanılması safhası* olarak adlandırmaktadır. (Bkz. Hasan Pulaşlı, "Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, 2007, İstanbul, s.470)

¹⁸⁴ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.294.

Şirket kuruluş safhaların ilkinin şirket esas sözleşmesinin hazırlanması teşkil etmektedir. Esas sözleşmenin, şirketin doğuşundan, sona ermesine kadar, attığı her adımda referans belge olması nedeniyle, önemi büyüktür. Esas sözleşmenin bir takım hükümleri içermesi zorunlu kılınmıştır. Bu doğrultuda, TTK m. 339/2'de esas sözleşmeye yazılacak hususlar belirtilmiştir. Esas sözleşmenin içermesi gereken hususlar açısından diğer önemli madde, emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın m.340 hükmüdür. Hükümde, esas sözleşmenin TTK'nın anonim şirketlere yönelik hükümlerinden ancak Kanunda açıkça izin verilmişse sapabileceği ifade edilmektedir.

Kanuna uygun olarak hazırlanan esas sözleşmenin, TTK m.339 uyarınca yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması şarttır.

Kuruluşa ilişkin diğer safhada, nakden taahhüt edilen payların itibarı değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesi gerekmektedir. Payların çıkarma primlerinin ise tamamı tescilden önce ödenir. SerPK'nın pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. Kurulacak şirketin faaliyet alanı TTK m. 333'de belirtildiği gibi TB tarafından yayımlanacak tebliğle belirlenen, Bakanlığın izni ile kurulan faaliyet alanlarından biri ise, anonim şirketin kuruluşuna ilişkin Bakanlık izninin alınması zorunlu hususlardan biridir. Son safhada, TTK m. 354 gereği, şirketin kuruluşu izne tabiyse, izin sonrası, tabii değilse kuruluşu takip eden otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline, TTK m.336'da belirtilen kuruluş belgeleri ile yapılacak başvuru sonucunda tescil ile Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilir ve TTK m. 355'e göre tüzel kişilik kazanır.

Limited şirketlerin kuruluşu, birtakım farklılıklar dışında anonim şirketlerin kuruluşuna benzemektedir. Limited şirketin kuruluşu TTK m.585-m 588 arasında bulunan hükümlerde düzenlenmiştir.

2.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN KURULUŞU

2.2.1. Enerji Şirketleri ile Kuruluş Sistemleri Arasındaki İlişki

TTK'nın m.333 hükmü, ilke olarak şirketlerin kuruluşunu, maddede belirtilen, Bakanlıkça çıkarılan Tebliğ gereği, kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi olan faaliyetler dışında kurulacak anonim şirketlerin kuruluşunu ve esas sözleşme değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi kılmamaktadır. Tebliğde, enerji, şirket kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından, enerji şirketlerinin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabi değildir. Bu görünümle, enerji mevzuatı tarafından öngörülen hükümlere göre, enerji şirketlerinin kuruluşu, TTK m. 333 hükmü gereği halihazırda istisnai olarak belirli alanlar için uygulanan izin sistemi ile bir benzerliği olmadığı gibi tam aksine TTK'nın genel olarak benimsediği normatif sisteme yakın olduğu görülmektedir.

Diğer yandan, esas sözleşme değişikliklerinde ise şirket kuruluşundan daha farklı bir yaklaşım söz konusu olduğu görülmektedir. Enerji mevzuatında yer alan hükümlerde belirtilen esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı olmadan bu değişiklikler, şirketin yetkili organları tarafından onaylanıp tescil için ilgili ticaret sicil müdürlüğüne gönderilse bile, TTK m. 32/2 hükmü ile hükmün detaylandırıldığı TSY m. 34 ve m.71 hükmü doğrultusunda sicil müdürünün, tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı hususları açısından incelenecektir. Hükümde belirtilen hususlara aykırılık halinde, sicil müdürünün tescil talebini reddetme hak ve yetkisi bulunmaktadır. Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı gerekliliğine ilişkin hükmün yine esas sözleşme içerisine hüküm olarak mevcut olması nedeniyle, sicil müdürünün tarafından esas sözleşme değişikliğine ilişkin EPDK onayı veya uygunluğunun olmadığı tespit edilen durumda, bu gerekçeyle esas sözleşme

değişikliğinin tescil talebi reddedilebilecektir. Kurucu nitelikte olan tescilin yapılmaması, esas sözleşme değişikliğinin geçerli hale gelmesine engel olacaktır.

Enerji şirketlerinin esas sözleşme değişikliklerine ilişkin süreçten de görüldüğü üzere, esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK tarafından verilmesi gereken uygunluk görüşünün ve onayının, izin mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır. TTK m.333 ile m.340 hükmüne rağmen, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi olmadığı tartışmasız olan enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri ve sözleşmeye belirli hükümlerin konulması konusunda zorunluluk içeren enerji piyasasını düzenleyen mevzuat hükümlerinin esas sözleşme tescilinde dikkate alınması ve söz konusu hükümler kapsamında esas sözleşme ile ilgili olarak izin mahiyetinde olan EPDK onayının aranması da, TTK'nın kurmaya çalıştığı normatif sisteme aykırılık teşkil etmekte ve Kanunun, sınırlı olarak belirli piyasalar için kabul ettiği izin sistemine yakın olduğu görülmektedir.

2.2.2. Enerji Şirketlerinin Kuruluşuna Yönelik Regülasyon Müdahaleleri

2.2.2.1. Şirket Türünün Seçimine Ve Faaliyete Başlamaya Yönelik Müdahaleler

TTK m.124 hükmünde, ticaret şirketlerinin kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu, kollektif şirket ve komandit şirketlerin şahıs şirketi, anonim şirketlerin, limited şirketlerin ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin sermaye şirketi olduğu hususları düzenlenmiştir. Şahıs şirketleri ile tüzel kişiliğe sahip, ortakların sorumlulukları sınırsız olan, ortakların hepsi uygun görmeden ortaklık payı başkalarına satılmayan veya devredilemeyen, şirketten ayrılan bir ortağın şirket ilişkilerinden dolayı üçüncü kişilere olan sorumluluğu bir süre daha devam eden, ortakları gerçek kişilerden ibaret olan ve şirket borçlarına karşı sınırsız sorumlu olan şirketler kastedilirken, sermaye şirketleri ile ortakların sorumlulukları şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlı olan, ortaklardan birinin ayrılmasıyla ortaklık bozulmayan, ortakların şirketteki ortaklık payları başkasına satılabilen veya devredilebilen şirketler kastedilmektedir.

TTK m.333 hükmünde gönderme yapılan Bakanlık Tebliği ile belirlenen faaliyet alanları dışında, müteşebbisler, kuracakları şirket türünün seçiminde serbest bırakılmıştır. Bu serbesti, serbest piyasa ekonomisinin en önemli unsurlarından birisidir. Müteşebbisler, bu serbesti kapsamında, TTK'da düzenlenen sermaye şirketleri veya şahıs şirketleri olarak sınıflandırılan şirket türlerinden herhangi birini, öngörülen koşulları yerine getirmek suretiyle kurabilmektedirler. Müteşebbislerin, kuracakları şirket türünü seçerken, kuruluşa kolaylık, prosedür azlığı, karmaşık olmayan yönetim yapısı, vergi avantajı, sermaye ile sınırlı sorumluluk prensibi, şahsi malvarlığı ile sorumlu olunmaması gibi etkenleri göz önünde bulundurarak, hangi şirket türünü tercih edecekleri konusunda kararlarını vermektedirler.

Genel kural, şirket türünü seçme serbestisi olmasına rağmen, bazı özel kanunlarda ve düzenlemelerde, özellikle de, kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi olduğu belirtilen alanlarında faaliyet göstermek üzere kurulacak şirketlerin, hangi şirket türünde olabileceği yolunda bazı açık hükümler yer almıştır. Örneğin 5411 sayılı Bankalar Kanunu m.7 hükmü doğrultusunda bankalar, FKK m.5 hükmü doğrultusunda finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin¹⁸⁵ m. 4 hükmü doğrultusunda varlık yönetim şirketleri, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin 2018-32/45 Nolu Tebliğ¹⁸⁶ m. 6 hükmü doğrultusunda döviz büfesi işletme şirketleri, 2699 Sayılı Umumi Mağazalar Kanunu, m.3 hükmü doğrultusunda umumi mağazacılık şirketleri, 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu¹⁸⁷ m.4 hükmü doğrultusunda tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, Ürün İhtisas Borsasının Kuruluş, Faaliyet, İşleyiş Ve Denetim Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁸⁸ m.5 hükmü doğrultusunda, ürün ihtisas borsası şirketleri, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu¹⁸⁹, m. 3 hükmü doğrultusunda teknoloji geliştirme bölgesi yöneticiliği ve işletmeciliği şirketleri ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi olarak kurulan şirketler anonim şirket olarak kurulmak zorundadır. Bunlar dışında, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği

¹⁸⁵01/10/2006 tarihli 26333 sayılı RG.

¹⁸⁶30/01/ 2018 tarihli 30317 sayılı RG.

¹⁸⁷17/02/2005 tarihli 25730 sayılı RG.

¹⁸⁸10/08/2017 tarihli 30150 sayılı RG.

¹⁸⁹06/07/2001 tarihli 24454 sayılı RG.

Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen sigorta şirketleri ise 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹⁹⁰ m.3 hükmü gereği anonim şirket veya kooperatif olarak kurulabilirken, bağımsız denetim şirketleri de, yalnızca anonim şirket olarak kurulacağına yönelik eski düzenlemenin aksine, Bağımsız Denetim Yönetmeliği¹⁹¹ m. 4/ç hükmü ile m.13 hükmü doğrultusunda sermaye şirketi olarak kurulma yeterli görülmüştür.

Enerji piyasasında faaliyet göstermek için kurulan şirketlerin Bakanlık iznine tabi olmadığını belirtmiştik. Ancak, enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerinin türünün seçimine yönelik olarak da özel kanunlarda hüküm bulunmaktadır. EPK m. 4 hükmünde elektrik piyasasında, üretim faaliyeti, iletim faaliyeti, dağıtım faaliyeti, toptan satış faaliyeti, perakende satış faaliyeti, piyasa işletim faaliyeti, ithalat faaliyeti, ihracat faaliyetinin lisans (EPLY m. 12/3 hükmü gereği üretim faaliyeti için önlisans) almak koşuluyla yürütülebilecek faaliyetleri gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması şart kılınmıştır. DPK m. 4/3 hükmü doğrultusunda da, doğal gaz piyasasında da faaliyet gösterecek şirketlerin anonim veya limited olarak kurulmaları öngörülmüştür.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, enerji alanında kurulacak anonim şirketlerde, Bakanlık izni aranmamakla birlikte, özellikle şirket kuruluş süreciyle ilgili olarak, enerji mevzuatında yeralan şirket türünün seçimine ve bu hususun esas sözleşmede bulunması gerektiğine yönelik düzenlemelere uyulup uyulmadığı hususu, EPDK tarafından yerine getirilmektedir. Ancak EPDK incelemesi, kuruluş öncesi alınması gereken Bakanlık izninden farklıdır. Bakanlık izni, verilmediği takdirde, kuruluş izni talep edilen şirket, hiçbir zaman tüzel kişiliğe sahip bir hukuk süjesi olarak mevcut olmamaktadır. Oysa enerji şirketlerinin kuruluşu, tıpkı kuruluşu izne tabi olmayan diğer alanlarda kurulan şirketler gibi olup, bu şirketler, enerji mevzuatında kuruluş ve esas sözleşmelere yönelik hükümlere aykırı olsalar da, tüzel kişiliğe sahip bir hukuk süjesi olarak var olmaktadır. Bu durum, TTK m.333 hükmünün de gereğidir.

¹⁹⁰14.06.2007 tarihli 26552 sayılı RG.

¹⁹¹ 26/12/2012 tarihli 28509 sayılı RG.

2.2.2.1.1. Anonim Şirket Veya Limited Şirket Olarak Kurulma Zorunluluğu

TTK'da kurulacak şirket türünü seçme konusunda bir kısıtlama olmamasına ve enerji piyasasında, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri, Bakanlık iznine bağlı olmamasına rağmen, elektrik piyasasını düzenleyen EPK m. 4 hükmünde elektrik piyasasında, üretim faaliyeti, iletim faaliyeti, dağıtım faaliyeti, toptan satış faaliyeti, perakende satış faaliyeti, piyasa işletim faaliyeti, ithalat faaliyeti, ihracat faaliyetinin lisans almak koşuluyla yürütülebilecek faaliyetler olduğu belirtilerek, EPK hükümleri uyarınca, belirtilen faaliyetleri gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması şart kılınmıştır. EPLY m. 12/3 hükmünde de, piyasada faaliyet göstermek üzere ön lisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmuş olması gerekliliği tekrarlanmıştır.

Aynı şekilde, doğal gaz piyasasını düzenleyen DPK m. 4/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerininin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde hisselerin tamamının nama yazılı olmasının şart olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu doğrultuda çıkarılan DPLY m.8 hükmü, DPK m. 4/3 hükmünü aynen tekrar etmiştir.

Enerji piyasası için şirket türünün seçimine yönelik regülasyon müdahalesi teşkil eden bu düzenlemeler, her ne kadar özel düzenleme mahiyetinde olup, genel kanun niteliğinde olan TTK'dan önce uygulanma önceliğine sahip ise de, TTK'nın, genel ilke olarak benimsediği şirket türü seçimi serbestisine uygun düşmemektedir. Zira, enerji piyasası, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine bağlı kılınan bir piyasa olarak belirlenmemiştir. Bu yönüyle, özel kanun niteliğindeki EPK ve DPK'daki şirket türü seçimine yönelik hükümler, TTK'nın, şirketler için öngördüğü genel çerçeveye uygun düşmemektedir.

Enerji şirketleri için zorunlu olarak öngörülen şirket türü olan anonim veya limited şirketin ortak özelliği sermaye şirketi olmalarıdır. TTK m. 127/1 hükmünde ticaret şirketlerine sermaye olarak konabilecek unsurlardan bahsetmektedir. Maddede,

Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak, para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınırlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değerın konabileceği belirtilirken, hükmün 2. fıkrasında, komandit şirkette komanditerin kişisel emeğini ve ticari itibarını sermaye olarak koyamayacağını düzenleyen TTK m. 307/2 hükmü ile anonim şirkette hizmet edimleri ile kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konamayacağını düzenleyen TTK m. 342/1 hükmü ve limited şirkette hizmet edimleri ile kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konamayacağını düzenleyen TTK m.581/1 hükmünün saklı olduğu düzenlenmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre, şahıs şirketlerine hizmet edimleri ile kişisel emek, ticari itibar gibi unsurlar sermaye olarak konulabilirken, sermaye şirketlerine bu unsurlar, sermaye olarak konulamamaktadır. Zira, sermaye şirketlerinin en önemli özelliği, ortakların, şirkete konulan sermaye ile sınırlı olarak sorumlu olmasıdır. Düzenlemeyle, sermaye şirketlerinin, aynı veya nakdi değeri olan sermayeye dayalı yapısı korunmak istenmiş, sermaye şirketlerinin sermaye yapısı yönünden şahıs şirketlerine benzemesi engellenmiştir.

Enerji piyasası, enerjinin stratejik önemi ve değeri nedeniyle, uzun yıllar kamu hizmeti olarak görülmesi dolayısıyla, birkaç istisna dışında yalnızca devlet tarafından kurulan tekel niteliğindeki kurum ve kuruluşların faaliyet gösterdiği bir piyasa iken, ekonomideki liberalleşme politikaları neticesinde, belirli bir noktaya kadar serbestleştirme sağlanmış ve böylece özel sektörün bu piyasada faaliyet göstermesinin önü açılmıştır. Ancak devlet, enerji piyasasını, tümüyle serbest piyasa kurallarının işlediği bir şekilde dönüştürmeyi arzu etmediğinden, enerji piyasasını, tabi kıldığı özel mevzuat ve bağımsız regülasyon kurumu EPDK vasıtasıyla kontrolü altında tutmayı tercih etmiştir. Ayrıca, büyük miktarlarda yatırım gerektiren enerji projelerinin gecikmesinin önlenmesi ve projelerin tamamlanarak bir an önce sisteme bağlanmasının sağlanması, hedeflendiğinden, bu sayede, enerji açığının azaltılması ve böylece enerji piyasasında verilen hizmetlerin devamlılığının teminat altına alınması

da önemlidir. Bu kapsamda, devlet, enerji piyasasını, her türlü müteşebbisin rahatlıkla, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın girip çıkabileceği bir piyasa olmasını önleyecek tedbirler almıştır. Enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin sermaye şirketi olmasına yönelik zorunluluk içeren hüküm de, bu kapsamda alınan tedbirlerden biri olup, hizmet edimleri ile kişisel emek, ticari itibar gibi unsurların sermaye olarak konduğu şahıs şirketlerinin piyasada faaliyet göstermesi engellenmiş, sermaye yapısı gerçek ve nakdi anlamda güçlü olan sermaye şirketlerinin piyasaya girmesi sağlanmıştır.

Kanun koyucunun, enerji şirketlerinin, kurulurken şirket türünün seçiminde açıkladığımız nedenlerle, şahıs şirketlerinden değil de, sermaye şirketlerinden yana kullanırken, sermaye şirketleri arasında da ayırım yaptığı görülmektedir. Kanun koyucu, enerji şirketlerinin, anonim veya limited şirket olarak kurulması zorunluluğu öngörürken, TTK sistemine göre sermaye şirketi olarak sınıflandırılan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketi şeklinde kurulması gibi bir seçenek ortaya koymamıştır. Bilindiği üzere, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, ortaklarından bir veya birkaçı, şirket alacaklarına karşı bir kollektif şirket, diğerlerinin bir anonim şirket ortağı gibi sorumlu olduğu şirkettir. Kanaatimize, Kanun koyucunun, enerji şirketlerinin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket olarak kurulmasına izin vermemiş olmasının nedeni ise, bu şirketin kısmi de olsa şahıs şirketi yapısına sahip olmasıdır.

Kanun koyucunun, enerji şirketlerinin ancak anonim veya limited şirket şeklinde kurulmasının gerekçesi bu şirketlerin yalnızca belirli bir piyasa faaliyeti yerine getirmeye özgülenmeye, belirlenen asgari miktarda sermayenin taahhüt edilmesine ve ödenmesine, sorumluluğu konulan sermaye miktarı ile sınırlandırılmış olmasına müsait olmalarıdır. Oysa şahıs şirketlerinde belirli bir sermaye koyma zorunluluğu bulunmadığından, şirketin, lisans kapsamında faaliyetini gösterebilecek bir mali gücü olup olmadığı tespit edilemeyecektir. Bu şirketlerin, mali yapısı güçlü dahi olsa, ortaklarının şirket borçlarına karşı sınırsız (bütün mal varlığı ile) sorumlu olmaları nedeniyle, mali yapılarının sermaye şirketlerine nazaran kolayca bozulması riski ile karşı karşıyadır. Bu nedenlerle, şahıs şirketlerinin enerji piyasasında faaliyet gösterebilmesine imkan tanınmadığı görüşündeyiz. Her ne kadar, sermaye şirketi de

olsa, anonim veya limited şirket olarak kurulan enerji şirketlerinin de, sermaye veya yatırım maliyetinin temininde sorun yaşamayacağını garanti bulunmasa da, hatta zaman zaman, uygulamada, enerji projelerini süresinde tamamlayamayan anonim veya limited şirketi şeklinde kurulmuş şirketlerin lisanslarının EPDK tarafından iptal edildiğine ilişkin örnekleri görmek mümkün olsa da, enerji şirketi olarak kurulacak şirketi belirlerken, sermaye şirketlerinden olan anonim ve limited şirketlerin tercih edilmesinin, piyasanın regülasyonu açısından isabetli olduğu kanaatindeyim.

2.2.2.1.2. Lisans Alma Zorunluluğu

Enerji şirketleri tarafından, ilgili dayanak kanunlar (EPK, DPK) ile kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde (EPLY, DPLY) açıkça belirtildiği üzere, enerji piyasası faaliyeti olarak adlandırılan faaliyetlerin yerine getirilmesi, kanun ve yönetmeliklerde belirtilen istisnalar dışında lisansa tabi kılınmıştır.

EPK m. 4 hükmünde, elektrik piyasasında yürütülecek faaliyetler belirtilerek, bu faaliyetlerin ancak lisans almak koşulu ile yürütülebileceği belirtilmiştir. EPK m.5 hükmü gereği, piyasa faaliyetleri ile iştigal edecek lisans sahibi tüzel kişiler, faaliyetlerine başlamadan önce, her faaliyet için ve söz konusu faaliyetlerin birden fazla tesiste yürütülecek olması hâlinde, her tesis için ayrı lisans alma zorunluluğuna uymakla, yükümlüdür. DPK m. 5 ile 6. Madde hükümlerinde de doğal gaz piyasasındaki faaliyetler belirtilerek, lisansa tabi olmaksızın bu faaliyetlerin yürütülemeyeceği hususu düzenlenmiştir.

2.2.2.1.2.1. Lisans Kavramı ve Hukuki Niteliği

Lisans sözcüğü, Latince kökenli olup, *icazet, serbestlik, özel olarak tanınmış hak* anlamında gelmektedir¹⁹². Lisans, mevzuatta, piyasada faaliyet göstermek isteyen tüzel kişiye Kurumca verilen izin belgesi olarak tanımlanmaktadır (EPLY, m. 4/aa).

¹⁹²Yakup Gönen, Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.217.

Lisans, idare tarafından tek taraflı olarak, bir kamu hizmetinin veya özel hizmetin özel kişi tarafından yerine getirilmesi amacıyla verilmesi itibarıyla, hukuki nitelik olarak, idare hukukundaki ruhsat usulü özelliklerini taşımaktadır¹⁹³. Ruhsat usulünün ayırt edici ve göze çarpan en önemli özelliği, idarenin tek taraflı işlemine dayanmasıdır. Tek taraflı bir işlem olması nedeniyle, başvuran tüzel kişilerin, lisans için öngörülen esaslara uymaması ve şartları yerine getirmemesi halinde, EPDK tarafından, başvuru, ret gerekçesi tam ve açık biçimde bildirilerek reddedilebilecektir. Görüldüğü üzere EPDK, enerji piyasası açısından lisans verme sürecini yönetme konusunda yetkili kurum olarak, piyasa faaliyetleri ve oyuncularını üzerinde geniş bir gözetim ve denetim yetkisine sahiptir¹⁹⁴.

EPDK tarafından verilen lisans belgesi, ilişkin olduğu faaliyete yönelik genel ve özel iç hükümler içermesi ve lisansın özel ve genel hükümlerle birlikte ayrılmaz bir bütün teşkil etmesine ilişkin ifade içermesi nedeniyle özellik arz etmekte ve “*şartnameli ruhsat*” olarak kategorize edilmektedir¹⁹⁵. Lisans belgesi, Kuruldan izin alınmaksızın yapılabilecek faaliyetlere ilişkin hükümler de içermektedir (DPK m.18/11).

Enerji şirketlerinin lisans rejimine tabi olması nedeniyle lisansla ilgili birtakım esaslar belirlenmiştir. Lisanslara ilişkin olarak, başvuru ve değerlendirme usul ve esasları ile lisansların verilmesi, tadili, sona erdirilmesi, iptali, süreleri, süre uzatımı, yenilenmesi ve lisans kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin belirli bir süre askıya alınmasına ilişkin usul ve esaslar ile faaliyetin türü ve işin niteliğine göre belirlenecek lisans bedelleri, lisans sahibi tüzel kişilerin lisansları kapsamında sahip oldukları hakları, yükümlülükleri, görevleri, sermaye yeterlilikleri, istihdam edilmesi gereken nitelikli personele ilişkin hükümler ile tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahiplerinin haklarının temlikine ilişkin usul ve esaslar, EPDK tarafından, elektrik piyasası açısından EPLY’de, doğal gaz piyasası açısından DPLY’de düzenlenmiştir.

¹⁹³Kent, a.g.e, s.104.; Ergün, a.g.e, s.64; Çakmak, a.g.e, s.175, 176; Duygu Sümertaş, “Türkiye Elektrik Piyasası Kanunu Kapsamında Lisans Esasları ve Türleri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:5, (2014), s.159.

¹⁹⁴ Ergün, a.g.e, s.65.

¹⁹⁵ Ergün, a.g.e, s.65; Kemal Gözler, İdare Hukuku C.1-2, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2003, s.355.

Lisansın en önemli özelliklerinden biri, lisansı edinen tüzel kişiden bağımsız şekilde münferit olarak devredilememesidir. Bu durum, elektrik piyasası açısından EPLY m.5/3 hükmünde açıkça belirtilmiştir. EPLY m.5/3 hükmünün devamında ise lisans devri sayılmayacak durumlar belirtilmiştir.

Doğal gaz piyasası açısından da, DPLY m.5 hükmünde lisansın hiçbir surette devredilemeyeceği açıkça belirtilmiştir, DPLY m.5 hükmünün devamında ise lisans sahibi tüzel kişinin birleşme, yoluyla devri ile lisans sahibi tüzel kişiye bankalar ve/veya finans kuruluşları tarafından sınırlı veya gayri kabili rücu proje finansmanı sağlanması halinde, sözleşme hükümleri gereği, bankalar ve/veya finans kuruluşlarının Kuruma gerekçeli olarak bildirimde bulunması ve Kurul tarafından gerekçelerin uygun bulunması halinde, bu Yönetmeliğin öngördüğü şartlar çerçevesinde önerecekleri bir başka tüzel kişiye lisans sahibi tüzel kişinin lisansı kapsamındaki tüm yükümlülüklerini üstlenmek şartıyla lisans verilmesi lisans devri olarak görülmemiştir.

Lisanslar süresiz şekilde verilmeyip, piyasa faaliyetine göre verilecek lisans belirli süre ile sınırlandırılmıştır (EPLY m.9/2, DPLY m.7).

Lisansın sona erme sebepleri de enerji mevzuatında düzenlenmiştir. Lisans süresinin bitiminde kendiliğinden, lisans sahibi tüzel kişinin iflasının kesinleşmesi, lisans sahibinin talebi veya lisans verilmesine esas şartların kaybedilmesi hâllerinde ise Kurul kararıyla sona erer. (EPK m.5).

Lisans başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararlarına karşı 4628 sayılı Kanunun m.12 hükmü doğrultusunda yetkili ilk derece idare mahkemesinde iptal davası açılabilir.

2.2.2.1.2.2. Lisansa Tabi Faaliyetler ve Lisans Türleri

Elektrik piyasasında, üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat, ihracat faaliyetlerinin piyasa faaliyeti olduğu ve bu faaliyetlerin lisans alınmaksızın yerine getirilemeyeceği düzenlenmiştir (EPK m.4.) Faaliyet

konularına göre Kurumdan alınabilecek lisansların ise üretim lisansı, iletim lisansı, dağıtım lisansı, OSB üretim lisansı, piyasa işletim lisansı, OSB dağıtım lisansı, tedarik lisansı olduğu hususu düzenlenmiştir (EPLY m.8.) Lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre EPK'nın m.16 hükmünde öngörülen yaptırımlar uygulanır.

Doğal gazın iletimi, dağıtımı, toptan satışı, ithalatı, ihracatı ve LNG tesislerinde sıvı olarak veya yer altı ve yer üstü tesislerinde gaz veya sıkıştırılmış gaz olarak depolanması faaliyetlerinin piyasa faaliyeti olduğu belirtilerek, bu faaliyetlerin lisans alınmaksızın gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir (DPK m 4). Lisans sahibi tüzel kişilerin lisans kapsamında yer alan faaliyetleri ile ilgili her türlü iş ve işlemleri Kurum tarafından denetlenebilir veya denetletirilebilir. Yaptırımlar ve denetlemeye ilişkin olarak Kurul tarafından yapılan düzenlemeler çerçevesinde, lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre DPK'nın m.9 hükmünde öngörülen yaptırımlar uygulanır. (DPLY m.41).

2.2.2.1.2.3. Lisansın TTK Açısından Anlamı

TTK'ya uygun olarak kurulan ve özel kanunlarda düzenlenen enerji alanlarında piyasa faaliyeti gösterecek bir şirketin ilgili piyasa için gerekli lisansı almadan faaliyet göstermesi enerji mevzuatında yasaklanmıştır. Enerji alanında faaliyet göstermek amacıyla izin alınmaksızın kurulabilen şirketin, faaliyet gösterebilmesi için gerekli lisansı almadan faaliyet göstermemesi, o şirketin izinsiz olarak kurulması gibi avantajlı bir durumu anlamsız hale getirmekte ve şirketi, lisans almadan faaliyet gösteremeyecek işlevsiz bir yapıya dönüştürmektedir. Özel kanunlara tabi sigorta şirketleri, bankalar gibi özel niteliklere sahip anonim şirketlerin faaliyet izinlerinde olduğu gibi lisansa tabi faaliyetleri yerine getirecek enerji şirketlerinin almaları zorunlu olan lisanslar da, faaliyet izni ile aynı mahiyette olup, lisans, TTK m.333 kapsamında belirtilen kuruluş izni olarak değerlendirilemeyecektir.

Enerji mevzuatının lisans veya ön lisans için aradığı şartların EPDK tarafından incelendiği aşama bazı açılardan ilginçtir. Şöyle ki; şirketlerin kuruluşuna, müdahale etmeyen EPDK, enerji mevzuatında yer alan kuruluş ve esas sözleşmelere yönelik

müdahale teşkil eden düzenlemelere uyulup uyulmadığını, kurulan şirketlerin göstereceği faaliyete göre EPDK'dan alması gereken ön lisans veya lisans başvurusu sırasında yapmış olduğu inceleme sırasında gerçekleştirmekte ve söz konusu hükümlere aykırılık taşıyan durumlarda, ilgili şirketin ön lisans veya lisans talebini reddetmekte ve TTK'nın öngördüğü düzenlemelere uygun olarak kurulmuş olsa bile, enerji şirketlerinin, enerji piyasasında faaliyet göstermesine engel olmaktadır. Böylece, EPDK, enerji alanında faaliyet göstermek üzere kurulan ve tüzel kişiliğe sahip olduğu tartışmasız olan şirkete, enerji mevzuatı kapsamında ön lisans veya lisans vermeyerek, şirketin kuruluş amacını ve varlığını işlevsiz ve anlamsız bir hale getirmektedir. Enerji şirketleri, bu yaklaşımla, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti açısından kısıtlanmış bir konuma itilmiş görünümünde olup, Bu durumun, TTK'ya ve TMK'ya uygunluğunun incelenmesi gerekmektedir.

TMK'nın m.48- m.50 arası hükümlerinde, tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olduğu, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanacakları, tüzel kişinin iradesini, organları aracılığıyla açıklayacakları ve organlarının, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokabileceği açık bir şekilde belirtilmektedir. EPK ile DPK'da, öngörülen özel hükümler nedeniyle enerji şirketlerinin göstermek istedikleri piyasada faaliyet gösterememeleri, bu şirketlerin fiil ehliyetini kullanamamaları anlamına gelmediğinden TMK hükümleri ile çelişmemektedir. Yani, lisans alması gerekirken almayan veya alamayan bir enerji şirketinin, fiili olarak gerek piyasa faaliyeti göstermesi, gerekse piyasa faaliyeti dışında hak ve fiil ehliyetini kullanabilmesini engelleyen bir durum bulunmamaktadır.

Ancak bu noktada belirleyici olan TMK değil, TTK hükümleri olacaktır. Zira, TTK m.125 hükmüne baktığımızda, hükmün birinci fıkrasında ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğe haiz olduğu, ikinci fıkrasında TMK'nın m. 48 hükmü çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği ve kanuni istisnaların saklı olduğu açıkça belirtilmiştir. TTK m.126 hükmünde ise, her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, TMK'nın tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda TBK'nın adi şirkete dair hükümlerinin her

şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. TTK m. 125 hükmünde ikinci fıkranın son cümlesinde kanuni istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir. EPK ve DPK tarafından enerji şirketleri için şirket türünün seçimi konusunda getirilen zorunluluk bu maddede belirtilen anlamda bir kanuni istisna teşkil edebilecektir. Özel kanunların öncelikli olarak uygulanacağına yönelik TTK m. 330 hükmü de, bu hususu desteklemektedir. Bu durumda, TTK m. 330 ile m.125/2 hükümleri gereği enerji şirketlerine öncelikle özel kanunlar uygulanacak, özel kanunlarda hüküm olmadığı takdirde TTK m. 126 hükmü gereği, şirketlere öncelikle her şirket türüne özgü hükümler uygulanacak, hüküm bulunmadığı takdirde, TMK'nın tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile TTK'nın birinci kısmında hüküm bulunmayan hususlarda TBK'nın adi şirkete dair hükümlerin her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda uygulanacaktır. TTK'da m. 330 olmasa bile, özel kanun-genel kanun ilişkisine yönelik genel ilke gereği, özel kanun niteliğindeki enerji piyasasına yönelik kanunlar, uygulama açısından genel kanun niteliğinde olan TTK hükümlerinin önüne geçmektedir. Bu açıklamalardan hareketle, lisans alması gerekirken almayan veya alamayan bir enerji şirketinin, fiili olarak gerek piyasa faaliyeti göstermesi, gerekse piyasa faaliyeti dışında hak ve fiil ehliyetini kullanabilmesini TTK hükümleri açısından da engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Bu noktada, lisans edinmeden faaliyet gösteren enerji şirketinin faaliyetleri, mevzuatta öngörülen yaptırımlara maruz kalma ihtimali ile karşılaşacak ancak şirketlerin yapmış olduğu işlemlerin geçerliliği konusu TTK hükümleri açısından değerlendirilecektir.

Enerji mevzuatında, lisansların devredilebilirliği konusunda da, kısıtlamaların mevcut olduğu görülmektedir. Elektrik piyasası açısından, EPLY m.5 hükmünde doğal gaz piyasası açısından, DPLY m.5 hükmünde lisansların devredilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme rağmen, lisansın, sahibi olan enerji şirketi tarafından devri halinde, lisansın elektrik piyasasında faaliyete ilişkin olması halinde, lisansın, regülasyon alanına giren ve başvuru, değerlendirilme, devredilme, sona erme gibi şartları regülasyon tarafından düzenlenen bir belge olması nedeniyle, TTK m.330 gereği özel kanunların öncelikle uygulanacağına yönelik hüküm doğrultusunda, EPLY m.5 ve DPLY m.5 hükmündeki açık yasaklama karşısında, böyle bir işlem, EPK ve DPK hükümleri açısından geçerli kabul edilmeyecektir. Geçerli olarak kabul

edilmeyeceği gibi, izinsiz yapılan lisans devri nedeniyle, EPK m.16/b ve c hükümleri doğrultusunda, lisansın doğal gaz piyasasında faaliyete ilişkin olması halinde, DPK m.9/b ve c hükümler doğrultusunda, ilgili şirkete idari para cezası da, uygulanacaktır. EPK ve DPK hükümleri tarafından geçerli kabul edilmeyen lisans devrine ilişkin işlemle ilgili olarak TTK'da aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, TTK m.330 hükmü doğrultusunda, işlem TTK'ya da aykırılık teşkil edeceğinden geçerli olarak kabul edilmeyeceği düşünülebilir. Ancak TTK m.330 hükmünde, özel kanun hükümlerinin TTK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacağına düzenlediği, lisans devrine ilişkin yasağın, ikincil düzenlemeler niteliğindeki EPLY ve DPLY hükümleri tarafından öngörüldüğü gerçeği karşısında, elektrik ve doğal gaz lisanslarının münferit olarak devrine yönelik işlemin TTK hükümleri tarafından da geçersiz olarak görüleceğini söylememiz mümkün değildir.

Tüm bu durumlardan görüleceği üzere, enerji piyasasında bir şirketin sahip olduğu lisans, o şirkete, ilişkin olduğu piyasada faaliyet gösterme hakkı sağladığından, TTK açısından şirketin sahip olduğu bir kıymettir. TTK açısından bir şirketin sahip olduğu kıymeti devredebilmesi, paraya çevirmesi, o şirketin meşru haklarından biridir. Ancak enerji piyasası açısından lisans, mevzuatta öngörülen belirli koşulları sağlamış olmak kaydıyla, o şirkete özgü olarak verilmiş olması nedeniyle, lisansın, bir kıymet olarak, yukarıda belirtilen istisnalar haricinde devri yasaklanmıştır. Ayrıca, TTK'dan farklı olarak regülasyon açısından lisans, enerji piyasasında, kazanılmış bir hak olarak görülmemektedir. Zira, bir şirket, lisans şartlarını taşıdığı sürece, lisansa sahip olabilir. Şartlardan birinin bile kaybedilmesi durumunda, lisans EPDK tarafından iptal edilebilmektedir. Bu nedenle, piyasada faaliyet gösteren şirketlerin, lisansa sahip olma şartlarını taşıyıp taşımadıkları EPDK tarafından sürekli bir şekilde denetlenmektedir.

Enerji mevzuatının, şirket türü, seçimi, esas sözleşmede bulunması gereken hükümler gibi enerji şirketlerinin kuruluşuna yönelik müdahale teşkil edecek hükümleri, zamanlama açısından, enerji şirketlerinin doğrudan kuruluşuna engel olmamakla birlikte, bu hükümlere uygunluğun aynı zamanda lisans başvuru sürecinde EPDK tarafından incelendiği görülmektedir.

Sonuç olarak, mevcut lisansa ilişkin (kuruluş, esas sözleşme) regülasyon hükümlerinin, regülasyonun TTK'daki temel dayanak hükümleri olan başta m.330 hükmüyle ve bu bölüm kapsamında, aşağıda ilgili başlıklarda izah edileceği üzere m. 333, m.340 ile m.210/2 hükümleriyle de tutarlı olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer regülasyona tabi olan piyasalarda olduğu gibi, enerji piyasasında da, lisans verilmesine ilişkin koşulların, piyasaya giriş, çıkış ve faaliyet gösterme alanlarında, regülasyon kurumları eliyle, kamu yararı amacıyla, piyasanın kontrolünün sağlanmasına hizmet ettiği açıktır. Ancak, lisans verilmesine ilişkin hususlar düzenlenirken, regülasyona ilişkin her bir hükmün, TTK'nın şirketleri düzenleyen hükümlerin bir kısmının devre dışı kalmasına sebep olduğu ve şirketler hukuku sistemine müdahale teşkil ettiği gerçeği sürekli gözönünde bulundurulmalı ve lisansa ilişkin hükümler ihdas edilirken, TTK'nın, başta yukarıda belirttiğimiz hükümler olmak üzere, ilgili diğer hükümlerinin gözönüne alınarak, TTK hükümleri ile uyumlu bir regülasyon sistemi kurulması gerektiği kanaatindeyim.

2.3 TTK HÜKÜMLERİNE GÖRE ESAS SÖZLEŞME

Esas sözleşme¹⁹⁶ TTK'da birçok düzenlemeye konu olmasına rağmen, tanımlanmamıştır. Kanuni tanımı olmadığından, öğretide tanımlanma yoluna gidilmiştir. Esas sözleşme, şirketin temel düzenini oluşturan, şirketin iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin şirkete ve birbirilerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen şekle tabi, katılıma açık, çok taraflı bir sözleşme olarak tanımlanmış ve şirketin anayasası olarak nitelendirilmiştir¹⁹⁷.

¹⁹⁶eTTK'da *esas mukavele* ifadesi kullanılırken, 6102 sayılı TTK'da *esas sözleşme* ifadesi kullanılmıştır. Ancak bazı kanunlarda, esas sözleşme yerine, *ana sözleşme* ifadesinin kullanıldığı ve bunun da bir kavram kargaşasına yolaçtığı görülmektedir. Örneğin, EPK'nın m.4 hükmünde, ve DPK'nun m.4 hükümlerinde, Kooperatifler Kanunu m.2 ve m.3.hükümlerinde, Bankacılık Kanunu m.7/g, 6 hükümleri ile devamında esas sözleşme ifadesinin değil, ana sözleşme ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Öğretide de kavramın kullanılması ile ilgili olarak farklı görüşler bulunmaktadır.*Bahtiyar* esas sözleşme yerine ana sözleşme ifadesini kullanmaktadır. (bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e, s. 127) *Moroğlu* da Anasözleşme teriminin kullanılması gerektiği görüşünü savunmaktadır (Moroğlu 2016, a.g.e, s.139); Esas sözleşme teriminin kullanılması gerektiği konusunda bkz. Pulaşlı 2013, a.g.e, s.298) Tezde, TTK'da kullanılan esas sözleşme ifadesini kullanmakla birlikte, yeri geldiğinde EPK ve DPK'nın ilgili maddelerinde, maddede kullanıldığı şekliyle ana sözleşme ifadesini kullanmayı tercih ettim.

¹⁹⁷Erdoğan Moroğlu, "A.Ş Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği", Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000, s.515.

Esas sözleşmenin TTK m. 340 hükmüne istinaden düzenleyici yönü bulunmaktadır. Kural olarak esas sözleşme değişikliği izne tabi olmadığından *istisnali düzenleyici nitelik* taşıdığı söylenebilecektir¹⁹⁸. Bu nitelik sayesinde, esas sözleşme, şirketin organlarını, pay sahiplerini, şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte objektif konuma gelen hükümleriyle üçüncü kişileri bağlayıcı özelliktedir¹⁹⁹.

Esas sözleşme, TBK anlamında tipik bir sözleşme değildir. Tipik bir sözleşme olmaması nedeniyle, TBK m.97 hükmü gereği iki taraflı sözleşmelerde olduğu gibi pay sahipleri, şirkete karşı yükümlülüklerini yerine getirmelerini, diğer pay sahiplerinin bu yükümlülüklerini yerine getirme koşuluna bağlı kılınmayacaktır²⁰⁰.

TTK m.339 hükmü gereği, esas sözleşmenin, geçerlilik kazanabilmesi için yazılı olması, kurucular tarafından imzalanması, imzaların Noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması ve TTK m.354 hükmü gereği ticaret siciline tescil ile Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde (TTSG) ilan edilmesi gerekmektedir. TTK m.339 hükmünde, esas sözleşmenin içeriğinin hangi hususları içermesi gerektiği de düzenlenmiştir.

TTK m. 354 hükmü doğrultusunda, esas sözleşmenin, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil edilerek TTSG’de ilan edilmesiyle birlikte, m.355 hükmünde ifade edildiği üzere şirket, tüzel kişilik kazanacaktır.

TTK m. 340 hükmü, esas sözleşmenin, TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda açıkça izin verilmişse sapabileceğini, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı düzenlemesiyle, esas sözleşmeye oldukça önemli bir sınır getirmiştir. Bu sınırlandırma ile ilgili olarak tartışmalara değinildiğinden burada tekrar değinilmeyecektir²⁰¹.

¹⁹⁸Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-45, s.118.

¹⁹⁹Moroğlu 2000, a.g.m, s.515.

²⁰⁰Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-45, s.118.

²⁰¹ Bkz. 1.3.4 TTK’nın 340. Maddesi başlığı altındaki değerlendirmelerimiz s.81 v.d.

Esas sözleşme açısından, TTK m.333 hükmü de önemli bir kriter getirmektedir. Kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri TB'nın iznine tabi şirketlere yönelik düzenlemede "...bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği herhangi bir makamın iznine bağlanamaz" şeklinde bir cümle yer almaktadır. Bu cümle, esas sözleşme değişiklikleri açısından önemli bir referans maddedir.

Elektrik piyasası için EPK ile bu doğrultuda çıkarılan EPLY'nin, doğal gaz piyasası için DPK ile bu doğrultuda çıkarılan DPLY'nin öngördüğü piyasa faaliyeti icra edecek olan şirketlerin esas sözleşmelerinin içermesi gerekli olan hükümlere esas sözleşmede yer verilmemesi halinde, bu durumun TTK açısından sonuçları hep birlikte aşağıda, *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında değerlendirilecektir.

2.4. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN ESAS SÖZLEŞMESİNE YÖNELİK MÜDAHALELER

2.4.1. Anonim veya Limited Şirket Olması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi

Elektrik piyasası açısından EPK m. 4/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olması gerektiği piyasa faaliyeti icra edecek şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. EPLY'nin çeşitli hükümlerinde bu zorunluluk vurgulanmıştır.

Doğal gaz piyasasını düzenleyen DPK m. 4/3 hükmünde de elektrik piyasasına benzer bir hüküm bulunmaktadır. Hükme göre, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin sermayeleri ile ana sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususlar

yönetmelikle düzenlenecektir. Bu doğrultuda çıkarılan DPLY m.8 hükmü, DPK m. 4/3 hükmünü aynen tekrar etmiştir²⁰².

Bu düzenlemeler çerçevesinde, enerji alanında kurulacak anonim şirketlerde, özellikle şirket kuruluş süreciyle ilgili olarak, enerji mevzuatında yer alan şirket türünün seçimine ve bu hususun esas sözleşmede bulunması gerektiğine yönelik düzenlemelere uyulup uyulmadığı hususuna yönelik inceleme, EPDK tarafından yerine getirilmektedir. EPDK tarafından, enerji piyasası faaliyetlerinden birini yerine getirmek üzere anonim veya limited şirket olarak kurulan şirketlerin esas sözleşmelerinde bu hususun belirtilmesi gerekmektedir. Seçilen şirket türünün esas sözleşmede yer alması yalnızca enerji şirketlerine yönelik bir yükümlülük olmayıp, tüm ticari şirketlere yönelik bir yükümlülüktür. Esas sözleşme içeriğinde, genelde ilk

²⁰² Hükümdeki piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde ifadesi, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterebilmek için yalnızca anonim veya limited şirket olarak kurulmanın bir zorunluluk olmadığı şeklinde algılanmaktadır. Gerçekten, DPK m.2 hükmüne bakıldığında, doğal gaz faaliyetlerine ilişkin tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini kapsayacağı şeklinde bir ifadenin de yer aldığı görülmektedir. Hüküm, gerçek kişilerin de piyasa faaliyeti gerçekleştirebileceği şeklinde anlaşılmaktadır. *Yılmaz*, bu noktada, DPK m.2 ile m.4/3 hükmünün, bu anlamda uyumlu gözüktüğünü, ancak DPK'daki diğer hükümlerin de, doğal gaz piyasasında anonim veya limited şirket olarak kurulmanın bir zorunluluk olmadığı ve gerçek kişilerin de piyasa faaliyeti gerçekleştirebileceği şeklinde çıkarımları destekleyip desteklemediğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmekte, bu amaçla DPK m.4/3 hükmüne bakıldığında, hükmün devamında, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin sermayeleri ile ana sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususların yönetmelikle düzenleneceğinin belirtildiğini ifade etmektedir. Bu ifadeden ise, gerçek kişiler, anonim ve limited şirket dışındaki şirketler veya kamu tüzel kişileri için böyle bir düzenleme yapılmayacağını anlaşıldığını ileri sürmektedir. Diğer yandan, DPK m. 3 hükmündeki tüzel kişi ifadesinin, *bu Kanun hükümleri uyarınca doğal gazın üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, ithali, ihracı, ticareti ve depolanması fonksiyonlarını yürütmek üzere kurulmuş özel veya kamu hukuku tüzel kişisi* şeklinde tanımlandığı, DPK m. 4/1 hükmünün lafzından lisans almak için yalnızca tüzel kişilerin başvurabileceğinin anlaşıldığı, DPK 4/2 hükmünde, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilerin lisans almak için EPDK'ya yapacakları başvurudan bahsedilerek, piyasada sadece tüzel kişilerin faaliyet gösterebileceğinin anlaşıldığı ifade edilmektedir. Aksi düşüncenin ise, gerçek kişilerin lisans almaksızın faaliyet gösterebileceği anlamına geleceği -ki, bu sonucun, DPK'nın amacıyla örtüşmeyeceğini belirtmektedir. Bununla bağlantılı olarak DPK'da, m.3'teki sertifika tanımı ile m.6/c hükmünden, piyasa faaliyetleri dışında, doğal gaz faaliyeti yapan tüzel kişilerin sistemde yer alacak tesislerinin tasarımı, yapımı, revizyonu, bakımı, onarımı, kontrolü, müşavirliği ve benzeri hizmetlerden bahsedildiği, bu hizmetlerin gerçek ve tüzel kişiler tarafından sertifika edinerek yerine getirilebileceği hususlarının da düzenlendiğinin anlaşıldığı, kanunda, piyasa faaliyetleri ile piyasa dışı olan bu hizmetlerin DPK kapsamına alınarak, birbirinden farklı olan bu faaliyetler ile lisans ve sertifika koşullarının aynı maddelerde düzenlenmesi nedeniyle bu çelişki ve tutarsızlıkların ortaya çıktığının anlaşıldığı çıkarımını yapmakta, bu nedenle, DPK'daki gerçek kişiler ifadesi ile sertifikaya tabi bu hizmetleri yerine getirmek isteyen gerçek kişilerin kastedildiğinin düşünülmeli gerektiğini belirtmektedir.(Bkz. Aslan, a.g.e, s. 175, 176). Kanaatimce de, yukarıda bahsedilen tespitler ışığında, DPK m.4/3 hükmündeki *piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde ifadesi*, piyasa faaliyeti olmayan sertifikaya tabi hizmetleri yerine getirecek şirketler kastedilerek kullanılmış olup, doğal gaz piyasa faaliyeti gösterecek şirketler, anonim veya limited şirket olarak kurulma zorunluluğuna tabidir.

maddede, adları, ikametgah bilgileri verilen kurucular arasında TTK hükümlerine göre bir anonim veya limited şirket kurulduğu şeklinde hüküm bulunmaktadır. Böylece bu yükümlülük yerine getirilmiş olacaktır. TTK m. 43/2 hükmünde de anonim şirketlerin ünvanında *anonim şirket*, limited şirketlerin ünvanında *limited şirket* kooperatiflerin ticaret ünvanlarında da, *kooperatif* kelimelerinin bulunmasının şart olduğu belirtilmiştir. Ünvanında seçilen şirket türü ile esas sözleşmesinde belirtilen maddenin uyumlu olması gerekmektedir.

Bu zorunluluk, sadece enerji şirketlerine yönelik olmayıp, kurulan tüm ticari şirketlere yönelik olduğundan enerji şirketlerine özel bir görünüm arz etmemektedir. Bu nedenle konu daha çok, şirket türünün seçimine yönelik zorunluluk öngören regülasyon müdahalesi çerçevesinde tartışılmıştır²⁰³.

2.4.2. Payların Nama Yazılı Olması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi

Elektrik piyasası açısından EPK m. 4/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olması gerektiği piyasa faaliyeti icra edecek şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. EPLY'nin çeşitli hükümlerinde bu zorunluluk vurgulanmıştır. Yönetmeliğin m. 12/2-b hükmünde üretim faaliyeti için ön lisans başvurusunda bulunan şirketlerin, m. 20/2-b hükmünde piyasada faaliyet göstermek üzere lisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişinin, 20/4-b-1 hükmünde üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde tüzel kişinin anonim şirket olması halinde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olduğuna ilişkin hükme yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yine, EPLY, m. 12/5-ç hükmünde yalnızca elektrik üretim faaliyeti için öngörülen önlisans başvurusu yapan tüzel kişinin esas sözleşmesinde;

²⁰³ Bkz. İkinci Bölüm. 2.2.2.1.1 *Anonim Şirket Veya Limited Şirket Olarak Kurulma Zorunluluğu* başlığı altındaki değerlendirmemiz s.116 vd.

tüzel kişinin anonim şirket olması halinde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının tamamının nama yazılı olduğuna ve hamiline yazılı pay senedi çıkaramayacağına ilişkin hükme yer verilmesi gerektiği açıkça öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, bu maddede, yalnızca nama yazılı pay senedi çıkarılması zorunluluğu öngörülmemiş, bir adım daha ileri gidilerek, hamiline pay senedi çıkarılmayacağına ilişkin taahhüdün de esas sözleşmeye hüküm olarak konulması gerektiği belirtilmiştir. Düzenlemelerden, yalnızca anonim şirketler açısından böyle bir zorunluluk olduğu, şirketin limited şirket olarak kurulması halinde ise böyle bir zorunluluk olmadığı anlaşılmaktadır.

Ticaret şirketlerine uygulanacak ortak hükümlerden olan TTK m. 484 hükmünde pay senetlerinin, hamiline veya nama yazılı olabileceği ancak bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılmayacağı, hükme aykırı olarak çıkarılanların geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, TTK, anonim şirketler açısından, pay senetlerinin nama yazılı olması zorunluluğu öngörmemektedir. TTK m. 487/2 hükmüne göre nama yazılı pay senetlerinin sahiplerinin adı ve soyadı veya ticaret unvanı, yerleşim yeri, pay senedi bedelinin ödenmiş olan miktarının da açıklaması gerekli olup, senetlerin şirketin pay defterine kaydolunacağı ifade edilmiştir. Pay senetlerinin devrinin nasıl yapılacağı konusu da TTK m.490 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilmektedirler. Hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilecektir. Anonim şirketlerde, payların serbest bir şekilde devrine izin verilmesinin altında yatan sebep, şahıs şirketlerinin ve limited şirketlerin aksine, pay sahiplerinin kişiliğine önem verilmemesidir²⁰⁴. Ancak nama yazılı payların devrinde de, istisnai de olsa çeşitli sınırlamalar söz konusu olabilmektedir. TTK m.492 hükmünde, pay sahiplerinin esas sözleşmeye hüküm koyarak, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceği öngörülmektedir. Diğer yandan, payların devrine getirilmiş kanuni sınırlama da söz konusudur. TTK m. 491 hükmünde, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleşmesi hallerinin

²⁰⁴Bahtiyar 2019, a.g.e, s.282.

dışında, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların, ancak şirketin onayı ile devrolunabileceği düzenlenmiştir. Şirketin ise, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli olması ve şirketçe istenen teminatın verilmemiş olması halinde devre onay vermeyi reddedebileceği belirtilmiştir.

Doğal gaz piyasasını düzenleyen DPK m. 4/3 hükmünde de elektrik piyasasına benzer olmakla birlikte bir yönüyle ondan ayrılan bir hüküm bulunmaktadır. Hükme göre, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin sermayeleri ile ana sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda çıkarılan DPLY m.8 hükmü, DPK m. 4/3 hükmünü aynen tekrar etmiştir. Görüldüğü üzere, DPK, EPK'nın aksine, limited şirket hisselerinin de tamamının nama yazılı olması gerektiğini öngörmüştür. Söz konusu hükmün yürürlüğü zamanında, yürürlükte olan eTTK'nın m. 503/II hükmünde *“Ortaklar tarafından konulan sermaye için, anonim şirkette olduğu gibi hisse senedi çıkarılamaz.”* açık hükmü doğrultusunda, limited şirketler bakımından hisse senedi çıkarılması yasaklanmıştı. Ancak eTTK'nın m.518 hükmüne göre, limited şirketlerde, paya ilişkin olarak kıymetli evrak vasfına sahip olmayan ancak ispat vasıtası sayılan tanzim edilecek senetlerin düzenlenmesine izin verilmekteydi. DPK'nın, eTTK'nın yasakladığı bir hususun yerine getirilmesi konusunda özel kanun olarak doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketler için emredici bir hüküm öngörmüş olmasını anlamak oldukça güçtür. Bu hükmün, doğal gaz piyasasında kurulan limited şirketlere uygulanıp, uygulanmadığı bilinmemekle birlikte, uygulanmış olması, yani limited şirket paylarının nama yazılı olarak düzenlenmiş olması halinde, bu hususun tescili sırasında sicil müdürü tarafından gerçekleştirilecek incelemede ortaya çıkacağı ve eTTK'ya açıkça aykırı olan bu uygulamanın tescilinin, sicil müdürü tarafından reddedileceği kuşkusuzdur.

Elektrik piyasası mevzuatının, eTTK'nın uygulandığı dönemde, limited şirketlerin nama yazılı pay çıkarmasını yasaklayan hükmünü dikkate alıp, yalnızca anonim şirketlerin paylarının nama yazılı olmasını öngörmüşken, doğal gaz piyasası mevzuatının, eTTK'nın sermaye şirketleri için getirmiş olduğu sistemle açıkça

çelişecek şekilde limited şirket paylarının nama yazılı olarak çıkarılması gerektiğine yönelik bir düzenleme öngörmesinin bir hatadan mı kaynaklandığı, bilinçli bir tercih mi olduğu hususu açıklanamamıştır.

Doğal gaz mevzuatı, limited şirketlerin paylarının nama yazılı olmasına ilişkin, kendi içerisinde de çelişkili düzenlemeler içermektedir. DPK m.4/3 hükmü, limited şirketlerin paylarının da nama yazılı olması gerektiğini belirtirken, Kanuna dayanarak çıkarılan DPLY ekinde bulunan *Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler* belgesinde, anonim şirketlerin ana sözleşmelerinin asgari olarak aşağıdaki şartları içerecek şekilde düzenleneceği, bu kapsamda, şirket hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması gerektiği öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, DPLY, üst norm olan DPK'nın açık bir şekilde, limited şirketlerin paylarının da nama yazılı olması gerektiği hükmüne aynen yer verirken, Yönetmelik eki olan Ek-4'te yalnızca anonim şirketlerin ana sözleşmelerinin şirketlerin paylarının da nama yazılı olması gerektiği hükmüne yer vermesi gerektiği öngörülmüş, limited şirketler için ayrıca böyle bir ek öngörülmemiştir. Ancak Ek-4'ün içeriğinde, anonim şirket dışındaki diğer ticaret şirketlerinin ana sözleşmelerinin, paylarının nama yazılı olmasına ilişkin olan (b) bendi hükümlerinin hariç olmak üzere öngörülen diğer tüm şartları içermesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yani limited şirketin şirket sözleşmelerine paylarının nama yazılı olması gerektiğine ilişkin hüküm konulması zorunlu olmayacaktır. Ancak böyle bir düzenleme, hem üst norm niteliğindeki DPK, hem DPLY hükümlerinde açıkça öngörülen bir zorunluluğun varlığını etkilemeyecektir. Her ne kadar, belirtilen durum, doğal gaz piyasası mevzuatı içinde çelişki oluştursa da, zorunluluğun limited şirketler açısından uygulanmamasına ilişkin sonucun TTK ile uyumlu olduğu da bir gerçektir. Bu noktada, gerek elektrik, gerekse doğal gaz piyasasına ilişkin mevzuatın, ilgili piyasanın sahip olduğu özellikten kaynaklanmadıkça, hem kendi içinde hem de TTK ile tutarlı bir şekilde düzenlenmesi ve uygulanması gerektiği kuşkusuzdur.

Doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek limited şirketlerin paylarının da nama yazılı olması öngörüldüğünden, limited şirketler açısından, payların nama yazılı olup olamayacağı TTK açısından değerlendirilmelidir. TTK'nın m. 593/2 hükmü, limited şirketlerin esas sermaye pay senetlerinin ispat senedi olarak

düzenlenebilmesinin yanı sıra nama yazılı olarak da düzenlenebileceğini kabul etmiştir. Her ne kadar hükümde *düzenlenir* ifadesi kullanılmış ve bu ifade emredici hükümü çağrıştırıyor olsa da, maddenin lafzından ve Gerekçedeki ifadelerden açıkça anlaşılacağı üzere, limited şirketlerde nama yazılı pay senedi²⁰⁵ çıkarılması isteğe bağlıdır²⁰⁶. Bu nedenle, anonim şirketin pay senedi çıkarmasına ilişkin hükümlere atıf yapılmamıştır. Maddenin Gerekçesinde, limited şirketlerde çıkarılacak nama yazılı pay senedinin işleviyle ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır: “*Tasarı bir yenilik getirmekte, esas sermaye payının ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine olanak tanımaktadır. Esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılması, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamaz; Tasarının 595 ve devamı maddelerindeki hükümleri gene geçerli olmakta devam eder ve uygulanır; kanunî bağlam varlığını aynen sürdürür. Bu olanak, limited şirket esas sermaye payını ne anonim şirket payına dönüştürür ne de yaklaştırır. Sadece ispatı ve gereğinde (limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde) payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabilir. İkinci fıkra uyarınca nama yazılı senede yazılması zorunlu olan hususlar bu senedin şirket sözleşmesine bağlılığını açıkça göstermektedir. İsviçre Tasarısından alınan söz konusu hüküm, hakim İsviçre öğretisinin görüşünü yansıtmakta ve pay defterinin, ortakla ilgili kısmının ortağın elindeki senede yansıtılmasını sağlamaktadır. Ayrıca nama yazılı senet basit kıymetli evrak kaydını içerdiği için, ortaklığının bu senetle ileri sürülmesini ortaktan istemek hakkını şirkete vermektedir.*” Açıklamalardan hareketle, limited şirkette düzenlenen nama yazılı pay senetlerine, Gerekçede belirtilen hususlar haricinde, bir anlam veya fonksiyon yüklemenin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir²⁰⁷.

TTK, ticaret şirketlerini, pay senetlerinin, hamiline veya nama yazılı olması noktasında karar verme konusunda serbest bırakmışken, elektrik ve doğal gaz mevzuatının, elektrik ve doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin paylarının nama yazılı olması gerektiğine ve bu hususun esas sözleşmeye hüküm

²⁰⁵ Limited şirketlerde nama yazılı pay senedinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşegül Huysal, “Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetlerinin Hukuki Niteliği”, MÜHF - HAD, Cilt:22, Sayı:1, (2016), s317-346.

²⁰⁶ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.702.

²⁰⁷ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.702; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.416.

olarak konulması gerektiğine yönelik emredici hüküm öngörmesinin amacının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Enerji mevzuatının, enerji şirketlerinin kuruluşuna, sermaye yapısına, yönetim yapısına, pay sahipliği yapısına yönelik müdahale teşkil eden düzenlemeler öngördüğü bilinmektedir. Kanun koyucu, enerji mevzuatı vasıtasıyla müdahale teşkil eden her düzenlemeyi öngörürken belirli bir amaçla hareket etmektedir. Örneğin enerji şirketlerinin, kişilerin ön planda olduğu şahıs şirketleri olarak kurulmasını değil, sermayenin ön planda olduğu sermaye şirketi olan anonim veya limited şirket olarak kurulmasını öngörmüştür. Yani, enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin, kişilere bağlı olmayan, sermayesi güçlü anonim veya limited şirket olması hedeflenmiştir. Şirket türünün belirlenmesi gibi, enerji şirketinin pay sahiplerinin de belirli vasıflara sahip olması veya olmaması gibi birtakım şartlar da öngörülmektedir. Örneğin EPK m. 5/8 hükmünde lisansı iptal edilen tüzel kişi, bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dâhil, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamaz, lisans başvurusunda bulunamaz, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamaz, yönetim kurullarında görev alamaz gibi hükümler pay sahiplerinin kişisel vasıflarına yöneliktir. Enerji mevzuatı tarafından öngörülen bu hükümlere uyulup uyulmadığı, EPDK vasıtasıyla ön lisans veya lisans başvuruları sırasında kontrol edilmektedir. Bu kapsamda, önlisans veya lisans başvuruları sırasında, şirketin o an itibariyle pay sahiplerinin tespit edilebilir olması gerekmektedir. Şirketin pay sahipliği yapısı da, anonim şirketlerde pay defterinin incelenmesi, limited şirketlerde ticaret sicilinin incelenmesiyle anlaşılacaktır. Pay defterinin yalnız başına incelenmesi, şirketin pay sahipliği yapısının tespit edilmesi için yeterli olmayacaktır. Zira, anonim şirketlerde pay devri TTK m.489 hükmü ve TTK m. 490 hükmü karşısında herhangi bir izne tabi değildir. Hamiline yazılı pay senetlerde, senetlerin zilyetliğinin geçirilmesi, nama yazılı pay senetlerinde, senetlerin cirosu ve zilyetliğin geçirilmesi ile pay devirleri gerçekleştirilmektedir. O nedenle, şirketin gerçek pay sahipliği yapısının tespiti için payların nama yazılı olması ve pay defteri ile birlikte incelenmesi ile ancak anlaşılacaktır. Diğer yandan, nama yazılı pay senetlerinin üzerine, pay senetlerinin sahiplerinin adı ve soyadı veya ticaret unvanı, yerleşim yeri ile birlikte

pay senedi bedelinin ödenmiş olan miktarı da yazılması gerekli hususlardandır. Payların nama yazılı olması ile hangi pay sahibinin ne kadar sermaye taahhüt ettiği ve ödediği hususları da öğrenilebilecektir. Piyasa faaliyeti gösterecek şirketlerin göstereceği piyasa faaliyetine göre taahhüt etmesi gereken sermaye miktarı ile hangi pay sahibinin ne miktarda sermaye ödediğine ilişkin bilgiler edinilebilecektir. Bu açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere, enerji şirketlerinin paylarının nama yazılı olması zorunluluğunun öngörülmesi bilinçli bir tercih olup, yukarıda belirtilen hususlara hizmet etmektedir.

EPK ve EPLY’de, üretim lisansına sahip özel sektör şirketleri ile kamu şirketleri arasında uygulanacak hükümler açısından ayırım yapıldığı görülmektedir. Şöyle ki; EPLY m. 12/10 hükmünde, ön lisans alma bedelinin EPDK’ya yatırıldığına dair belgenin ibrazına ilişkin beşinci fıkrasının (c) bendi dışındaki diğer hükümleri ile beşinci fıkranın (b) bendi çerçevesinde yapılacak olan asgari sermaye hesabına ilişkin dokuzuncu fıkrası hükümlerinin kamu tüzel kişilerine uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu hükümler, özel sektörde kurulan enerji şirketlerine uygulanacak iken, özel hukuk tüzel kişisi olarak TTK’ya tabi olarak kurulan ve faaliyet gösteren kamu şirketi olan EÜAŞ’a uygulanmayacaktır. Devletin, serbestleşmeye yönelik adımlar atarken, elektrik piyasasına yönelik olarak belirlediği kuralları, bir yandan piyasa oyuncusu niteliğinde kurmuş olduğu TTK’ya tabi kamu şirketleri lehine istisnalar koymak suretiyle devre dışı bıraktığı, diğer yandan özel sektör şirketlerine ise katı bir şekilde uyguladığı görülmektedir. Bu durum, çifte standart niteliğinde bir uygulama niteliğinde olup, Devletin, hem oyuncu, hem kuralları belirleyen ve uygulayan, hem de hakemlik görevi konumuna sahip olduğu enerji sektörünün, yapısal olarak sorunlu bir görünüme sahip olmasına neden olmaktadır.

Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün TTK açısından durumu bu bölümde *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında, ayrıca pay sahipliğine yönelik bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle Tezimizin dördüncü bölümünü teşkil eden *Enerji Şirketlerinde Paylara, Pay Sahipliği Yapısına Ve Pay Devrine Yönelik Regülasyon Müdahalelerinin Değerlendirilmesi* başlığı altında, değerlendirilecektir.

2.4.3. Önlisans Süresi Boyunca Şirketin Ortaklık Yapısında Değişiklik Yapılamayacağına İlişkin Lisans Yönetmeliğinde Bulunan Hükme Esas Sözleşmede Yer Verilmesi

EPLY m. 12/5-ç hükmünde, önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin bu hükme, esas sözleşmede yer verilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür.

TTK, anonim veya limited şirketler için payların devrini veya ortaklık yapısında değişiklik yapılmasını genel olarak sınırlandıran hükümler içermemektedir. Kanunda ve esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ilke olarak, şirketlerde pay sahipleri, istedikleri aşamada, paylarını devredebilmekte, şirketlerin ortaklık yapıları değiştirilebilmektedir. Özetle, şirketteki pay sahipleri, payları üzerinde, Kanunda ve esas sözleşmede sınırlandırıcı bir hüküm olmadığı müddetçe istedikleri gibi tasarruf edebilmektedirler. Ancak EPLY'nin yukarıda belirtilen hükmü, esas sözleşmeye, pay sahiplerinin iradesine ve menfaatine aykırı olarak, şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin tasarruf yetkisini sınırlandırıcı hükme verilmesini, enerji şirketindeki pay sahipleri açısından zorunlu kılmaktadır.

Kanun koyucunun, bu tarz bir hükümlerle, neyi amaçladığı hususu irdelendiğinde, ön lisansın, yalnızca elektrik üretim faaliyeti gerçekleştirmek isteyen şirketlere yönelik olduğu, diğer faaliyetlere ise doğrudan lisans verildiği görülmektedir. Ön lisans, elektrik üretim tesisi kurmak isteyen şirketlere, yatırım süresi boyunca verilen bir belge olup, yatırım süresinde bitirilemediği veya bu sürede yapılması gereken iş ve işlemler tamamlanamadığı takdirde, şartları mevcutsa yatırımın tamamlanması için süre uzatımı verilmekte, şartları mevcut değilse sona erdirilmektedir. Ön lisans alınan süreçte, yani yatırım sürecinde, şirketteki pay sahipleri, ortaklık yapısının değişmesine yönelik bir girişimde bulunamayacaktır. Böylece, bu hükmün, ön lisans sahibi şirketin, elektrik üretimine yönelik yatırımı bir an önce tamamlamaya odaklanmasına hizmet ettiği, söylenebilirse de, bu tespit tartışmaya açıktır. Şirketteki payların devredilmesi ve böylece, şirketin ortaklık yapısının değişmesinin, doğrudan, ilgili enerji yatırımının tamamlanmasına hizmet edeceğini iddia etmek güçtür. Enerji yatırımının tamamlanabilmesi, şirketin finansal yapısıyla ve yatırım maliyetine ilişkin finans teminiyle doğrudan ilgilidir. Esas

sözleşmeye ortaklık yapısının değiştirilemeyeceğine ilişkin eklenen madde doğrultusunda, şirketin ortaklık yapısının değişmediği enerji şirketlerinde de, yatırımın tamamlanamaması, finans temin edilememesi gibi durumların yaşanma ihtimali sürekli olarak varlığını sürdürecektir. Diğer yandan, önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamaması, önlisansın verildiği şirketin paylarının devri suretiyle, önlisansın, onu edinen şirketle birlikte devredilmesinin engellenmesine, böylece, önlisansın ticaretinin yapılmasının önlenmesine hizmet edeceği söylenebilecektir. Bu nedenle, önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamamasının esas sözleşmeye eklenmesi zorunluluğunun gerekçesi, önlisans ticaretini engellemektir.

Son olarak ön lisans sahibi enerji şirketi, ön lisansı edinmekle birlikte, lisans almaya yönelik birçok yükümlülüğü yerine getirmiş olacağından, yatırımı tamamlamasıyla birlikte, lisans alma sürecini kendisi açısından kısaltmış olacaktır.

Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün TTK açısından durumu bu bölümde *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında, ayrıca pay sahipliğine yönelik bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle Tezimizin dördüncü bölümünü teşkil eden *Enerji Şirketlerinde Paylara, Pay Sahipliği Yapısına Ve Pay Devrine Yönelik Regülasyon Müdahalelerinin Değerlendirilmesi* başlığı altında, değerlendirilecektir.

2.4.4. Önlisans Başvurularında Şirketin Esas Sermayesinin Kurum Tarafından Belirtilen Toplam Yatırım Tutarının % 5 ine Artırılması Ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Değişikliği Yapılması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi

EPLY m. 12/5-b hükmünde, ön lisans başvurularında şirket asgari sermayesinin, üretim tesisi için Kurum tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde beşine, nükleer enerjiye veya yerli kömüre dayalı üretim tesisi kurulması için yapılan ön lisans başvuruları açısından yüzde birine artırıldığına ilişkin şirket esas sözleşmesinin sunulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Bu hükümle de, elektrik üretim faaliyeti gerçekleştirmek isteyen şirketlerin güçlü bir sermaye yapısına sahip olması amaçlanmıştır. Ön lisans alınan süreçte, yani yatırım sürecinde, yatırıma ilişkin olarak sermaye temininde güçlük çekilmemesi için, Kanun koyucu, en baştan, şirketteki pay sahiplerinin finansal ve sermaye temini noktasındaki güçlerini görmek istemiş ve böylece, ön lisans sahibi şirketin, elektrik üretimine yönelik yatırımını tamamlanmasını ve üretime geçmesini teminat altına alınmak istenmiştir. Esas sözleşmeye konulacak söz konusu hüküm doğrultusunda, elektrik üretimi şirketinin başlangıç için belirlenen oranda sermayeyi temin etmesi, sonrasında finans temininde sıkıntı yaşamayacağı ve yatırımı tamamlayamayacağını garanti etmemektedir. Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün yatırımın tamamlanmasına yönelik amaca dolaylı olarak hizmet ediyor olsa da, diğer yönüyle, maddede belirtilen oranda sermaye temin edemeyen ancak yine de finansal yapısı yeterince güçlü olup, elektrik üretimi piyasasında faaliyet göstermek isteyen diğer şirketler için bir engel teşkil ettiği de yadsınamaz bir gerçektir.

Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün TTK açısından durumu bu bölümde *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında, ayrıca sermayeye yönelik bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle Tezimizde üçüncü bölümünü teşkil eden *Enerji Şirketlerinde Sermaye Yapısına Yönelik Regülasyon Müdahalelerinin Değerlendirilmesi* başlığı altında, değerlendirilecektir.

2.4.5. Önlisans Başvurularında Şirket Sermaye Miktarının Azaltılmasına Yönelik Esas Sözleşme Değişikliklerinde Kurumun Onayının Alınacağına İlişkin Hükme Yer Verilmesi

EPLY m. 12/5-ç hükmünde ön lisans başvurularında, başvuru sahibi şirketin esas sözleşmesinde, şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının alınacağına ilişkin hükme yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Aynı şekilde, EPLY m. 20/6-e hükmünde, üretim şirketinin, şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının

alınacağına ilişkin hükmünü içeren şirket esas sözleşmesini başvuru dilekçesi ekinde EPDK'ya sunması gerektiği düzenlenmiştir.

Sermaye azaltımı, TTK m.473, m.474 ve m. 475 hükümlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, anonim şirketin sermayesi, sermayenin bir kısmını pay sahiplerine iade etmek ve şirket zararını kapatmak amacıyla, düzenlemelerde belirtilen usul izlenerek azaltılabilmektedir. Elektrik üretimi konusunda faaliyet göstermek için ön lisans başvurusunda bulunan şirketin, doğrudan sermaye azaltımı kararı alması kısıtlanmıştır. EPLY m. 12/5-ç-2 hükmüne göre, başvuran şirket, sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının alınacağına ilişkin hükmü esas sözleşmesine koymalıdır. Bu durumda, şirketin yetkili organı genel kurul tarafından sermayenin azaltılması kararı alınması yeterli olmayıp, esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hüküm kapsamında, EPDK'nın onayı için başvurulmalıdır. EPDK, şirket tarafından alınan sermaye azaltım kararına uygunluk onayı verip vermeyeceği hususunda geniş bir takdir hakkına sahiptir. Çünkü, düzenlemede, uygunluk onayının hangi durumda verilip, hangi durumda verilmeyeceğine ilişkin hiçbir ölçüden bahsedilmemektedir. EPDK'nın uygunluk onayı vermesi halinde, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili ile birlikte, hüküm doğrultusunda alınan sermaye azaltım kararı uygulanabilecektir. EPDK'nın uygunluk onayı vermemesi halinde ise, alınan sermaye azaltım kararına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin geçerlilik kazanabilmesi, değişikliğin Ticaret Siciline tescil başvurusunun kabul edilmesiyle mümkündür. Tescil başvurusu ise, sicil müdürü tarafından TTK m.32 ve TSY m.34 hükmü gereği, düzenlemede belirtilen hususlar ile tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı hususları açısından incelenecek eksikliklerin veya belgelerin tamamlanması için otuz günden fazla olmamak üzere uygun bir süre verilecektir. Verilen süre, müdürlük tarafından, işlemin mahiyetine göre aynı süre ile en çok iki defa uzatılabilir. Verilen veya ihtiyaca göre uzatılan süre içinde durum Kanuna ve/veya Yönetmeliğe uygun bir hale getirilmemiş veya belgeler tamamlanmamış olduğu takdirde tescil isteği reddedilecektir.

Yönetmelikte, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tesciline ilişkin TSY'de özel bir hüküm daha öngörülmemiştir. TSY m. 79/a hükmü doğrultusunda, anonim şirketlerde değişikliğin tesciline ilişkin başvurusu sırasında sicil müdürü, şirket sözleşmesi değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı ile maddede belirtilen diğer belgelerin varolup olmadığını inceleyecektir. TSY m.96 hükmünde, limited şirketler için, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili başvurusuna yönelik özel bir hüküm getirilmiş olup, TSYm.79 hükmünden özellikle bir noktada farklılık göstermektedir. TSY m.96 hükmünde, limited şirketler için, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili başvurusu sırasında sicil müdürü, şirket sözleşmesi değişikliği için Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı aranmamaktadır. Ancak gerek TSY m.34, gerekse, TSY 79/a kapsamında tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olmasına yönelik hükümdeki incelemenin, TTK m. 333 hükmü kapsamında, TB tarafından yayınlanan Tebliğde belirtilen faaliyetlerden birini gösterecek olan ve kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği kanunen TB'nın iznine tabi olan anonim şirketler için getirildiği kanaatindeyim. Zira TTK m.333 hükmü kapsamında kuruluşu veya esas sözleşme değişikliği izni, yalnızca anonim şirketler için getirilmiş olup, limited şirketlerle ilgili böyle bir izin sistemi kurulmamıştır. Bu nedendir ki, TSY m.96 hükmünde, limited şirketler için, şirket sözleşmesi değişikliği için Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili başvurusunda bu izin veya uygun görüş yazısı aranmamıştır.

Enerji şirketleri ile ilgili olarak sicil müdürü tarafından yapılacak inceleme kapsamında, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliği için EPDK onayı, TSY m. 34 ve m.79/a hükmüne göre değil, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliği için, EPLY m. 12/5-ç hükmü doğrultusunda, sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK'nın onayının alınacağına ilişkin esas sözleşmesine konulan hüküm gereği aranacaktır. Hemen belirtelim ki, TTK m.340 kapsamında diğer kanunlar tarafından esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümler emredici hüküm olarak görüldüğü takdirde, EPDK onayının varlığı

aranacak, bu durumun esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülebilecek, bu hallerde, esas sözleşme değişikliğinin tescilinin reddedilme ihtimali sözkonusu olabilecektir. Diğer yandan, TTK m.340 kapsamında diğer kanunlar tarafından esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümler emredici değil tamamlayıcı hüküm olarak görüldüğü takdirde ise, bu hükümler, öngörüldüğü özel kanuna özgü olarak hüküm doğuracağından, EPDK onayının varlığı esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmeyecek, esas sözleşme değişikliğinin tescilinin reddedilmeme ihtimali sözkonusu olabilecektir. Reddedildiği takdirde ise, TTK m.455 hükmü gereği kurucu nitelikte olan esas sözleşme değişikliğinin tescilin yapılmaması, esas sözleşme değişikliğinin geçerli hale gelmesine engel olacaktır.

Ön lisans sürecine yönelik esas sözleşmeye konulması zorunluluğu öngörülen diğer tüm hükümlerde olduğu gibi, bu hükmün zorunlu kılınması, ön lisans, yani yatırım sürecinde, şirketin, yatırıma ilişkin olarak sermaye temininde güçlük çekilmesine yol açacak kararlar almasını engellemektir. Zira, sermaye azaltımı yapacak şirketin, devam eden yatırımlarının, bu karar nedeniyle olumsuz etkilenme ihtimali yüksektir. Kanun koyucu, sermayesini yatırım miktarına göre artıracığına yönelik esas sözleşmeye konulmasını istediği hüküm karşısında, bunun tam zıddı olan sermaye azaltımı ile şirketin sermayesinin azaltılmasını önlemek ve böylece, ön lisans sahibi şirketin, elektrik üretimine yönelik yatırımını tamamlanmasını ve üretime geçmesini teminat altına alınmak istenmiştir.

Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün TTK açısından durumu bu bölümde *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında, ayrıca sermayeye yönelik bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle Tezimizin üçüncü bölümünü teşkil eden *Enerji Şirketlerinde Sermaye Yapısına Yönelik Regülasyon Müdahalelerinin Değerlendirilmesi* başlığı altında, değerlendirilecektir.

2.4.6. Pay Devirleri İle Şirket Birleşmeleri Açısından Lisans Yönetmeliğinde Öngörülen Hükümlere Şirket Esas Sözleşmesinde Yer Verilmesi Ve Bu Esas Sözleşmenin Sunulması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi

TTK açısından, anonim şirketlerde payların devrinde genel kural, payların serbestçe devredilebilmesidir. Bu durum, TTK m. 489, m.490 hükümlerinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Payların devrine ilişkin bu serbestlik, TTK m. 492 hükmünde yeralan düzenleme doğrultusunda esas sözleşmeye konulacak hükümlerle sınırlandırılabilir. Bunun dışında, TTK’da payların devrini sınırlayan kanuni sınırlamaları içeren birtakım düzenlemeler de bulunmaktadır. TTK m. 491 hükmündeki bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların ancak şirketin onayı ile devrolunabileceğine ilişkin düzenleme, TTK m.352 deki pay taahhüdünün şirketin tescilinden önce devrinin şirkete karşı hükümsüz olduğuna ilişkin düzenleme, TTK m.486 daki şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan payların geçersiz olduğuna ilişkin düzenleme, tescilden önce bu payların devrine izin verilmesine ilişkin düzenleme, TTK m.493 ve m.494 hükümlerindeki, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin, hüküm kapsamında esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek reddedilebileceğine ilişkin düzenleme, TTK m.495-498 maddeleri arasında ise, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrine yönelik düzenleme kapsamında, öngörülen iktisap üst sınırı aşılmışsa reddedilebileceğine ilişkin düzenlemeler ile TTK m.379 daki bir şirketin, kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemeyeceğine ilişkin düzenlemeler, pay devrini kısıtlayan düzenlemelerdir.

Enerji piyasasında ise elektrik piyasası açısından, pay devrini kısıtlayan hükmün EPK m.5/3 hükmünde, yani kanun düzeyinde düzenlendiği görülmektedir. Hükümde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişikliklerinin, kontrol değişikliği sonucunu doğuracak her türlü işlemin ve tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğuran iş ve işlemlerin Kurulun iznine tabi olduğu belirtilmektedir. Söz konusu düzenleme, şirket esas sözleşmesine pay devri ve birleşme işlemleri açısından kısıtlayıcı hüküm konulmasına ilişkin doğrudan bir husus içermemektedir. Şirketlerin esas sözleşmelerine ilişkin olarak EPK m. 4/3 hükmünde,

piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda çıkarılan EPLY’de, şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara ilişkin kısıtlayıcı hükümler getirilmiştir. EPLY m. 20/5-e hükmünde, üretim lisansı başvurusunda, başvuru dilekçesi ekinde, pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlerin yer verildiği şirket esas sözleşmesinin sunulacağı düzenlemesi yer almaktadır. Yönetmeliğin m. 20/4-a,2 hükmünde de, üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde aşağıdaki hususlarla birlikte pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından Yönetmelikte öngörülen hükümlere, yer verilmesinin zorunlu olduğu düzenlemesi yer almaktadır. EPK’da pay devri gibi birleşmeye yönelik genel kısıtlayıcı bir hüküm bulunmayıp, buna ilişkin hükümlerin esas sözleşmeye eklenmesi EPLY ile öngörülmüştür. Payların devri, Yönetmelik kapsamında m.57 hükmünde düzenlenmişken, birleşme ve bölünme m. 59 hükmünde düzenlenmiştir.

Doğal gaz piyasası açısından ise şöyle bir farklılık söz konusudur. Doğal gaz piyasasında, hem şirketlerin paylarının devri hem de birleşmeye yönelik esas sözleşmeye hüküm konulmasına ilişkin bir yasal düzenleme DPK’da bulunmamaktadır. Bu hususların esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümler ikincil düzenleme DPLY’de mevcuttur. DPLY m. 43 hükmünde, devralan tüzel kişinin ana sözleşmesinin bu Yönetmelikte öngörülen tüm şartları içermesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. DPLY m. 42 hükmünde ise lisans sahibi şirketin hisse devri düzenlenmekte olup, maddede belirtilen hisse devirlerinin Kurulun onayına tabi olduğu, hisseyi devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca Yönetmelik eki olan Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler belgesinde de, ana sözleşmeye m. 43 hükmünde tüzel kişilerin birleşmesi açısından öngörülen hükümler ile m.42 hükmünde hisse devirleri açısından öngörülen hükümlerin dercedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler, lisans sahibi şirketlerin sahip oldukları lisansın, hisse devri veya birleşme, bölünme gibi TTK’da şirketler için meşru hak olarak

öngörülen yöntemlerle, lisans alma şartlarını taşımayan şirketlerin eline geçmesini engellemektedir. Bu durumda, lisans sahibi şirketteki pay sahipleri, pay devrine, başka şirketle birleşilmesi veya şirketin bölünmesine karar verme niyetinde olsalar da, esas sözleşmeye konulacak pay devri ile birleşme ve bölünmeye ilişkin yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda her istedikleri kişiye veya kişilere pay devri gerçekleştirmeyecek, istedikleri şirketle birleşmeye karar veremeyecektir. Ancak paylar, Kurul tarafından uygun bulunacak kişilere devredilebilecek, şirket, uygun bulunacak şirketle birleşebilecek veya uygun görülecek şekilde bölünebilecektir. Kanun koyucu, bu hükümlerle, lisans sahibi şirketin, lisans alma koşullarına sürekli olarak sahip olmasını amaçlamış ve şirketin paylarının, lisans sahibi olma koşullarına sahip olmayan gerçek veya tüzel kişilerin eline geçmesini engellemek istemiştir. Pay devri, birleşme, bölünme gibi kararlar, ticari kararlar olup, şirket yönetimince verilebilecek kararlardır. Bunun engellenmesine yönelik hükümlerin esas sözleşmeye konulması konusunda yapılan bir zorunluluk, gerek pay sahiplerinin, gerekse yöneticilerin karar verme konusundaki tasarruf haklarının önemli ölçüde kısıtlanması anlamına gelecektir- ki böyle bir durum TTK'nın arzuladığı bir şey değildir.

Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün TTK açısından durumu bu bölümde *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında, ayrıca pay sahipliğine ve şirket birleşme ve bölünmelerine yönelik bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle de, Tezimizin dördüncü bölümünü teşkil eden *Enerji Şirketlerinde Paylara, Pay Sahipliği Yapısına Ve Pay Devrine Yönelik Regülasyon Müdahalelerinin Değerlendirilmesi* başlığı ile Tezimizin altıncı bölümünü teşkil eden *Enerji Şirketlerine Yönelik Diğer Regülasyon Müdahalelerinin Değerlendirilmesi* kısmında yer alan *Enerji Şirketlerinde Birleşme ve Bölünme* başlığı altında değerlendirilecektir.

2.4.7. Tarifesi Düzenlemeye Tabi Faaliyet Yürüten Tüzel Kişiler İçin, Şirket Amaç Ve Konusuna İlişkin Hükümlerin, Elektrik Piyasasına İlişkin İlgili Mevzuata Uygun Hale Getirilmesi İle Bu Hükümlere İlişkin Esas Sözleşme Değişikliklerinde Kurumun (EPDK) Uygun Görüşünün Alınmasına İlişkin Hükme Şirketlerin Esas Sözleşmesinde Yerverilmesi

EPLY m. 20/4-a hükmünde üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin, esas sözleşmesinde, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten tüzel kişiler için, şirket amaç ve konusuna ilişkin hükümlerin, elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata uygun hale getirilmesi ile bu hükümlere ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun uygun görüşünün alınmasına ilişkin hükme, yer vermesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Üretim lisansı dışında piyasa faaliyeti gerçekleştiren ve tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet gerçekleştirecek olan şirketler bu zorunluluk ile karşı karşıyadır. EPLY m.4 hükmünde tarife, elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin iletimi, dağıtım ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin hüküm ve şartları içeren düzenlemeler olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan ve EPLY'nin m. 31/2-d,m. 33/2-o,m. 34/4-a m. 34/8-ç hükümlerinden, iletim, dağıtım ve tedarik faaliyetlerinin tarife tabi olduğu, tariflerinin de düzenlemeye tabi olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

O halde, tarifeleri düzenlemeye tabi olan iletim, dağıtım ve tedarik faaliyetlerini yerine getirecek olan şirketlerin öncelikli olarak, esas sözleşmelerinde bulunan şirketin amaç ve konusuna ilişkin hükümlerini, elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata uygun hale getirmekle yükümlüdürler. Yani EPK'da ve EPLY'de her bir faaliyetin tanımları ve faaliyet çerçevesinde yapılabilecek işlemlere göre, esas sözleşmedeki amaç ve konu hükümlerinin düzenlenmesi gerekecektir. Söz konusu hükümler düzenlenirken, elbette, her bir şirketin kendi piyasa faaliyetinin amacı ve konusu dışında faaliyet göstermesi yasağı, esas sözleşmeye konulacak hükümle de pekiştirilmek istenmiştir. Esas sözleşmeye konulacak şirketin amaç ve konusuna ilişkin hükümlerin, elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata uygun hale getirilmesine ilişkin hükümle yetinilmemiş, aynı zamanda amaç ve konuya ilişkin bu hükümlerin, daha sonra, esas sözleşme değişikliği yoluyla değiştirilebileceği ihtimali de göz önüne bulundurularak, bu hükümlerin değiştirilebilmesi, EPDK'dan uygun görüş alınmasına

tabi kılınmış, bu hususa ilişkin hükme de esas sözleşmede yer verilmesi öngörülmüştür.

Doğal gaz piyasası açısından da, EPDK'nın izni olmadan lisans sahiplerinin şirket esas sözleşmesinde yer alan faaliyet konularında değişiklik yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu husus, DPLY m.31/c hükmünde ifade edilmiştir. Aynı konunun DPLY m.14/c hükmünde de geçtiği görülmektedir.

Esas sözleşmeye konulması zorunlu olan bu hükmün TTK açısından durumu bu bölümde *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altında değerlendirilecektir.

2.4.8. Doğal Gaz Piyasasında, Şirketlerin Esas Sözleşmesine Yönelik Diğer Müdahaleler

DPK m.4/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin sermayeleri ile ana sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir DPLY'de yukarıda bahsedilenler dışında, Yönetmelik ekinde Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler adlı bir belge bulunmaktadır. Ekte, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek anonim şirketlerin ana sözleşmelerinin asgari olarak aşağıda belirtilen şartları içerecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ekte, anonim şirketlerin, hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması, asgari, Ek içerisinde yer alan tabloda belirtilen tutarda asgari sermayeye sahip olması, ana sözleşmede yer alan faaliyet konularının değiştirilmesinde Kurul onayının alınması, DPLY m.42 hükmünde hisse devirleri açısından öngörülen hükümlerin derc edilmesi, DPLY m.43 hükmünde tüzel kişilerin birleşmesi açısından öngörülen hükümlerin derc edilmesi hususlarına ek olarak tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından bir dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda, lisans iptalinden önce alınacak Kurul kararıyla, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu veya tüzel kişiyi idare edenlerin; lisans sahibinin anonim şirket olmaması halinde ise

ortaklar genel kurulu ve/veya tüzel kişiliği idare edenlerin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, kurum tarafından yerlerine yeni atama yapılabileceği ile EPDK'nın, lisans sahibinin nam ve hesabına yüz yirmi gün içerisinde ilgili şebekenin satışı ve yeni lisans sahibinin belirlenmesi için ihaleye çıkabileceğinden, bu süreçte, şebekenin yeni lisans sahibine satış bedeli ve ihaleye ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından belirlenebileceğinin kabul edilmiş olmasına ilişkin hükmün esas sözleşmeye konulması zorunlu kılınmıştır.

Ekte, ayrıca, dağıtım şirketleri hariç kamu tüzel kişilerine Ek'in (b), (f), (g) ve (h) bentlerinin uygulanmayacağı vurgulanarak, kamu şirketleri için ayrıcalık tanındığı anlaşılmaktadır.

2.4.9. Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Esas sözleşmede yer alması gereken hükümlere ve esas sözleşme değişikliklerinin EPDK onayına tabi kılınması hususlarının TTK ve enerji mevzuatı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, EPK'da elektrik piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmesine konulacak hükümlere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara ilişkin kısıtlayıcı hükümler, EPK m. 4/3 hükmündeki, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin norm doğrultusunda çıkarılan EPLY'de yukarıda sözü edilen hükümlerde yer aldığı anlaşılmaktadır. Yani, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususların tamamı, EPK m.4/3 hükmünün verdiği yetki kapsamında EPLY'de düzenlenmiştir. Bir kanun hükmünde, sınırları belirli bir kural öngörülebilir ve sözkonusu kuralın nasıl uygulama alanı bulacağına belirlenebilmesi için yönetmelik çıkarılacağı ifade edilebilir. Burada böyle bir durum sözkonusu değildir. EPK m.4/3 hükmü gibi, kanun düzeyinde şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususlara ve esas sözleşme değişikliklerinin EPDK onayına tabi olacağına ilişkin hiçbir içerik, sınırlama, kısıtlama öngörmeyip, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle düzenleneceğini

öngören hüküm doğrultusunda, sadece yönetmelikle, TTK'daki genel hükümlerin uygulanmasını sınırlandıracak şekilde emredici hüküm ihdas edilemez. Bu tespitler ışığında, EPK m.4/3 hükmü kapsamında, EPLY ile piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle düzenleneceğini öngören hükümlerin, TTK m.330 kapsamına giren ve TTK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacağı öngörülen özel kanun hükümleri olarak değerlendirilemeyeceği ve enerji şirketlerine öncelikli olarak uygulanamayacağı kanaatindeyim.

Aynı gerekçeyle, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle düzenleneceğini öngören hükümler, diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenleme yapabileceğine ilişkin TTK m. 210/2 hükmüne de aykırıdır. Açıktır ki, elektrik piyasasına yönelik temel kanun olan EPK hükümleri ile TTK m.210/2 anlamında olan bir kurum olan EPDK'ya piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hükümleri belirleme yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla, EPK'ya dayanarak çıkarılan EPLY hükümleri ile de, bu belirleme yetkisi verilemeyeceğinden, EPLY'deki şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hükümler, TTK m.210/2 hükmüne de aykırıdır.

EPLY'deki piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hükümleri içeren düzenlemelerin, TTK m. 333 ile de uyumlu olduğu söylenemez. Zira, enerji sektörü, maddede belirtildiği gibi kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği Bakanlığın iznine tabi olan sektörlerden biri değildir. Bu hükme rağmen, enerji sektöründe esas sözleşmede bulunan bazı hükümlere ilişkin değişikliklerin EPDK'nın onayına tabi olacağı belirtilmiş ve EPDK tarafından yayınlanan kararlar²⁰⁸ ilan edilen *Ön Lisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesinde* esas sözleşme, EPDK'ya lisans ibraz edilecek belgeler arasında gösterilmiş ve bu kapsamda içermesi gerektiği öngörülen hükümlerin olup olmadığının inceleneceği açıkça ifade edilmiştir. TTK m.333

²⁰⁸ 7828 sayılı, 10/5/2018 tarihli Karar.

hükümünün son cümlesinde bahsedilen Tebliğde belirtilenler dışında, hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz hükmü açıktır. Aslında, EPK'nın, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hükümlere ilişkin bir hükme yer vermemesi, TTK m.333 hükmüne uygundur. Ancak buna rağmen, bu hususun yönetmelikle düzenleneceğini belirten hüküm doğrultusunda, yasal düzeyde bir çerçeve olmaksızın, EPLY hükümleri ile piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hükümler ile buna ilişkin esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılınacağına ilişkin getirilen hükümler ve esas sözleşmenin lisans başvurusunda Kuruma sunulacağına ilişkin EPDK tarafından yayınlanan karar, TTK m.333 hükmüne de aykırıdır.

Piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususlara ilişkin EPLY hükümleri, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği ve diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağına ilişkin TTK m.340 hükmüne de aykırıdır. Öncelikle, TTK m.340 hükmü, TTK'nın izin vermiş olduğu durumlarda sapabileceğine ilişkin hüküm ışığında, şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususlara ilişkin EPLY hükümleri, TTK açısından izin verilen bir sapma teşkil etmemektedir. Bu açıdan, bu hususlara ilişkin hükümler TTK m.340 hükmündeki birinci cümleyle uyumlu değildir. İkinci olarak, yukarıda da izah edildiği gibi, TTK m.340 hükmü, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinden bahsetmektedir. Oysa, enerji şirketlerinin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususlara ilişkin hükümler kanundan değil, EPLY hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, TTK m.340 hükmü açısından kanundan kaynaklanmayan bu hükümler diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı hükümler olarak da kabul görmeyecektir. Üçüncü olarak, sözkonusu hükümler yasal düzeyde düzenlenmiş olsaydı bile, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağına ilişkin ifadelerle dair daha önce yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, özellikle *o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı* ifadesinin,

özel kanunlara dayanılarak oluşturulan tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin TTK açısından bir anlamı olmayacağı, bu hükümlerin TTK açısından kabul görmeyeceği anlamına geldiği gözönüne alındığında, EPK ve EPLY'deki esas sözleşmeye ilişkin hükümlerin TTK karşısında geçerli olmayacağını da belirtmemiz gerekir.

Yukarıda bahsedilen esas sözleşmeye belirli hükümlerin konulması ile bazı esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılınması ve bu onayın alınması hususunun esas sözleşmeye hüküm olarak konulması ilgili enerji piyasasında, piyasa faaliyetini yerine getirecek şirketler için zorunlu kılınmıştır. Bu noktada kuruluş sırasında esas sözleşmeye, enerji mevzuatı tarafından öngörülen hükümlerin konulup konulmadığını tespit edebilmek için tescil sırasında yapılan inceleme farklılık arz edecektir. EPK'da ve EPLY'de düzenlenen esas sözleşmeye konulması öngörülen hükümlere rağmen, esas sözleşmeye bu hükümlerin konulmaması durumunda, bu durum EPDK tarafından lisans başvurusu sırasında tespit edilebilecek ve esas sözleşmenin içermesi gerektiği öngörülen hükümleri içermeyen süreçte şirket lisans alamayacaktır. Lisans başvurusu yapmaksızın kurulan enerji şirketinin esas sözleşmesinin EPDK tarafından incelenip incelenmeyeceği hususu ile esas sözleşmenin içermesi gerektiği öngörülen hükümleri içermeyen esas sözleşmenin tescilinin yapılıp yapılmayacağı hususlarının netleştirilmesi gerekmektedir. Esas sözleşmenin de, şirketin tescili için yapılan başvuru sırasında nasıl bir inceleme sürecinden geçeceği ve aykırılığın tespit edilmesi halinde sicil müdürlüğünün nasıl hareket edeceği de açığa kavuşturulmalıdır.

Öncelikle, tezimizin farklı yerlerinde vurguladığımız gibi, TTK m. 333 ile hükme dayanarak TB tarafından yayımlanan tebliğe göre enerji şirketlerinin kuruluşu izne tabi değildir. Bu nedenle, enerji piyasa faaliyeti gerçekleştirecek olan şirketin kuruluşu için EPDK'dan izin alınmayacak ve lisans başvurusu yapılmadığı sürece de esas sözleşme uygunluk görüşü veya onayı için EPDK'ya sunulmayacaktır. Zaten, enerji şirketlerinin kuruluşunda şirketin tescili, başvurusu halinde, değişikliklerin tescili için sicil müdürü, incelemesini esas sözleşme değişikliklerinde olduğu gibi, şirket sözleşmesi değişikliğinde Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı ile diğer belgeleri ve hususları inceleme mükellefiyeti öngören TTK m.32 hükmü

doğrultusunda çıkarılan TSY'nin²⁰⁹ esas sözleşme değişikliklerinin incelenmesine ilişkin olan m.71 hükmü doğrultusunda değil, anonim şirketlerin kuruluşunun tesciline yönelik m. 69 ve m.70 hükmüne göre gerçekleştirilecektir. Söz konusu hükümler incelendiğinde ise, sicil müdürü, Yönetmeliğin m. 69/ğ hükmü doğrultusunda, kuruluşu Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı aranacağına yönelik hüküm kapsamında hareket edeceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, sicil müdürü, enerji şirketlerinin kuruluşu izne tabi olan şirketlerden olmaması nedeniyle, kuruluş izni veya esas sözleşme için EPDK'dan uygunluk görüşü veya onay alınıp alınmadığına bakamayacaktır. Böyle bir durumda, şirketin kuruluşunda EPDK'dan uygunluk görüşü veya onay alınması gerekli olmayan esas sözleşmelerin, enerji mevzuatına uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği hususu tespit edilemeyecektir.

Ancak bu noktada, sicil müdürü, kendisini EPDK yerine koyarak, EPDK tarafından yapılmayan incelemeyi, enerji mevzuatı kapsamında esas sözleşmelerin içermeleri gereken hükmü içerip içermediğini tespit etmek amacıyla resen yapacak mıdır şeklinde bir soru da akla gelmektedir. Kanaatimce, böyle bir inceleme yapamayacaktır. Zira, Ticaret Sicil Müdürlüğü, kuruluşu veya faaliyeti izne tabi olsun veya olmasın tüm incelemelerini TTK'ya ve ona dayanarak çıkarılan TSY hükümlerine göre gerçekleştirmektedir. Müdürün inceleme yetkisinin çerçevesi Yönetmeliğin m.34 hükmünde belirtilmiştir. Bu bağlamda, sicil müdürünün inceleme yetkisi esas sözleşmenin TTK'nın emredici hükümlerine ve kanunen bulunması gereken zorunlu hususlara uygun olup olmadığı ile sınırlıdır. Bu durumda kuruluşu veya esas sözleşme değişikliği çeşitli resmi kurum veya kuruluşlarca verilecek onaya veya izne tabi şirketlerin tescilinde, sicil müdürü, şekli olarak, yalnızca tescil başvurusunda sözkonusu kurum veya kuruluş tarafından verilen izin ve onayın var olup olmadığına bakmakta, verilen izin veya onaya rağmen, esas sözleşmenin kendisi tarafından özel kanunlarda öngörülen hükümlere uygun olup olmadığını incelememektedir. Enerji şirketleri açısından da, şirketlerin kuruluşunda ve esas sözleşmede EPDK onayı veya izni aranmıyorsa, sicil müdürü resen EPDK'nın yerine geçerek, esas sözleşmenin, enerji mevzuatında öngörülen hükümleri içerip

²⁰⁹ 27/01/2013 tarihli 28541 sayılı RG.

içermediğine yönelik inceleme yapamayacaktır. Bu durumda, TTK hükümlerine uygun olarak kurulmuş bir enerji şirketi, esas sözleşmesi, enerji mevzuatında öngörülen hükümleri içermiyor olsa bile, sicil müdürü tarafından tescil edilmelidir.

Esas sözleşme değişikliklerinde ise şirket kuruluşundan daha farklı bir yaklaşım söz konusudur. Enerji mevzuatında yer alan hükümlerde belirtilen esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı olmadan bu değişiklikler şirketin yetkili organları tarafından onaylanıp tescil için ilgili ticaret sicil müdürlüğüne gönderilse bile, TTK m. 32/2 hükmü ile hükmün detaylandırıldığı TSY'nin m. 34 ve m.71 hükümleri doğrultusunda sicil müdürünün, esas sözleşme değişikliği, tescil edilecek olgunun hükümlerde belirtilen hususları ile Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu izin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı hususları açısından incelenecektir. Belirtilen hususlara aykırılık halinde, sicil müdürünün tescil talebini reddetme hak ve yetkisi bulunmaktadır. Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı gerekliliğine ilişkin hükmün yine esas sözleşme içerisine hüküm olarak mevcut olması nedeniyle, sicil müdürü tarafından esas sözleşme değişikliğine ilişkin EPDK onayı veya uygunluğunun olmadığı tespit edilen durumda, bu gerekçeyle esas sözleşme değişikliğinin tescili talebi reddedilecektir. Kurucu nitelikte olan tescilin yapılmaması, esas sözleşme değişikliğinin geçerli hale gelmesine engel olacaktır. Enerji şirketlerinin esas sözleşme değişikliklerine ilişkin süreçten de görüldüğü üzere, esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK tarafından verilmesi gereken uygunluk görüşünün ve onayının, izin mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır. Sicil müdürünün, TTK m.333 ile m.340 hükmüne rağmen, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi olmadığı tartışmasız olan enerji piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri ve sözleşmeye belirli hükümlerin konulması konusunda zorunluluk içeren enerji piyasasını düzenleyen mevzuat hükümlerini dikkate alması ve söz konusu hükümler kapsamında esas sözleşme ile ilgili olarak izin mahiyetinde olan EPDK onayını araması da TTK'nın kurmaya çalıştığı sisteme açık bir aykırılık teşkil etmektedir.

Sicil müdürünün, bir enerji şirketinin kuruluşunun tescili sırasında esas sözleşmeye yönelik olarak inceleme yükümlülüğünü ihmal etmesi ve tescil talebinin

kanuni şartları taşımaması nedeniyle reddedilmesi gerekirken kabul edilmesi halinde, TTK m. 353 hükmünde belirtilen şekilde şirketin feshi talep edilebilir mi hususunun da netleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, tescile engel olması gereken aykırılığın, TTK m. 353 hükmündeki, şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde, yönetim kurulunun, TB'nın, ilgili alacaklının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verileceğine ilişkin düzenleme doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir. Aykırılık, belirtilen sonuçlardan birine yol açıyorsa, şirketin feshi, hükümde belirtilen kişiler tarafından, belirtilen süre içerisinde mahkemeden talep edilebilecektir.

Enerji şirketlerinde, esas sözleşme değişikliğinin tescili sırasında, sicil müdürünün esas sözleşmeye yönelik olarak inceleme yükümlülüğünü ihmal etmesi ve esas sözleşme değişikliğinin tescil talebinin kanuna aykırı olması nedeniyle reddedilmesi gerekirken kabul edilmesi halinde yapılan tescilin geçerliliğinin de tartışılması önemlidir. Esas sözleşme değişikliğine ister EPDK tarafından onay verilmiş olsun, isterse EPDK onayı aranmasına rağmen, onay olmaksızın tescile karar verilmiş olsun, her iki durumda da enerji mevzuatında öngörülen hükümleri içermeyen veya söz konusu hükümlere aykırı bir husus içeren esas sözleşmenin, herhangi bir şekilde sicil müdürünün incelemesinden geçerek tescil ve ilân edilmiş olması, ve bu durumun, EPDK tarafından farkedilmesi halinde, şayet, şirket lisans sahibiye veya lisans başvurusunda bulunmuşsa EPDK tarafından tescil edilen işlemin geçersizliğine yönelik bir adım atılmayacak, ihlalin ağırlığına göre, ihlalin giderilmesi için süre verilmesi öngörülmüyorsa, şirkete süre verilerek ihlalin giderilmesi talep edilecek, böyle bir usul öngörülmüyorsa, doğrudan EPK m.16 hükmünde belirtilen para cezası veya lisans iptali yaptırımları uygulanacaktır. Diğer yandan, TTK m. 446 hükmünde belirtilen kişiler tarafından TTK m. 445 hükmünde belirtildiği gibi kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabileceğine yönelik hüküm kapsamında iptal davası açılabilecektir. Böyle bir aykırılık, esas sözleşmede EPDK'nın uygunluk onayının aranmasına ilişkin hüküm bulunması halinde, bu hükme aykırı olduğundan

esas sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilecektir. Esas sözleşmede EPDK'nın uygunluk onayının aranmasına ilişkin hüküm bulunmaması halinde ise, esas sözleşmede bulunması gereken hükümlerin her ne kadar doğrudan EPK ve DPK'da değil de, EPLY ve DPLY'de düzenlenmiş olsa ve değişik yerlerde ifade ettiğimiz gibi bu durum, yasal dayanak noktasında sorun oluştursa da, aykırılığın, TTK m.445 kapsamında belirtilen kanuna (EPK ve DPK) aykırılık olarak değerlendirilebileceğinden, iptal edilebilirlik yoluna gidilmesi hukuken daha mümkün gözükmektedir. Diğer yandan esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının, TTK m. 447 kapsamında belirtilen aykırılıklar kapsamına girmediği kanaatinde olmakla birlikte, kapsama girdiğinin ileri sürülmesi ve bunun gerekçelendirilmesi halinde, kararın butlan ile malul olduğu da ileri sürülebilecek, zorunlu olmamakla birlikte bu durum, mahkeme kararıyla da tespit edilebilecektir.

EPK ve EPLY'de piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara ilişkin EPLY hükümlerine rağmen, esas sözleşmede bu hükümlerin hiç olmaması halinde, durumun ne olacağının da tartışılması gerekmektedir. Kanaatimce, böyle bir durumda, sicil müdürünün, enerji şirketlerinin, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliğinin izne tabi olmaması nedeniyle, TSY m.34 kapsamında incelemesini, tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı hususları açısından EPDK'nın uygunluk onayı olup olmadığı kapsamında yapamayacak, incelemesini hükümde belirtilen diğer hususlar açısından yapacaktır. Bu kapsamda, esas sözleşme hükümlerinin, öncelikle TTK m.339 hükmündeki zorunlu hususları içerip içermediğine, sonrasında esas sözleşme hükümlerine yönelik olarak katı bir çerçeveye çizen TTK m.340 hükümlerine uygun olup olmadığına bakılacaktır. Yani, hükümlerin, TTK m.340 hükmündeki, esas sözleşmenin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği hükümler niteliğinde olup olmadığı incelenecektir. Daha önce, TTK m. 340 hükmünde kullanılan açıkça ve sapma ibarelerine ilişkin katıldığımız ifade ettiğimiz, kanunda hüküm varsa bundan sapmanın mümkün olabilmesi gerektiği, hüküm yoksa, hükümden sapmanın da sözkonusu olamayacağı, böylece kanunun düzenleme öngörmediği alanlarda esas sözleşmeye hüküm konulabileceği ve bu

durumun sapma teşkil etmeyeceğine dair görüş²¹⁰ doğrultusunda, esas sözleşmeye konulmak istenen hükümler münferit olarak değerlendirilecektir.

Bu bağlamda, enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine konulması gereken hükümlere bakıldığında, anonim veya limited şirket olması hususunun esas sözleşmede belirtilmesi zaten tüm şirketler için zorunlu olması nedeniyle, TTK'ya uygundur. Payların nama yazılı olması zorunluluğu ise anonim şirketlerde TTK m. 484 hükmünde pay senetlerinin, hamiline veya nama yazılı olabileceği ancak bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamayacağı, hükme aykırı olarak çıkarılanların geçersiz olacağına ilişkin hükümle uyumlu olduğu görülmektedir Buna göre, anonim şirketler açısından, pay senetlerinin nama yazılı olması zorunluluğu bulunmamakla birlikte, bunun zorunlu olacağına yönelik esas sözleşmeye hüküm konulabilecek ve bu hüküm TTK m.340 anlamında bir sapma teşkil etmeyecektir.

Esas sözleşmede önlisans süresi boyunca şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılmayacağına yönelik hükme yer verilmesi halinde ise TTK'daki pay devirlerine ilişkin hükümlere bakılması gerekmektedir. Kanunda ve esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ilke olarak, şirketlerde pay sahipleri, istedikleri aşamada, paylarını devredebilmekte, şirketlerin ortaklık yapıları değiştirilebilmektedir. Yani, anonim şirketlerde pay devrinin sınırlandırılması, pay sahipleri tarafından esas sözleşmeye hüküm konularak sınırlandırılabilir. Bu açıdan, esas sözleşmeye bu şekilde bir hüküm konması da, TTK m.340 anlamında bir sapma teşkil etmeyecektir. Ancak bu noktada, TTK'nın anonim şirketlerde pay sahipleri tarafından esas sözleşmeye hüküm konularak pay devrinin sınırlandırılması imkanının sınırsız bir şekilde öngörmediğinin vurgulanması gereklidir. TTK m.493 hükmünde belirtilen hususlardan birinin mevcut olması halinde, şirket tarafından, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrine ilişkin onay talebini reddedebileceği hususu düzenlenmiştir. TTK m. 494 hükmünde de, devir için gerekli onayın verilmediği durumda sonuçlarının ne olacağı açıkça ifade edilmiştir. Aynı doğrultuda, şirket tarafından, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrine ilişkin onay talebini reddine, bildirme yükümlülüğüne, hakların

²¹⁰Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat) 2013, a.g.e, s.158.

geçişine ilişkin hususların TTK m.495-498 hükümlerinde düzenlendiği görülmektedir. Pay devrine ilişkin sınırlamaların sınırını çizen sözkonusu hükümlerin, enerji alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuş anonim şirketleri de bağlayacağı tereddütsüzdür.

Esas sözleşmeye konulması öngörülen bir diğer hüküm olan önlisans başvurularında şirketin esas sermayesinin kurum tarafından belirtilen toplam yatırım tutarının % 5 ine artırılması ve buna ilişkin esas sözleşme değişikliği yapılması hususunun esas sözleşmede belirtilmesi şeklindedir. TTK'ya göre kurulmuş olan anonim şirketler için asgari sermaye miktarı, TTK m. 332 hükmünde belirlenmiş olup, bu miktarlar, tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye ellibin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamaz. Pay sahipleri, asgari sermaye miktarı üzerinde bir sermaye miktarı belirleme konusunda serbesttirler. Belirlenen asgari sermaye miktarına ilişkin sermaye taahhüdünün TTK. m. 344 hükmüne uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir. Esas sözleşmeye konulacak hükümle, taahhüt edilen sermayenin ne zaman ödeneceğinin şirketin genel kurulu veya yönetim kurulunun alacağı karar doğrultusunda açık bir tarihle belirlenmesi mümkündür. Bu hükümler doğrultusunda, pay sahipleri tarafından önlisans başvurularında şirketin esas sermayesinin kurum tarafından belirtilen toplam yatırım tutarının % 5 ine artırılması ve buna ilişkin esas sözleşme değişikliği yapılmasına ilişkin hususu esas sözleşmeye hüküm olarak koyabilecek olup, böyle bir hüküm TTK m.340 hükmüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bir diğer husus olarak, önlisans başvurularında şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde kurumun onayının alınacağına ilişkin hükme yer verilmesinin TTK açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Sermaye azaltımı, TTK m.473, m.474 ve m. 475 hükümlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, anonim şirketin sermayesi, sermayenin bir kısmını pay sahiplerine iade etmek ve şirket zararını kapatmak amacıyla, düzenlemelerde belirtilen usul izlenerek azaltılabilmektedir. Enerji şirketleri açısından önlisans başvurularında şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde kurumun onayının alınacağına ilişkin hüküm TTK m.333 hükmüne aykırıdır. Zira

TTK m.333, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği Bakanlık tarafından yayınlanan Tebliğle, belirtilen faaliyet alanları dışında kurulan anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde değişiklik yapılmasını herhangi bir kurumun onayına tabi kılmak istememiştir. TTK m.333 hükmüne aykırı olan bir esas sözleşme hükmü, TTK m.340 hükmü açısından da bir sapma teşkil edeceğinden, esas sözleşmede buna ilişkin bir hüküm, emredici nitelikte olan TTK m.333 hükmüne de aykırı olacaktır. Emredici hükümlere aykırı olan bir hüküm, TSY m.34 hükmü kapsamında yapılacak tescil incelemesinden geçemeyecektir²¹¹.

Enerji şirketlerinde pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından da lisans yönetmeliklerinde öngörülen hükümlere şirket esas sözleşmesinde yer verilmesi ve bu esas sözleşmenin EPDK'ya sunulmasına ilişkin hususunun esas sözleşmede belirtilmesine ilişkin hükmün de TTK açısından uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Elektrik piyasası açısından pay devrine ilişkin sınırlama esas sözleşmeye konulması gereken diğer hükümlerden farklı olarak, EPLY'de değil, yasal düzeyde EPK m.5/3 hükmünde doğrudan düzenlenmiştir. Hükme göre, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişikliklerinin, kontrol değişikliği sonucunu doğuracak her türlü işlemin ve tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğuran iş ve işlemlerin Kurulun iznine tabidir. Bu hüküm, özel kanun hükümlerinin anonim şirketlere öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin TTK m.330 gereği enerji şirketlerine öncelikli olarak uygulanacaktır. Ayrıca, EPK m.5/3 hükmü de, pay devirleri açısından, TTK dışında öngörülmüş olan bir sınırlandırma olup, TTK'dan önce uygulama alanı bulabilecektir. Bu anlamda, pay devri ve birleşmenin sınırlandırılmasına ilişkin olarak esas sözleşmeye hüküm konulabileceği gibi, hüküm konulmasa bile EPK m. 5/3 hükmü doğrultusunda getirilen kanuni sınırlandırma uygulama alanı bulabilecektir. Ancak esas sözleşmenin, şirketlerin bir nevi anayasası olması nedeniyle, kanun koyucu, pay devri ve birleşmenin sınırlandırılmasına ilişkin olarak yasal düzenlemenin yanısıra, esas sözleşmeye de hüküm konulmasını öngörmek suretiyle, sınırlandırmaya aynı zamanda

²¹¹ Bu durumda, tescil sürecine ilişkin Sicil Müdürlüğü'nün, ihtimallere göre ne şekilde değerlendirme yapacağı hususuna ilişkin detaylı açıklamalara Üçüncü Bölümde bulunan 3.2.2. *Enerji Şirketlerinde Sermaye Azaltımı için EPDK Onayı Alınması Zorunluluğu* başlığı altında yer verilmiştir. (Bkz. s.194 v.d)

esas sözleşmesel bir dayanak oluşturmuş ve böylece sınırlandırmaya aykırı olarak yapılacak pay devri veya birleşmenin gerçekleştirilmesine daha açık ve güçlü bir şekilde engel olmak istemiştir.

Esas sözleşmede, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten tüzel kişiler için, şirket amaç ve konusuna ilişkin hükümlerin, elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata uygun hale getirilmesi ile bu hükümlere ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde EPDK'nın uygun görüşünün alınmasına ilişkin hükme yer verilmesi yukarıda belirtildiği üzere, TTK m.333 hükmü, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliğini Bakanlık tarafından yayınlanan Tebliğle belirtilenlerin dışındaki anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde değişiklik yapılmasını herhangi bir kurumun onayına tabi kılmak istememiştir. TTK m.333 hükmüne aykırı olan bir esas sözleşme hükmü, TTK m.340 hükmü açısından da bir sapma teşkil edeceğinden, TTK m.333 hükmündeki emredici hükümlere de aykırı olacaktır. Emredici hükümlere aykırı olan bir hüküm, TSY m.34 hükmü kapsamında yapılacak tescil incelemesinden geçemeyecektir.

Bu açıklamalardan hareketle, TTK m. 340 ve m. 333 hükümleri ile gerekçeleri, ve TTK m. 210/2 hükmünün gerekçesini gözönüne aldığımızda, Kanun koyucu, enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine belirli hükümlerin konmasına yönelik zorunluluk içeren elektrik ve doğal gaz piyasası mevzuatı hükümlerine, TTK karşısında geçerlilik tanımak istememiştir. Bu hükümlerin enerji piyasasındaki şirketlere uygulanmasının tek dayanağı TTK m. 330 daki özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında belirtilen kısmın uygulanacağına yönelik düzenlemedir. Kanun koyucunun, TTK m. 340 ve m.333 hükümleri gibi belirli konuya ilişkin daha ayrıntılı, özel düzenlemelerle ortaya koyduğu iradesi, TTK 330 gibi varlığı herhangi bir şeye hizmet etmeyen ve daha genel mahiyette olan bir düzenleme gerekçe gösterilerek yok sayılmıştır.

2.4.10. Esas Sözleşme İle İlgili Hükümlere Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları

Yukarıda, esas sözleşmelere konulması öngörülen hükümlerin olup olmadığı, EPDK tarafından, ilgili başvuruda bulunan şirket tarafından sunulan esas sözleşme incelenmek suretiyle denetlenmekte ve elektrik piyasası açısından EPK ile EPLY'de,

doğal gaz piyasası açısından DPK ile DPLY’de yer alan hükümler kapsamında yaptırım uygulanmaktadır. Esas sözleşmenin içermesi gerektiği belirtilen hükümleri içermemesi halinde, EPLY m. 16/4-g hükmünün önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişi tarafından sunulan belgelerin mevzuatı kapsamında istenilen şartları sağlamadığı anlaşılan başvuruların reddedileceğini belirten düzenlemesi doğrultusunda, önlisans başvurusunun Kurul kararıyla reddedileceği ifade edilmiştir. Şayet önlisans elde edilmişse, EPLY m. 19/4 hükmü doğrultusunda, Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında, lisans alınıncaya kadar, veraset ve iflas nedenleri dışında, önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması durumunda veya EPDK tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, EPK’nın m. 16/1 ve 16/2 hükmü çerçevesinde, önlisans iptal edilecektir. Önlisans edinmiş elektrik üretim şirketi, esas sözleşmeye dercedilmesi zorunlu olan hükümleri dercetmez veya değiştirirse, EPLY m. 23/2-a hükmünde yer alan önlisans kapsamında öngörülen yükümlülüklerinden herhangi birinin süresi içerisinde tamamlanmadığının anlaşılması halinde, söz konusu tüzel kişinin lisans başvurusunun hükmü çerçevesinde Kurul kararı ile reddedilir düzenlemesi doğrultusunda lisans başvurusu reddedilecek ve şirket üretim faaliyeti yerine getiremeyecektir.

EPLY m. 27/1 hükmünde lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre EPK’nın m. 16 hükmünde öngörülen yaptırımlar uygulanacağı vurgulanmıştır. Bu durumda EPK m. 16 hükmünde çeşitli ihlallerden bahsederek para cezası ve lisansın iptali gibi yaptırımlardan bahsedilmektedir. Yönetmeliğin m. 16/1-b,c hükümlerine göre, lisans sahibi şirketçe EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmaması ihtar edilir ve yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettiren veya tekrar edenlere beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir. EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Lisans sahibi şirketin, esas sözleşmede bulunması gereken

hükümlere yer vermemesi veya onları onay almadan değiştirmesi durumu aynı zamanda EPK, ikincil mevzuata aykırılık teşkil edeceğinden, lisans sahibi şirkete bu yaptırımın uygulanması gündeme gelebilecektir. EPK m.16/1-ç hükmünde olduğu gibi lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün olmaması veya otuz gün içinde düzeltilmesi için yapılacak yazılı ihtarla rağmen aykırı bu durumun devam ettirilmesi halinde şirketin lisansı iptal edilir. Yine EPK m.16/1-f hükmünde lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığına veya bu şartların baştan mevcut olmadığına saptanması hâlinde de lisans iptal edilmektedir. EPK m. 16 hükmünde düzenlenen para cezalarını gerektiren fiiller için Kurul, fiilin niteliğine göre ihtar sürelerini farklı uygulayabilir. Söz konusu para cezalarının uygulanmasını takiben para cezasına konu fiilin; verilen ihtar süresi içerisinde giderilmemesi veya tekrarlanması hâllerinde para cezaları, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idari para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz. Ancak, aynı fiilin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde artırılarak uygulanacak para cezasının tutarı, cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafî gelirinin yüzde onunu aşamaz. Cezaların bu düzeye ulaşması hâlinde Kurul, lisansı iptal edebilir. Esas sözleşmede bulunması gereken hükümlerin hiç bulunmaması veya bu zorunluluğa aykırı olarak değiştirilmesi halinde, en iyi ihtimalle para cezası, en kötü ihtimalle önlisans veya lisans iptali yaptırımlarından biri ile karşılaşılacaktır.

Doğal gaz piyasası için de elektrik piyasasında olduğu gibi aykırılık durumlarında yaptırımlar öngörülmüştür. DPLY m. 41 hükmünde lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir. DPK m. 9/b hükmünde de elektrik piyasasıyla benzer olarak Kanun hükümlerine ve çıkarılan yönetmelik, talimat ve tebliğlere aykırı hareket edildiğinin saptanması halinde, üçyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verileceği ve otuz gün içinde aykırılığın giderilmesinin ihtar edileceği öngörülmektedir. DPK m. 9/c hükmünde de lisans veya sertifika genel esasları ve yükümlülüklerinden herhangi birisinin yerine getirilmediğinin saptanması halinde, üçyüzellibin Türk Lirası idarî para cezası

verileceği ve otuz gün içinde dzeltileceğinin ihtar edileceği belirtilmiştir. DPK m. 9/d hükmünde de lisans veya sertifika müracaatında ve bunların verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanılıtcı bilgi verilmesi veya lisans veya sertifikada öngörülen hususları etkileyecek şartlardaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi halinde, beşyüzbin Türk Lirası idarî para cezasının verileceği ve otuz gün içinde düzeltilmesinin ihtar edileceği ngrlmştir. DPK m. 9/g hükmünde de lisans veya sertifikanın verilmesine esas olan şartların, faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortadan kalktığının saptanması halinde lisans veya sertifikayı iptal edileceği ifade edilmektedir. Ancak, bu şartların baştan mevcut olmadığının saptanması halinde ise lisans veya sertifikanın iptali yanında ayrıca altıyzbin Türk Lirası idarî para cezası verilecektir. Maddede düzenlenen idarî para cezalarını gerektiren fiillerin ihtara rağmen düzeltilmemesi veya tekrarlanması hallerinde idarî para cezaları her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idarî para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz. Ancak, aynı fiil iki yıl içinde işlendiği takdirde, artırılarak uygulanacak idarî para cezasının tutarı cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki malî yılına ilişkin bilançosundaki safi satış hasılatının yüzde yirmisini aşamaz. Cezaların bu düzeye ulaşması halinde, Kurul lisans veya sertifikayı iptal edebilir. Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren lisans sahibi şirketlerin esas sözleşmelerinde zorunlu olarak bulunması gereken hükümlere yer vermemesi halinde burada bahsedilen yaptırımlarla karşılaşılacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN SERMAYE YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. TTK'YA GÖRE ŞİRKET-SERMAYE İLİŞKİSİ

3.1.1. Ticaret Şirketlerine Sermaye Koyma Borcu

Sermaye kavramının ortak bir tanımı olmamakla birlikte Borçlar ve Ticaret Hukuku açısından, ortaklıkların amacına ulaşmasını sağlayan değerler toplamı olarak tanımlandığı görülmektedir²¹².

Sermaye, bir şirketin meydana gelmesini sağlayan temel unsurlardan biri olduğundan, şirket ile ortakların ilişkisinin çerçevesini ve karşılıklı yükümlülüklerini belirleyen ana öğedir. TTK m. 128/1 hükmünde, ticaret şirketlerinde her ortağın, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle getirmeyi taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Diğer yandan, ticaret şirketleri içerisinde de, sermaye şirketi ve şahıs şirketi ayrımının yapılmasına yol açan önemli etkenlerden biri de sermayedir. Sermaye şirketlerinde (anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket) ortakların sorumlulukları şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlıdır. Bu tür şirketlerde, şahıs şirketlerinde olduğu gibi payların kişiye bağlı olması değil, sermayeye bağlı olması söz konusudur²¹³. Bu nedenle, sermaye şirketlerinde ortakların sahip oldukları paylar, Kanunlarda yer alan sınırlayıcı hükümler saklı kalmak üzere, esas sözleşmeye sınırlayıcı hüküm konulmadığı sürece, TTK'da belirtilen şekilde serbestçe satılabilir veya devredilebilir. Oysa, şahıs şirketlerinde

²¹²Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1996, s.7 v.d ; Levent Biçer, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2010, s.5.

²¹³ Tekinalp (Poroy /Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.760, s.546; İmregün 1989, a.g.e, s.273; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.112; Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.31.

ortakların sorumluluğu sermaye ile sınırlı olmadığından, ortakların tamamı (kollektif şirketler açısından tüm ortaklar) veya bir kısmı (adi komandit şirketler açısından komandite ortak) şirketin borçlarından dolayı üçüncü şahıslara karşı tüm mal varlıkları ile sorumludurlar. Bu fark, sermaye şirketlerinde, sermayeyi merkez unsur haline getirmiştir. Halka açık veya kapalı olsun, tüm anonim şirketler esas veya kayıtlı sermaye sistemlerinden birini tercih edebileceklerdir²¹⁴.

Sermaye şirketleri açısından sermayenin önemli olması nedeniyle, sermayede birtakım özellikler aranmaktadır. TTK m. 127 hükmünde, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek şeylerden bahsedilmektedir. Sermaye olarak konulabilecek şeylerin ortak özelliği, Türk Lirası olarak belirlenmiş ekonomik bir değere sahip olmasıdır. Maddede, nakit dışında, hak, alacak ve menkul veya gayrimenkul malların da, sermaye olarak konulabileceği belirtilse de, özellikle anonim şirketler açısından nakit dışında sermaye payı olarak konulan şeylerin değerinin belirli olması bir gerekliliktir²¹⁵.

TTK m. 332/1 hükmünde anonim şirketler için asgari sermaye zorunluluğu öngörülmüştür. Hükme göre, tamamı esas sözleşmede sermayeyi ifade eden esas sermayenin ellibin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamayacaktır. Asgari sermaye tutarını artırmaya Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu öngörülmüştür.

²¹⁴Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-03 , s.78; Kayıtlı sermaye sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar 1996, a.g.e, s.1-127; Mehmet Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Armağan Özel Sayısı, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, (İstanbul 2006), s. 53-65; Ufuk Ünlü, "Anonim Şirketlerde Sermaye Unsurunun İncelenmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:111, (Kasım, 2015) s.134-143; Mustafa Yavuz, "Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Şirketlerde Sermaye Artırım Usulü", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 99, (Kasım 2014), s.77-82; Selen Serder Yılmaz, "TTK'da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, (Haziran 2013), s.187-233; Adalet Yalçın, "Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı", Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 78, (Temmuz 2005), s.187-195; Onur Güneri, "Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 123, (Kasım 2016), s.56-64.

²¹⁵ Bahtiyar 2019, a.g.e, s.110.

TTK m. 332/1 hükmünden, anonim şirketlere yönelik olarak sermayenin tamamen taahhüt edilmiş olması gerektiği de açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Taahhüt edilmiş olma, şirket kuruluşu söz konusu ise kuruluş sırasında, sermaye artırım söz konusu ise artırım sırasında yerine getirilmiş olmalıdır. Sermayenin tamamının taahhüt edilmiş olması, tamamının taahhüt anında ödenmesini gerektirmemektedir. TTK m. 344 hükmünde, taahhüt edilen nakdi sermayenin itibari değerlerinin yüzde yirmibeşinin tescilden önce, kalanının da şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesi öngörülmüştür. TTK m. 342 hükmünde hangi şeylerin anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabileceği hususu düzenlenmiş ve hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların aynı sermaye olarak konulamayacakları belirtilmiştir. TTK m. 343 hükmünde de aynı sermaye olarak konulabilecek şeylerin değerlerinin belirlenmesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Sermayenin, asgari sınırının belirlenmesi ve tamamının taahhüt edilmiş olması, aynı zamanda onun belirli olmasını da gerektirmektedir. Gerek kuruluşta esas sermaye, gerekse de kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin TTK m. 339/2-c hükmü kapsamında, belirlenmiş şekilde esas sözleşmede yer alması bir zorunluluktur.

TTK m. 339/2-c hükmünde esas sözleşmede yer alması gereken hususlar sayılırken, şirketin sermayesi ile her payın itibari değeri ve ödenme şekli ve şartları hususu da belirtilmiştir. Hükümden, sermayenin pay sayısına bölünmek suretiyle her bir payın itibari değerinin ortaya çıkartılması ve bu itibari değerinin esas sözleşmede belirtilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır²¹⁶. Her bir payın itibari değerinin en az bir kuruş olduğu, bu değerinin bir kuruş ve katları olarak yükseltilebileceği TTK m. 476/1 hükmünde düzenlenmiştir.

Sermaye şirketlerinde, ortakların, şirketten alacaklı olan üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun sınırını belirleyen etken sermayedir. Yani, ortakların, şirketin borçlarından dolayı sorumluluğu, şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlıdır. Bu sınırlı sorumluluk, ortakların, şirkete koymayı taahhüt ettikleri

²¹⁶Bahtiyar 2019, a.g.e, s.111; Ünlü 2015, a.g.m, s.135.

sermaye miktarını getirmeleri ile sona erecektir. Ortakların bu sorumluluğu, şirketten alacaklı olan üçüncü kişilere karşı değil, şirkete karşıdır. Bu durum, TTK m. 329/2 hükmünde açıkça ifade edilmiştir²¹⁷.

Limited şirketler açısından sermaye, bazı yönlerden, anonim şirketlerle aynı görünümde iken, bazı yönlerden farklı görünüm arz etmektedir. TTK m.580 hükmü gereği, limited şirketin esas sermayesi en az on bin Türk Lirası olup bu rakam, Cumhurbaşkanı tarafından on katına kadar artırılabilir. Esas sermayenin, kuruluşta veya sonrasında sermaye azaltımı yoluyla belirlenen bu miktarın altına düşürülmesi mümkün değildir. Anonim şirketlerde olduğu gibi, TTK m.576/1-c hükmü gereği, esas sermayenin şirket sözleşmesinde gösterilmesi zorunlu olup, esas sermayenin artırılması ve azaltılması için şirket sözleşmesinin değiştirilmesi zorunludur²¹⁸. TTK m.578 ve m.581 hükümleri gereği limited şirkete, getirilebilecek sermaye nakdi veya ayni olabilecektir. TTK m.583 hükmü gereği limited şirketlerde esas sermaye paylarının itibari değerleri anonim şirketlerden farklı olarak en az yirmi beş Türk Lirası olarak belirlenecektir. Ancak maddenin gerekçesinde, anonim şirketteki itibari değer ile limited şirketteki itibari değer teorik ve dogmatik düzen yönünden farklı olduğu, anonim şirkette sermaye paylara bölündüğü, limited şirkette ise esas sermaye payının, bazı hakların belirlenebilmesi ve kullanılabilmesi amacıyla hesabi olarak bölündüğü ifade edilmiştir²¹⁹.

Sermaye şirketlerinde, sermayenin korunması amacıyla birçok hüküm öngörülmüştür. Asgari sermaye miktarının öngörülmesi(TTK m.332/1, m.580), sermayenin tamamının esas sözleşmede taahhüt edilmesi(TTK m.332/1, m.585, m.576/1-c), ayni sermaye olarak konulabilecek şeylerin belirli niteliklere haiz olması(TTK m.342/1, m.581/1), ayni sermayeye değer biçilmesi(TTK m.343, m.597), nakdi sermayeye taahhüdünün ödenmesi için süre öngörülmesi, ödeme yeri belirlenmesi, ve ispat kurallarına uyulması(TTK m.344/1, m.345/1), itibari değer altında pay çıkarılmaması(TTK m.347), kuruculara şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi bir menfaatin

²¹⁷Bahtiyar 2019, a.g.e, s.113, 114.

²¹⁸ Hakan Çebi, Limited Şirketler Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.44.

²¹⁹ Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e, s.419,420; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.702; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.18-20, s. 520.

tanınamaması(TTK m.348), kuruluştan önce pay taahhüdünün devrinin şirkete karşı geçersiz olması(TTK m.352), kurucular beyanının imzalanmasına(TTK m.352) ilişkin hükümler, şirket kuruluşunda, sermayenin korunmasına yönelik hükümlerdir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının yasaklanması(TTK m.358), sermayenin belirli oranlarda karşılıksız kalması halinde kanunda belirtilen hususların yerine getirilmesi(TTK m.376, m.633), şirket tüzel kişiliğinin kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul edememesi(TTK m.379, m.612), sermaye artırımında Kanunda öngörülen kurallara uyulması(TTK m.456 v.d, m. 590), sermaye azaltımında Kanunda öngörülen kurallara uyulması(TTK m.473-475, m.592), sermayenin geri istenememesi(TTK m.480/3, m.601), sermaye için faiz ödenememesi(TTK m.509/1, m.609), bedeli tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senedi çıkarılamaması(TTK m.484, 485/2,), kanunda öngörülen belli hallerde pay devrinin sınırlandırılabilmesi(TTK m.491), kar payının ancak net dönem karından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilmemesine(TTK m.509/2, m.608/1) ilişkin hükümler ise şirket kuruluşu sonrası için sermayenin korunmasına yönelik hükümlerdir.

3.1.2. Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler

TTK m. 127, tüm ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek değerleri düzenleyen ortak bir hükümdür. Hükümde, Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak, para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınır ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konabileceği tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiş²²⁰ ve Kanunun m.307/2, m. 342/1 ve m.581/1 hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Saklı tutulan hükümlerden m. 307/2 hükmü, komandit şirketin komanditer ortağının kişisel emeğin, ve ticari itibarını sermaye olarak getiremeyeceğini düzenlerken, m. 342/1 hükmü, anonim şirketlerde üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da

²²⁰ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.53; Ünlü 2015, a.g.m, s.135.

dâhil, malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulabileceğini, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların ise sermaye olarak konulamayacağını düzenlemektedir. Saklı tutulan m.581/1 hükmü ise limited şirketlerde, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunmayan; nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar da dâhil, malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulabileceği, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konulamayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, sermaye şirketleri olan anonim ve limited şirketlerde, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olarak konulabilecek değerler olarak kabul edilmemiştir.

TTK m.127 hükmünde şirketlere konulabilecek sermaye nakit veya ayın olmak üzere iki türdür²²¹. Nakit olarak taahhüt edilen sermaye belirli bir miktar paranın sermaye olarak konulması taahhüdüdür. Nakdi sermaye konulması taahhüdünün anonim şirketler açısından avantajı sözkonusudur. Anonim şirket nakdi sermayeyi esas sözleşmesinde belirtilen konu ve amaç çerçevesinde istediği gibi kullanabilecektir. Bu açıdan nakdi sermayenin, aynı sermayeye nisbeten anonim şirkete, özellikle faaliyetlerini göstermesinde daha fazla bir hareket serbestisi imkanı tanıdığı söylenebilecektir²²².

TTK m.344 hükmünde, nakit sermayenin nasıl ve ne zaman ödeneceği hususu düzenlenmiştir. Hükme göre, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenir. Ancak esas sözleşmeye konulacak hüküm ile tescilden önce ödenecek sermaye miktarının yüzde yirmi beşinden daha yüksek bir oranın veya sermayenin tamamının ödenmesinin öngörülmesi ile yirmi dört aydan daha kısa bir süre içerisinde

²²¹ *Pulaşlı*, TTK m. 127 hükmünde yer alan sermaye olarak konulabilecek değerleri, 1-Nakdi sermaye 2-Aynı sermaye(taşınmazlar, taşınırlar, sınai mülkiyet hakları(ihtira beratları, markalar, lisanslar, maden arama ve işletme ruhsatnameleri v.s.) fikri mülkiyet hakları, (bedeni ve fikri çalışma, ticari itibar gibi haklar) intifa hakları (taşınır ve taşınmazları kullanma ve yararlanma hakları) kapsamaktadır) 3-Şahsi emek- fikir sermayesi (hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibarı kapsamaktadır)4-Ticari işletme 5-Elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler olmak üzere özelliklerine göre beş gruba ayırmaktadır. (Pulaşlı 2013, a.ge, s.53,54,55.)

²²²Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.137; Tuğçe Fatma Elmas, “Sermaye Şirketlerinde Aynı ve Nakdi Sermayenin Getiriliş Usulü”, Konya Barosu Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, (Ocak 2017), s.18.

ödenmesinin öngörülmesinde bir engel bulunmamaktadır²²³. Payların çıkarma primlerinin tamamı ise tescilden önce ödenir. SerPK'nın pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümleri özel kanun olması hasebiyle ve maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere sermayenin maddede belirtilen şekilde kısmi olarak ödenmesi SerPK tarafından uygun görülmemesi nedeniyle saklı tutulmuştur. TTK m. 345 hükmünde, nakdi olarak taahhüt edilen sermayenin ödemelerinin, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tabi bir bankada, kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılacağı belirtilmiştir. Şirketin, 335 inci maddenin birinci fıkrasında öngörülen noter onayı veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması tarihinden itibaren, üç ay içinde tüzel kişilik kazanamaması durumunda ise, bu hususu doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, bedellerin banka tarafından sahiplerine geri verileceği düzenlenmiştir. Bazı özel kanunlarda, belirli alanda faaliyet gösterecek şirketlerin yalnızca nakdi sermaye ile kurulabileceğine ve nakdi sermaye taahhüdünde bulunulabileceğine yönelik hükümler bulunmaktadır.²²⁴ Enerji mevzuatının, enerji şirketlerine yönelik öngördüğü sermaye yükümlülüklerine ilişkin hükümler aşağıda incelenecektir.

Nakit dışındaki sermaye taahhütleri aynı sermaye olarak kabul edilmektedir. TTK m. 342/1 hükmünde, anonim şirketlerde üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulabileceği, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların ise sermaye olarak konulamayacağı düzenlenmektedir. Anonim şirkete maddede belirtilen sınırlamalarla aynı sermayenin konulabileceğinin kabul edilmesi, aynı sermayeye ilişkin özel bir prosedürün belirlenmesini de gerektirmiştir. TTK m.343 hükmünde konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere

²²³ Manavgat (Kırca/ Şehirli Çelik), 2013, a.g.e, s.346.

²²⁴ Örneğin anonim şirket olarak kurulması gereken bankaların, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7/f hükmü gereği, kurulurken asgari sermaye olarak belirlenmiş sermayenin her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olmasını şart koşturmuştur. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, m.5/e hükmü gereği kurulurken asgari sermaye olarak belirlenmiş sermayenin her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olmasını şart koşturmuştur. SerPK m.7/3 hükmü halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin eksiksiz ve nakden ödenmesi gerektiğini öngördüğünden, halka açık anonim şirketlerde halka arz yoluyla satılacak hisse senetleri karşılığında aynı sermaye taahhüdünde bulunulamayacaktır. (Sevi 2013, a.g.e, s.130.)

ve ayınlara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçileceği, hükümde belirlenen ilkeler raporun, açıklanacağı, bu rapora kurucular ve menfaat sahiplerinin itiraz edebileceği, mahkemece onaylanan bilirkişi kararının kesin olduğu ifade edilmiştir²²⁵. TTK m.128 hükmü de ticaret şirketlerine aynı sermaye değerlerinin nasıl ve ne şekilde sermaye olarak konulacağına yönelik ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

TTK m. 581 hükmü kapsamında, anonim şirketlerde olduğu gibi, limited şirketlere de, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulabileceği, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların ise sermaye olarak konulamayacağı ifade edilmiştir. TTK m. 578 hükmü gereği, limited şirkete aynı sermaye konulması ve ayınlara veya işletmelerin devralınması hakkında da anonim şirketlere uygulanan hükümler uygulanmaktadır.

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesinin çeşitli sonuçları bulunmakta olup, bu sonuçlar TTK m.128 ve 129 hükümlerinde düzenlenmiştir²²⁶.

²²⁵ TTK m.343 hükmünün uygulanması ve anonim şirketlere aynı sermaye konulmasına yönelik olarak daha geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. M.Halil Çonkar, *Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık Ankara, 2016; Mehmet Özdamar, “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt:1 Sayı:1 (2015), s.143-155; Mehmet Özdamar, “Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi”, *GÜHFD*, Cilt:X, Sayı:1-2, (Haziran-Aralık 2006), s. 100 vd.; Akdağ Güney 2014, a.g.e., s.95-161; Necla Akdağ Güney ve Mustafa Alper Gümüş, “Taşınırların Anonim Şirketlere Esas Sermaye Olarak Getirilmesi”, *Regesta*, Cilt:3, Sayı:3 (2013), s. 4 vd.; Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi”, *BATİDER*, Cilt: XXVI, Sayı:2, (2010), s. 39 vd.; Özlem Karaman Coşgun, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, 10-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt:18, Sayı: 2, (2012), s. 333 vd.; Elmas, a.g.m., s.13-36.

²²⁶Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Karakan, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sermaye Koyma Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonuçları”, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, (Eylül 2012), s. 121-141.

3.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN SERMAYE YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİ

3.2.1. Enerji Şirketlerinde Asgari Sermaye ve Sermaye Artırımı Zorunluluğu

Enerji mevzuatında, asgari sermaye, sermaye artırım zorunluluğu dışında enerji şirketlerine konulacak sermayenin niteliklerine ve özelliklerine ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle enerji şirketlerine, zorunlu olarak anonim ve limited şirket olarak kurulabilecek olmaları nedeniyle, anonim ve limited şirketlere TTK m. 342/1, m.581 hükümlerinde yer alan aynı ve/veya nakdi sermaye konulabilecektir.

Bu noktada, TTK açısından bir kıymet olan lisansın, şirkete aynı sermaye olarak konması mümkün müdür sorusu da akla gelmektedir. Lisans, TTK m. 342 hükmünde, üzerlerinde sınırlı bir aynı hak, haciz, tedbir bulunmayan nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurların aynı sermaye olarak konulabileceğine ilişkin hükümde belirtilen koşulları taşımamaktadır. Lisans bir kıymet olmasına ve yalnız başına olmasa da, sahip olduğu şirketle birlikte nakden değerlendirilme özelliğine sahip olmasına rağmen yalnız başına devredilebilme özelliğinden yoksundur. Bu nedenle, şirkete aynı sermaye olarak konulması mümkün değildir.

Enerji mevzuatında şirketlere konulacak sermayeye ilişkin bazı hükümler mevcuttur. Elektrik piyasası açısından EPK m. 5/1 hükmünde, Kanununun 11 inci maddenin onuncu fıkrasında belirtilen piyasalara ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, lisanslara ilişkin olarak belirtilen hususların, EPK m. 6/1 hükmünde de ön lisansa ilişkin belirtilen hususların, EPDK tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş olup, bunlardan birinin lisans sahibi tüzel kişilerin sermaye yeterlilikleri olduğu düzenlenmiştir. Elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin sermaye yeterlilikleri EPLY’de dağınık olarak düzenlenmiştir.

EPLY m. 12/5-b hükmünde, elektrik üretim faaliyetinde bulunmak isteyen bu nedenle önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişilere ilişkin şirket asgari

sermayesinin, üretim tesisi için EPDK tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde beşine, nükleer enerjiye veya yerli kömüre dayalı üretim tesisi kurulması için yapılan önlisans başvuruları açısından yüzde birine artırıldığına ilişkin şirket esas sözleşmesinin sunulması zorunlu olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, maddede doğrudan sabit bir sermaye miktarı belirlenmemiş olup, EPDK tarafından, öngörülen toplam yatırım tutarına göre asgari sermaye miktarı belirlenmektedir. Üretim faaliyeti açısından, asgari sermaye zorunluluğu, şirket kuruluşunda değil, önlisans başvurusunda öngörülmektedir. Bu durumda, elektrik üretim şirketinin kuruluşta, anonim veya limited şirket için TTK'da öngörülen asgari sermaye hükümlerine uyması yeterli olacak ancak şirket, sermayesini, önlisans başvurusu sırasında, EPLY m. 12/5-b hükmü doğrultusunda, üretim tesisi için Kurum tarafından öngörülen toplam yatırım tutarına ulaşacak şekilde sermaye artırımını yapması gerekecektir. Maddenin devamında, EPLY 12/ 9 hükmünde, bu madde kapsamında asgari sermaye hesabında birden fazla önlisans veya lisans başvurusunda bulunan tüzel kişinin sermayesinin, her bir önlisans veya lisans başvurusu için öngörülen sermaye miktarlarının toplanması suretiyle bulunan miktardan az olmaması, lisans veya önlisans sahibi bir tüzel kişinin yeni bir önlisans veya lisans başvurusunda bulunması halinde, şirketin sermayesinin, yeni başvuru için öngörülen sermaye miktarıyla, geçici kabulü yapılmamış her bir üretim tesisine ilişkin lisans ile önlisans ve varsa mevcut başvurular için Kurum tarafından öngörülen sermaye tutarlarının toplanması suretiyle bulunan tutardan az olmamasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Elektrik üretim faaliyeti açısından, asgari sermayenin, şirket bazında değil, şirketin her bir üretim tesisine ilişkin lisans ile önlisans ve varsa mevcut başvurular ayrı ayrı hesaplanarak elde edilen toplam rakama göre, yani tesis bazında belirlendiği anlaşılmaktadır. EPLY m.12/10 hükmünde, sözkonusu maddenin beşinci fıkrasının (c) bendi dışındaki diğer hükümleri ile dokuzuncu fıkrası hükümlerinin, kamu tüzel kişilerine uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu maddede belirtilen asgari sermaye ve sermaye artırım yükümlülüklerinin kamu tüzel kişilerine uygulanmayacağı da açıkça ifade edilmiş ve elektrik piyasasında faaliyet gösteren Devlet şirketleri sermaye yeterliliğine ilişkin hükümler açısından, ayrıcalıklı bir konuma getirilmiştir. Bu düzenlemenin münferit olmadığı anlaşılmaktadır. Zira, EPLY m.20/9 hükmünde de, üretim lisansı başvurularında bulunan kamu tüzel kişilerine sermaye yeterliliğine yönelik hükümlerin uygulanmayacağı düzenlendiği görülmektedir.

EPLY m.20/6-d hükmünde, üretim lisansı başvurusunda, başvuru dilekçesi ekinde, şirket asgari sermayesinin, üretim tesisi için Kurum tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde yirmisine, nükleer enerjiye veya yerli kömüre dayalı veya YEKA kapsamında üretim tesisi kurulması için yapılan üretim lisansı başvuruları açısından yüzde beşine artırıldığına ve şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının alınacağına ilişkin şirket esas sözleşmesinin sunulması gerektiği belirtilerek, şirketler için asgari sermaye zorunluluğu öngörülmüştür.

EPLY m.18/5 hükmünde, önlisansa konu EPLY m.24/4 hükmüne göre ise lisansa konu üretim tesisinin kurulu gücünün değiştirilmesi suretiyle önlisans tadili başvurusunda bulunulması halinde, söz konusu başvurunun Kurul tarafından uygun bulunması halinde, yeni kurulu güce göre; şirket asgari sermayesinin, Kurum tarafından öngörülen sermaye tutarına artırıldığına ilişkin bilgi ve belgeler ile teminat tutarının, ilgili Kurul kararında öngörülen tutara artırıldığına ilişkin bilgi ve belgelerin ilgili Kurul kararında belirlenen süre içerisinde, lisansa konu üretim tesisi açısından ise doksan gün veya ilgili kararda belirtilen süre içerisinde EPDK'ya sunulmasının zorunlu olduğu hususu düzenlenmiştir. EPLY m.24/14 hükmünde de, üretim lisansına konu ve ekonomik ömrünü tamamlamış olan üretim tesisi veya ünitelerin yerine yeni üretim tesisi veya ünitelerin kurulması amacıyla yapılan üretim lisansı tadil başvurularında, artış sağlanan ilave kurulu güç için asgari sermaye şartı ile teminat sunma yükümlülüğünün aranacağı hususu yer almıştır.

EPLY m.20/4-b hükmünde, başvuran şirketin sermayesinin asgari olarak; tedarik lisansı başvuruları açısından, iki milyon TL tutarında, dağıtım lisansı ile piyasa işletim lisansı ve görevli tedarik şirketlerinin tedarik lisansı başvurularında Kurul tarafından belirlenen oran ve/veya tutarda, olduğuna ilişkin şirket esas sözleşmesinin sunulmasının zorunlu olduğu hususu yer almaktadır. Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler ile görevli tedarik şirketlerinin lisansları süresince sağlamaları gereken sermaye yeterliliğine ilişkin hususların Kurul kararı ile belirleneceği de ifade edilmiştir²²⁷.

²²⁷ Kurulun 18/06/2020 tarihli toplantısında; 9397 nolu kararında elektrik piyasasında üretim faaliyeti için yapılan önlisans ve üretim lisansı başvurularında sağlanması gereken sermaye yükümlülüğünün

Görüldüğü üzere tedarik ve dağıtım lisansı başvurularını yapan şirketlere de asgari sermaye zorunluluğu öngörülmüştür.

Elektrik piyasasında piyasa faaliyeti gösterecek şirketler için öngörülen asgari sermaye zorunluluğunun uygulanmasının bazı durumlarda esnetildiği görülmektedir. EPLY m.18/9 hükmünde, önlisans sahibi tüzel kişi tarafından 10 MW'ı geçmemek kaydıyla, kurulu gücün toplamda yüzde onuna kadar değiştirilmesi kapsamında yapılacak değişikliklere ilişkin tadil taleplerinde, 10 MW' a kadar yapılacak tadiller için bu Yönetmeliğin sermaye ve teminat yükümlülüklerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. EPLY m.24/11-e hükmünde de 10 MW'ı geçmemek kaydıyla, kurulu gücün toplamda yüzde onuna kadar değiştirilmesi kapsamında yapılacak değişiklikler ile bu bent kapsamında yapılacak tadiller için, bu Yönetmeliğin sermaye ve teminat yükümlülüklerine ilişkin hükümleri uygulanmayacağı, bu fıkra kapsamında yapılan tadil işlemlerine üçüncü kişiler tarafından itiraz edilmesi halinde söz konusu itiraz ve itiraza konu tadil işleminin Kurul tarafından sonuçlandırılacağı belirtilmektedir.

Aynı şekilde EPLY m. 20/8 hükmünde 17. madde kapsamında belirtilen yükümlülüklerin tamamlandığına ilişkin bilgi ve belgelerin başvuru aşamasında sunulması koşuluyla, önlisans almaksızın doğrudan üretim lisansı başvurusunda bulunulabileceği, üretim lisansı başvurusuna konu üretim tesisinin geçici kabulünün yapılmış olması halinde, 17. madde kapsamında belirtilen yükümlülükler ile söz konusu başvuru için bu Yönetmeliğin asgari sermaye ve teminat yükümlülüklerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

Doğal gaz piyasası için de, mevzuatta asgari sermaye zorunluluğu öngörülmüştür. DPLY m. 47 hükmünde her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan EK-4'de belirtilen asgari sermaye miktarlarının o yıl için Vergi

hesaplanması ile Kuruma sunulacak banka teminat mektubu tutarlarının belirlenmesinde kaynak bazındaki toplam birim yatırım tutarları olarak aşağıdaki tutarların esas alınmasına karar verilmiştir. *Elektrik Piyasasında Kaynak Bazındaki Toplam Birim Yatırım Tutarları*, tablosunda, kaynak türüne göre ve yatırım tutarına göre TL/MWm olarak aşağıdaki şekilde belirlenmiştir: Kömür :1.500.000, Doğal gaz / LPG :1.000.000, Fuel Oil / Nafta :1.000.000, Hidro :2.000.000, Rüzgar :2.500.000, Jeotermal :2.100.000, Biyokütle:1.900.000, Güneş :3.000.000, Nükleer :6.000.000, Proses atık ısısı: 700.000, Diğerleri :1.400.000 (25/06/2020 tarihli 31166 sayılı RG.)

Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılacağı düzenlenmektedir. Hüküm doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek şirketler için hem asgari sermaye zorunluluğu hem de sermaye artırma zorunluluğunu öngörmektedir. Maddede belirtilen *Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler* başlığı taşımaktadır. Ek-4-c hükmünde, tüzel kişiliğin lisans türüne göre belirtilen tutarlarda asgari sermayeye sahip olması gerektiği ifade edilmiştir²²⁸. Ek-4-d hükmünde, birden fazla lisans talep edilmesi halinde her bir lisans için öngörülen sermaye miktarlarının toplanması suretiyle bulunan miktarın her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olması veya ödeneceğinin taahhüt edilmiş olması gerektiği de ayrıca belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, hem elektrik piyasası hem de doğal gaz piyasası açısından ilgili enerji mevzuatında, asgari sermaye miktarı ile sermaye artırım zorunluluğu öngörülmüştür.

3.2.1.1. TTK'ya Göre Asgari Sermaye ve Sermaye Artırımı

TTK m. 332/1 hükmünde anonim şirketler için asgari sermaye zorunluluğu öngörülmüştür. Hükme göre, tamamı esas sözleşmede sermayeyi ifade eden esas sermaye ellibin Türk lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamayacaktır. Asgari sermaye tutarını artırmaya Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu öngörülmüştür. TTK m.580 hükmü gereği, limited şirketin esas sermayesi en az onbin Türk Lirası olup bu rakam, Cumhurbaşkanı tarafından on katına kadar artırılabilir.

²²⁸ Eke göre 2017 yılı için belirlenen ve halen yürürlükte olan asgari sermaye miktarları şu şekildedir: İthalat faaliyeti için 5.410.000-TL, depolama faaliyeti için 27.100.000-TL, depolama (azami 75.000 m³ sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) kapasiteli sıvılaştırılmış doğal gaz tesisi için) faaliyeti için 6.500.000 TL, toptan satış (Üretim şirketleri için bu rakamın %50'si esas alınır) faaliyeti için 5.410.000-TL,, Toptan satış (OtoLNG) faaliyeti için 1.000.000-TL, ihracat faaliyeti için 2.850.000-TL, CNG satışfaaliyeti için 541.000-TL, CNG iletim ve dağıtım faaliyeti için 541.000-TL, OtoCNG faaliyeti için 541.000, iletim faaliyeti için 27.100.000-TL, iletim (LNG) faaliyeti için 1.360.000-TL, dağıtım faaliyeti için ise ihaleye çıkılan şehrin özelliğine göre ihale ilanında Kurul tarafından belirlenen oranda asgari sermaye miktarı öngörülmüştür.

Sermaye artırımı hususunda TTK'da çeşitli hükümler bulunmaktadır. Sermaye artırımı müessesesi, Kanunla kabul edildiğinden, esas sözleşmede öngörülmüş olması şartı aranmamaktadır. Anonim şirketlerde sermaye artırımı yolu, farklı saiklerle kullanılabilir. Değişen ekonomik koşullar, şirketin işlerinin büyütülmek istenmesi, projelerin gerçekleştirilebilmesi, zararları eriyen sermayenin yerine konması, şirketlerin birleşmesi, üretim kapasitesinin artırılması, yeni şubeler açılması gibi birçok durum, sermaye artırımına gerekçe oluşturabilecektir²²⁹.

Sermaye artırımı iç kaynaktan veya dış kaynaktan olmak üzere iki şekilde yapılabilir. TTK m. 462 hükmünde belirtildiği üzere, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülerek sermaye iç kaynaklardan artırılabilir. İç kaynaktan artırım yeni paylar ve pay senetleri çıkarılması suretiyle iç kaynaklardan sermaye artırımı ve mevcut payların ve pay senetlerinin itibari değerlerinin yükseltilmesi suretiyle iç kaynaklardan sermaye artırımı olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir²³⁰. Şirketin kar oranının, pay ve pay senetlerinin piyasa değerinin düşürülmek istenmesi, şirketin sermaye açısından güvenilirliğinin artırılmak istenmesi, şirketin elde etmiş olduğu karı dağıtmaksızın, şirketin yatırım sermayesi ihtiyacını karşılamak ve böylece özkaynağın güçlendirilmesinin istenmesi, kar dağıtımında istikrarın sağlanması gibi saikler iç kaynaklardan sermaye artırımının yapılmasına gerekçe teşkil edebilmektedir²³¹.

Dış kaynaktan sermaye artırımı ise, pay sahipleri veya pay sahibi olmayan kişiler tarafından dışarıdan yeni sermaye getirerek, şirket sermayesinin hem rakam olarak hem de gerçek anlamda artırılmasıdır. Yatırım veya borç ödemek için sermaye gereksinimi duyulması, başka şirketlerle birleşmesi, (TTK m. 136, 137 v.d) şirketin bölünmesi veya başka şirketin devralınması (TTK m. 159-179) kanuni zorunluluk

²²⁹Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.4-9; Bahtiyar 1996, a.g.e, s.7 v.d; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.317; Biçer, a.g.e, s.21,22; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.597.

²³⁰Moroğlu 2015, a.g.e, s.7-8; Bahtiyar 1996, a.g.e, s.7 v.d; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.318 ; Yavuz Akbulak, "Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 2, (Mart 2016), s.138-164.

²³¹Moroğlu 2015, a.g.e, s.17-20; Bahtiyar 1996, a.g.e, s.7 v.d; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.318.

mevcudiyeti, yeni paylar çıkarılmak suretiyle halka açık anonim şirkete dönüşmesi, şirket alacaklılarıyla borçların karşılığını esas sermayeye eklemek için anlaşarak sermaye artırımını nedeniyle çıkarılan paylardan verilmesi, tahvillerin paraya dönüştürülmesi, oydan yoksun paylar çıkarılması(SerPK m.14/A)²³² dış kaynaklı sermaye artırımının amaçlarından biri veya bir kısmıdır. Dış kaynaktan sermaye artırımını, iç kaynaktan sermaye artırımında olduğu gibi, yeni paylar ve pay senetleri çıkarılması suretiyle dış kaynaklardan sermaye artırımını ve mevcut payların ve pay senetlerinin itibari değerlerinin yükseltilmesi suretiyle dış kaynaklardan sermaye artırımını olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir²³³.

Sermaye artırımının, esas sermaye sistemine göre sermaye artırımını, kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımını olmak üzere iki türü bulunmaktadır²³⁴. Bunun yanında, daha önce eTTK’da düzenlenmemiş olan, TTK m.463-472 arasındaki hükümlerde yer alan şarta bağlı sermaye artırımını da üçüncü tür bir sermaye artırımındır. Esas sermaye sistemindeki sermaye artırımını ile kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımını arasındaki temel fark, sermaye artırımına karar veren organ ile esas sözleşme gerektirip gerektirmemesinde ortaya çıkmaktadır. Esas sermaye sisteminde, sermaye artırımını için genel kurul kararı ve esas sözleşme değişikliği gerekirken, kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımına²³⁵ sistem gereği yetkilendirilmiş olması nedeniyle yönetim kurulu tarafından karar verilmekte ve esas sözleşme değişikliği

²³² TTK.m.373/1 hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere TTK, oydan yoksun pay olamayacağına ilişkin sistemi kabul etmiştir. Ancak 1992 yılında yapılan değişiklikle SerPK m.14/A hükmü, bu konuda TTK’dan sapma göstererek, oy hakkından yoksun payların çıkarılmasına izin vermiştir.

²³³Moroğlu 2015, a.g.e, s.13-16; Bahtiyar 1996, a.g.e, s.7 v.d; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.348,349; Biçer, a.g.e, s.21,22; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.597.

²³⁴ Kayıtlı sermaye sisteminin bir sermaye artırma yöntemi değil, sermaye sistemi olduğu hükmün gerekçesinde şu ifadeler kullanılarak açıkça belirtilmiştir. “...Birinci fıkranın bir diğer özelliği de, SerPK’deki kayıtlı sermaye düzenlemesinin (İsviçre ve Almanya’da olduğu gibi) yönetim kuruluna yetki verilen, özellikli bir sermaye artırım yöntemi şeklinde düşünülmeyip, bir sermaye sistemi (rejimi) olarak kabul edilmesidir. Böylece Türk anonim şirketler hukuku, esas ve kayıtlı sermaye sistemi diye iki tür (sistem) sermaye tanımaktadır. Aynı sistem kapalı anonim şirketler için de benimsenmiştir...” (Bkz TTK Madde Gerekeçleri, m.332 hükmünün gerekçesi).

²³⁵Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımını ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz., Yalçın, a.g.m, s.187-195 ; Yavuz 2014, a.g.m, s. 77-82.; Serder Yılmaz a.g.m, s,187-233.; Bahtiyar 1996, a.g.e, s.128-198; Akın Abbak, “Halka Açık Anonim Ortaklıklar Bakımından Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı”, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 61, (Aralık 2014), s. 6-16; Çağlar Manavgat, “Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunundaki Kayıtlı Sermaye Sisteminde İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, BATİDER, Cilt:XXIX, Sayı:1, (2013), s.45-78; Hüseyin Anaral, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1982; ; Mehmet Helvacı, Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırım Usulü ve Bu Sisteme Tabi Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı, BATİDER, Cilt:XVIII, Sayı:1-2, (2013), s.113 vd..

gerekmemektedir. Şarta bağlı sermaye ise, TTK m. 463 hükmüne göre, genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir²³⁶. Sermaye, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar. Bu sermaye artırım yolu, kuruluş esas sözleşmesinde düzenlenmiş olabileceği gibi, sonradan yapılacak esas sözleşme değişikliği ile de düzenlenebilecektir²³⁷.

Belirtilen sermaye artırım yöntemleri için TTK m.456-475 arasında yer alan hükümler kapsamında birtakım önşartlar bulunmaktadır. Öncelikle, TTK m. 456/1 hükmü gereği, iç kaynaklardan yapılan artırımlar hariç payların nakdi bedelleri ödenmediği sürece sermaye artırımını yapılamayacaktır. Maddede de açıkça belirtildiği üzere, bu önşart sadece dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını için geçerlidir. Maddede, sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların²³⁸ ödenmemiş olmasının sermaye artırımına engel olmayacağı ifade edilmiştir. TTK m. 462/3 hükmü gereği, fonların sermayeye dönüştürülmeden sermaye taahhüt edilmesi yoluyla dış kaynaklardan sermaye artırımını yapılamayacaktır. Hüküm ile öncelikle bahse konu fonların sermayeye eklenmesini ve eklenen fon kadar artırımın aynı zamanda yapılması temin edilerek, rüçhan hakkını kullanamayacak olan pay sahiplerinin korunması amaçlanmıştır²³⁹.

²³⁶ Şarta bağlı sermayenin bir sermaye sistemi olmadığı, aksine bir sermaye artırım türü olduğu ileri sürülmüştür (Bkz. Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.40;Biçer, a.g.e, s.48). TTK m.332 hükmünün gerekçesinde de şarta bağlı sermayenin, bir tür değil, özellikli bir artırım yöntemi, başka bir deyişle biçimi olduğu açıkça ifade edilmiştir. (Bkz TTK Madde Gerekçeleri, m.332 hükmünün gerekçesi).

²³⁷Moroğlu 2015, a.g.e, s.12,13; İrfan Akın, “Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Hakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 106, (Mayıs 2013), s.11-39.

²³⁸ eTTK'nın m. 391 hükmündeki *önemsiz bir kısım* ifadesi eleştirilmesine rağmen, benzer şekilde TTK'da m. 456/1 hükmünde *Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutar* gibi bir kavramın içtihat aykırılığına neden olacak ve şirket yöneticilerini sermaye artırım kararı verirken kararsızlıkla karşı karşıya bırakacağı gerekçesiyle, bu kavram yerine, % 95 gibi kesin bir orana yer verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.(bkz. Moroğlu 2015, a.g.e, s.47,48 aynı yönde görüş için bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e, s.337.

²³⁹Akın 2013, a.g.m, s.14-15.

TTK m.456/2 hükmü doğrultusunda, esas sermaye sisteminin benimsendiği şirketlerde sermaye artırımına genel kurul, kayıtlı sermaye sisteminin benimsendiği şirketlerde sermaye artırımına yönetim kurulu tarafından artırım kararının verilmiş olması gerekir. Maddenin devamında, esas sözleşmenin ilgili hükümlerinin, gerekli olduğu hâllerde izni alınmış bulunan değişik şekli, genel kurulda değiştirilerek kabul edilmişse, bunun TB tarafından onaylanmasının da şart olduğu düzenlenmiştir.

TTK m. 456/3 hükmünde, artırımın üç ay içinde tescil edilemediği takdirde genel kurul kararı veya yönetim kurulu kararı ve alınmış olduğu takdirde iznin geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, maddede yapılan yollama gereği TTK m. 345 hükmü doğrultusunda sermaye artırımını için bankaya yapılan ödemeler, yapanlara iade edilecektir.

TTK m. 456/4 hükmünde tüm sermaye artırımlarına, anonim şirkete karşı açılacak fesih davasını düzenleyen TTK m.353 ve anonim şirketin tescili ve ilanını düzenleyen m.354 ile anonim şirketin tüzel kişilik kazanma anını düzenleyen m.355/1 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir.

Son olarak TTK m.457/1 hükmü kapsamında tüm sermaye artırımlarında sermaye artırımının türüne göre bir bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme ilkesine göre hazırlanan ve TTK m.457/2 hükmü kapsamında belirtilen hususları içeren beyanın yönetim kurulu tarafından imzalanması gerekmektedir. Özetle, TTK'da, sermaye artırımını, şirketin asgari sermaye miktarını korumak için öngörülmüş bir yol olmayıp, şirketin çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak, büyümek, yatırımlarını gerçekleştirmek gibi nedenlerle yeterli finansmanı temin etmek için öngörülmüş bir yoldur.

TTK'nın, anonim ve limited şirketler açısından asgari sermaye sistemini benimsediği, kuruluş aşamasında şirket sermayesinin Kanunda belirtilen asgari sermaye miktarı olarak belirlenmesini bir gereklilik olarak öngördüğü görülmektedir. Ancak Kanun koyucu, şirketler için öngörülen asgari sermaye miktarının her koşulda ve dönemde sürekli olarak korunması ve asgari sermayenin altında düşülmemesinin sağlanması gerektiği konusunda katı tedbirler öngörmüştür. Örneğin TTK m. 376/2

hükmünde şirketin mali durumunun bozulması halleriyle ilgili olarak, son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurulun, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirketin kendiliğinden sona ereceği düzenlemesi bulunmaktadır. Maddede, sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kalmasından bahsetmekte, asgari sermaye miktarından bahsetmemektedir. Ancak maddenin Gereğesinde, sermayenin üçte biri ile yetinme ile açıkça sermayenin azaltılıp zararın bünye dışına atılmasının kastedildiği ifade edilmiştir. Böyle bir durumla karşılaşan şirketi sermayenin üçte biri ile yetinmeye karar vermesi halinde, TTK'ya göre sermaye azaltımı yapmış olmaktadır. Bu durumda, TTK m. 473/5 hükmünde sermaye azaltımının asgari sermaye miktarının altına hiçbir şekilde düşmeyeceği hususu vurgulandığı dikkate alındığında, şirketin başlangıçtaki sermayesinin üçte birine kadar azalmış sermayesinin, hiçbir şekilde anonim şirketler için öngörülen asgari sermayenin altına düşmemesi gerekmektedir²⁴⁰.

Diğer yandan asgari sermaye miktarının yetkili kurumlar tarafından artırılması halinde ise, şirketlere asgari sermaye miktarını yeni miktara çıkarma zorunluluğunun öngörüldüğü düzenlemeler mevcuttur. Bilindiği üzere anonim ve limited olarak kurulan şirketlerin TTK m. 332/1 hükmü ve TTK m. 580 hükmünde yeralan asgari sermaye tutarını artırmaya Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu aynı hükümde ifade edilmiştir. Bu çerçevede, 6102 sayılı TTK ile eTTK döneminde anonim şirket için belirlenen asgari sermaye değiştirilmemişken, limited şirketler için asgari sermaye tutarı 5.000 TL'den 10.000 TL'ye çıkartılmıştır. Sermayenin korunması ilkesi kapsamında, 6103 sayılı TTK Yürürlük Kanunu'nun "*Asgari Sermaye*" başlıklı 20/I. maddesinde; "*Anonim ve limited şirketler, Türk Ticaret Kanunu'nun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde sermayelerini, anılan Kanun'un 332 ve 580. maddelerinde öngörülen tutarlara yükseltirler; aksi halde mezkur sürenin sonunda infisah etmiş sayılırlar.*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm kapsamında limited şirketlerin sermayelerini yeni asgari tutara yükseltmeleri zorunlu kılınmış,

²⁴⁰ Sermaye şirketlerinde asgari sermaye zorunluluğuna ilişkin değerlendirme ve karşılaştırmalar için bkz. Şaban Kayıhan ve Etem Kara, AB Şirketler Hukuku Açısından Türk Hukukunda Asgari Sermaye, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 2, (Haziran 2016), s.75-96.

yapılmamış olması halinde, yapmayan şirketlerin infisah etmiş sayılacağı yaptırımını öngörülmüştür. Hatta, bu zorunluluğun yerine getirilebilmesi için TTK'da öngörülen toplantı ve karar nisaplarının aranmayacağına ilişkin kolaylaştırıcı özel bir hüküm öngörülmüştür. 6103 sayılı TTK Yürürlük Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasında sermayenin TTK'da öngörülen tutara yükseltilmesi için yapılacak genel kurullarda toplantı nisabının aranmayacağı, kararların toplantıda mevcut oyların çoğunluğu ile alınacağı ve şartları bulunsa bile imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

Enerji mevzuatında, enerji şirketlerinin bir kısmı için de sabit asgari sermaye miktarı öngörülmüşken, bir kısmı için yatırım maliyetine veya kurulu güce endeksli olarak asgari sermaye zorunluluğu öngörülmüştür. Ancak, öngörülen bu asgari sermaye miktarının TTK'da anonim ve limited şirketler için belirtilen asgari sermaye miktarının çok üzerinde olduğu göze çarpmaktadır. Yani TTK hükmü doğrultusunda asgari sermayeye ilişkin hükümlere uyularak kurulmuş olan anonim veya limited şirketin, mevcut sermayesiyle enerji piyasasında, faaliyet gösterebilmesi enerji mevzuatı karşısında mümkün değildir. Asgari sermaye miktarları EPLY m.20/4-b, m.18/5, m.24/4, m.20/6-d, m.24/14 hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu hükümlerden de görüleceği üzere, enerji mevzuatının, sermayenin korunması konusundaki hükümlerinin yukarıda TTK'nın sermayenin korunmasına yönelik hükümlerinden daha katı olduğu, bu doğrultuda enerji şirketlerinin asgari sermayesi miktarını oldukça yüksek olarak belirlediği, sermayenin belirlenmesinde ölçü olarak belirlenen yatırım tutarının veya kurulu gücün artması halinde, TTK'daki hükümlerin aksine sermayenin de artırılmasının zorunlu kılındığı görülmektedir.

3.2.1.2. Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Enerji mevzuatının, enerji şirketleri için asgari sermaye miktarı ile sermaye artırımını zorunluluğuna ilişkin düzenlemeleri, görünüşte TTK'daki düzenlemeler ile çelişmektedir. Buna rağmen, enerji mevzuatındaki sermayeye ilişkin düzenlemelerin, TTK'daki düzenlemelerin önüne geçerek enerji şirketlerine öncelikli olarak uygulanmasının yasal dayanağı bulunmaktadır. Bu hüküm, özel kanunlara tabi anonim

şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümlerinin uygulanacağı hükmünü içeren TTK m. 330 hükmüdür. Ancak bu noktada, asgari sermaye, sermaye artırımı konularındaki hükümlerin yasal düzeyde EPK'da değil ikincil mevzuat düzeyinde EPLY'de düzenlenmiş olması, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu hükümlerin TTK m. 330 anlamında özel kanun hükümleri olarak nitelendirilmesinin ve TTK hükümlerinden önce uygulanmasının önünde engel teşkil etmektedir. TTK m.330 dışında, TTK'da enerji şirketlerinin sermayelerine ilişkin özel hükümlerin öncelikli olarak uygulanmasına ilişkin spesifik hüküm bulunmamaktadır.

Enerji şirketleri için, TTK'da öngörülenden daha yüksek miktarlarda asgari sermaye tutarı ve sermaye artırımı zorunluluğu öngörülmesine ilişkin hususun yasal dayanağı, yalnızca enerji mevzuatındaki asgari sermaye miktarları ile sermaye artırımı zorunluluğu öngören hükümler değildir. Zira mevzuat, özellikle sermaye artırımı zorunluluğu öngören hükümlerin aynı zamanda esas sözleşmeye konulmasını da enerji şirketleri için zorunlu kılmaktadır. Esas sözleşmeye belirli hükümlerin konulması ile esas sözleşmenin ve değişikliklerinin EPDK onayına tabi kılınmasına dair yükümlülüğün TTK m. 330 hükmünün varlığına rağmen TTK m. 333 ve m.340 hükmüne aykırı olduğu hususu ile esas sözleşmenin EPDK onayına sunulması ve esas sözleşme hükümlerinin sicil memuru tarafından incelenmesi hususları yukarıda izah edildiğinden burada tekrar bahsedilmeyecektir.

Enerji şirketlerinin, esas sözleşmelerini, enerji mevzuatındaki sermayeye ilişkin hükümlere yer verecek şekilde hazırlamaları zorunlu kılınmıştır. Buna aykırı davranılması halinde enerji mevzuatı gereği, şirketin lisans başvuru talebinin reddi, halihazırda lisansı var ise lisansının iptali ve/veya para cezasına çarptırılması gibi yaptırımlarla karşılaşmasının yanısıra, gerçekleştirilecek piyasa faaliyetine göre mevzuatta belirlenen asgari sermaye miktarına veya sermaye artırımı yapılması zorunluluğuna ilişkin hüküm konulmasına rağmen bu yükümlülüklerle aykırı davranmanın TTK'daki karşılığının ne olacağı da merak konusudur.

Yukarıda ifade edildiği gibi, enerji şirketlerinde sermaye artırımına ilişkin hükmün, aynı zamanda şirket esas sözleşmesinde hüküm olarak da yer alması gerekmektedir. Esas sözleşmede yer alan hüküm doğrultusunda sermaye artırımı

yapılması gereken bir durum olmasına, örneğin kurulu gücün veya yatırım tutarının artırılmasına rağmen sermaye artırımının yapılmaması veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılması halinde esas sözleşmenin sermaye artırımına ilişkin hükmü yerine getirilmemiş olacak ve esas sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir durum oluşacaktır. Bu durumda, TTK hükümleri nezdinde şirketin esas sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu aykırılık durumunu gidermek için pay sahiplerinin, ne tür haklara sahip olacağı netleştirilmelidir. Bu halde, şirketin hangi sermaye sistemini benimsediği önem teşkil etmektedir. Zira şirketin esas sermaye sistemini benimsemesi halinde, sermaye artırımı için genel kurulun toplantıya çağırılması durumu sözkonusu olacakken, kayıtlı sermaye sistemini benimsemesi halinde, genel kurulun çağırılmasına gerek olmayacak ancak yönetim kurulundan sermaye tavanını aşmayacak şekilde sermaye artırımını yapması talep edilecektir. Şirket, esas sermaye sistemini benimsemişse TTK m.411 hükmü kapsamında şirkette sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler. Esas sözleşmeyle, bahse konu bu çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip olan pay sahiplerine tanınabilmesine hüküm izin vermektedir. Çağrı ve gündeme madde konulması istemi noter aracılığıyla yapılır. Yönetim kurulu çağrıyı kabul ettiği takdirde, genel kurul en geç kırkbeş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır, aksi hâlde çağrı istem sahiplerince yapılır. Genel kurulun toplantıya çağırılması, sermaye artırımını kararı alınması için yeterli olmayacaktır. Zira, sermaye artırımının gündeme konulması da yönetim kurulu tarafından kabul edilmiş olmalıdır. Yalnızca gündeme konulmuş olması da yeterli olmayıp, yönetim kurulunun TTK m. 457 hükmü kapsamında genel kurula sunulmak üzere sermaye artırımının türüne göre hükümde belirtilen hususları içeren ve öngörülen şekilde hazırlanan bir beyanı imzalaması şarttır. Bunun yanısıra genel kurulun toplanmasının bir diğer yolu daha bulunmaktadır. TTK m.416 hükmüne göre bütün pay sahipleri veya temsilcilerin aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve toplantı nisabı olduğu sürece karar alabilirler. Toplanan genel kurul tarafından karar alma nisabına uyarak ve TTK m. 456- 475 arasındaki hükümlere

uygun davranarak sermaye artırım kararı verilmesi halinde, buna ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescil ve ilan edilmesiyle sermaye artırımına ilişki karar geçerli olarak yürürlüğe girecektir.

Genel kurulun, esas sözleşmesinde bulunan hüküm gereği sermaye artırım kararı alması gerekirken almaması halinde, pay sahiplerinin ne yapabileceği hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır. TTK'nın m. 531 hükmünde, haklı sebepler varsa, pay sahiplerinin, şirketin feshini talep etme hakkı bulunduğu ifade edilmektedir. Hükümde haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerinin, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilecekleri, mahkemece, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilecekleri hususu düzenlenmiştir.

Bir enerji şirketinin, enerji mevzuatı ve esas sözleşme hükümleri doğrultusunda sermaye artırımını yapması gerekirken bunu yapmaması durumunda, enerji mevzuatında öngörülen yüksek meblağlı idari para cezaları ile karşılaşma ve lisansı kaybetme böylece faaliyetini yerine getirememe riski ile karşı karşıya kalacağı açıktır. Bu durumun TTK m.531 hükmü anlamında bir haklı sebep²⁴¹ olarak

²⁴¹ Anonim şirketin haklı sebeple feshine ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz Esra Kaşak ve Hayrettin Çağlar, "Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 3, (Eylül 2016), s.659-686; Leyla Ulukaya, "Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 8, (Temmuz 2013), s.129-161; Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, (Mart 2015), s. 5-19; Ayşe Şahin, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013; Ayşe Şahin, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukuki Sorunlar", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 117, (Mayıs 2014), s.145-174; Nuri Erdem, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.1-309; Aytekin Çelik, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 4, (Aralık 2009), s. 559-592; Tolga Ayoğlu, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, (Temmuz 2013), s. 219-252 ; Özlem İlbasmış Hızlısoy, "Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi", Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.1-390; Ayşe Sümer, "TTK Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", Marmara Üniversitesi, İİBF Dergisi, Cilt: XXVIII, Sayı: I, (2010), s.171-181; Şükrü Yıldız, "TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi", Ergon Çetingil Rayegan Kender 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, Çizgi Basım, (2007); Özge Ayan, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi", Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2011, Sayı:102, s.2237 v.d.

değerlendirilerek, hükümde belirtilen oranda pay sahibi olan, pay sahipleri tarafından şirketin feshine karar verilmesi talebiyle dava açıldığı takdirde, Mahkemece, haklı sebebin mevcut olup olmadığı incelenecektir. Hüküm, davaya bakan mahkemeyi, davada, doğrudan şirketin feshine karar vermek zorunda bırakmamıştır. Mahkeme fesih yerine, davacının şirketten çıkarılması veya duruma uygun düşen başka çözümler verebilmektedir²⁴². Hakimin, bu konuda öncelikli olarak esas alacağı kriterin, uygun görerek uygulamaya karar vereceği çözüm seçeneğinin, azınlığın şikayetine çözüm getirecek ve diğer ilgililerin menfaatleri arasında adaletli bir denge oluşturacak niteliğe sahip olması gerekmektedir. Ayrıca, uygulanacak çözümün anonim şirketin temel ilkelerine ve kanunun emredici hükümlerine uygun olmasına da dikkat edilmesi gerekmektedir. En önemlisi, hakimin, anonim şirketin çoğunluk ilkesi temelinde kurulan bir özel hukuk tüzel kişisi olduğunu unutmamasıdır²⁴³. Öğretide, hakimin takdir yetkisi çerçevesinde, uygun çözüm olarak, kar dağıtımına, gerektiğinde azınlığın yönetim kuruluna temsilci atmasına, yönetim veya genel kurulun bazı kararlarının tadil veya iptal edilmesine, şirket esas sözleşmesini değiştirilmesine, bölünmeye, ya da kısmi tasfiyeye şirketin bazı varlıklarının ve iştiraklerinin satılmasına karar vermesi gibi haller sayılmıştır²⁴⁴.

²⁴²Yargıtay, şirketin feshi için açılan bir davada aşağıdaki şekilde hüküm tesis etmiştir. “...Anılan madde uyarınca haklı sebeplerin varlığı halinde şirket sermayesinin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin, haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshine karar verilmesini isteyebileceği, mahkemece, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, pay bedellerinin karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenmesi suretiyle davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme de karar verebileceği öngörülmüştür. Şirketler hukuku bakımından şirketin devamlılığının sağlanması esas olup; düzenleme uyarınca, ekonomik değer taşıyan şirketin feshi yerine şirketi ayakta tutacak diğer çözüm yollarının hakimce değerlendirilmesi zorunlu kılınmıştır. Dava konusu şirketin ana sözleşmesinde yer alan faaliyet amaçlarını gerçekleştirmeye yarar bir kısım taşınmazlarını elinden çıkardığı, 2006 yılından beri gayri faal durumda olduğu, ortaklar arasında yaşanan ihtilaflar nedeniyle davaların süregeldiği ve bu itibarla davada haklı nedenlerle fesih koşullarının gerçekleştiği sabit ise de; dosya içerisinde yer alan bilirkişi raporları ve belgelerden aile şirketi vasfındaki davalı şirketin halen elinde bulundurduğu malvarlıklarıyla şirket anasözleşmesinde yer alan amaçları rahatlıkla gerçekleştirebilecek durumda olduğu, davacı ortakların ortaklıktan ayrılması halinde şirket anasözleşmesinde yapılacak değişikliklerle şirketin amaçlarının değiştirilebileceği, esasen davacı ortakların da ortaklıktan çıkmayı isteyip sadece ödenecek pay bedeli hususunda diğer ortaklarla anlaşamadıkları hususu gözetildiğinde şirketin, haklı nedenle feshi yerine davacı ortakların pay bedellerinin taraftarlarına ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesinin somut olaya uygun olacağı gözetilmeksizin yazılı gerekçeyle bu yöndeki talebin reddi doğru görülmüş bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde karar verdiği görülmektedir. (11.HD. 03.03.2016 t. 2015/ 9088 E. 2016 / 2352 K., www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:17.04.2020)

²⁴³Çamoğlu 2015, a.g.m, s.14.

²⁴⁴Çamoğlu 2015, a.g.m, s.14.

Mahkemenin, bir enerji şirketinde esas sözleşmede hüküm yer alması nedeniyle sermaye artırımının yapılması gerekirken, buna ilişkin kararın alınmaması durumunda, TTK m.531 hükmünde belirtilen orana sahip pay sahipleri tarafından şirketin feshi talebiyle dava açıldığında, hakimin, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm olarak, esas sözleşmede yer alan hüküm gereği, genel kurulun yerine geçerek şirkette sermaye artırımının yapılmasına karar verebilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Sorunun cevabının bulunabilmesi için öğretideki uygun çözüm olabileceği ileri sürülen diğer durumların değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin şirketteki çoğunluğun gücünü kullanarak kar dağıtmaması durumunda, açılan fesih davasında, hakimin somut koşullara göre kar dağıtımına karar verebileceği görüşü ileri sürülmektedir²⁴⁵. Yine, fesih davasında, gerektiğinde hakim tarafından azınlığın yönetim kuruluna temsilci atmasına uygun çözüm olarak karar verilebileceği görüşü ileri sürülmektedir²⁴⁶. Bu görüşe, anonim şirketin temel felsefesine aykırı olması, şirkette gerek en başından, gerekse sonradan pay alarak pay sahibi olan tüm taraflarca kabul edilmiş olan esas sözleşmenin değişikliği anlamına gelecek olan ve bir imtiyaz yaratılması mahiyetinde olan böyle bir çözümün hakim tarafından uygun çözüm seçeneği olarak değerlendirilemeyeceği ve bu yönde bir karar verilemeyeceği ifade edilerek haklı olarak karşı çıkmıştır²⁴⁷. Azınlık tarafından açılan fesih davasında, hakim tarafından uygun çözüm olarak şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesine, karar verilebileceği savunulmuştur²⁴⁸. Hakimin esas sözleşmeye doğrudan müdahale yetkisi olmadığı gibi, müdahale teşkil edecek çözümlere de karar vermesi mümkün olmayacaktır²⁴⁹. Yine, fesih davasında, hakim tarafından uygun çözüm olarak yönetim veya genel kurulun bazı kararlarının tadil veya iptal edilmesine karar verilebileceği de ileri sürülmüştür²⁵⁰.

TTK sisteminde genel kurul kararlarının iptali ve butlanının tespitine ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Yönetim kurulu kararlarının ise iptaline imkan tanınmamış ancak butlanının tespitine imkan tanınmıştır. eTTK sisteminde genel kurul kararları ile ilgili olarak (m.381) mahkemece şartları mevcut ise kararın iptaline karar

²⁴⁵Çamoğlu 2015, a.g.m, s.14,15; Şahin, a.g.m, s. 162.

²⁴⁶Şahin, a.g.m, s. 165 v.d; Ayan, a.g.m, s.2257.

²⁴⁷Çamoğlu 2015, a.g.m, s.15.

²⁴⁸Erdem N, a.g.e, s.253.

²⁴⁹Çamoğlu 2015, a.g.m, s.15.

²⁵⁰Erdem N, a.g.e, s.578; Çelik A 2009, a.g.m, s. 256.

verilebileceği ancak hiçbir şekilde genel kurulun yerine geçerek yeni bir karar alamayacağı ilkesinin kabul edildiği görülmektedir²⁵¹. TTK sistemi tarafından, bu ilkenin terkedildiğini gösterecek kanıt bulunmadığından, mahkemeler tarafından şirketin organlarının yetki alanlarına müdahale edilmemesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından alınan kararların iptali veya butlanının tespiti yoluna başvurulması veya yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi taraflar için en uygun seçenektir²⁵². Kanaatimce, esas sözleşmede hüküm bulunması nedeniyle sermaye artırımına karar vermesi gereken şirket genel kurulunun karar vermemesi halinde açılan şirketin feshi davasında, hakim tarafından şirketin genel kurulunun yerine geçerek sermaye artırımına karar vermesi halinde, bu durumun, gerek, hakimin esas sözleşmeye doğrudan müdahale yetkisi olamayacağı veya müdahale anlamına gelecek şekilde karar veremeyeceği, gerekse, şartları mevcut ise hakimin ancak kararın iptaline karar verebileceği ve hiçbir şekilde genel kurulun yerine geçerek yeni bir karar alamayacağı ilkelerinin halen geçerli olduğu gerekçeleriyle, TTK m.531 hükmü kapsamına giren uygun bir çözüm olacağı ileri sürülemeyecektir. Hakim, haklı sebebin varlığının tespiti ve şikayet konusu durumu izale edecek, vaziyete uygun başka bir çözüm seçeneğinin olmadığı bir durumda son çare olarak şirketin feshine karar verecektir.

Esas sözleşmede hüküm olmasına rağmen, sermaye artırımını yapılmasının reddedilmesi veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılması şeklinde verilecek bir genel kurul kararına karşı iptal veya butlanın tespiti davası açılıp açılmayacağı hususunun da tartışılması gerekmektedir. Burada öncelikle, olumlu ve olumsuz genel kurul kararları arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Genel kurulda yapılan bir önerinin kabul edilmesi halinde olumlu bir genel karardan, reddedilmesi halinde ise olumsuz genel kurul kararından bahsedilecektir²⁵³. Zira, özellikle olumsuz genel kurul kararları aleyhine iptal davası veya butlanın tespiti davası açılıp, açılmayacağı hususunun tartışıldığı görülmektedir. *Moroğlu*, kural olarak, genel kurulca verilen red kararının butlanının veya yokluğunun tespit davasına veya iptalinin, iptal davasına konu olabileceğini savunmaktadır²⁵⁴. Genel kurula getirilen bir önerinin reddedilmesi

²⁵¹Moroğlu 2014, a.g.e, s.331; Çamoğlu 2015, a.g.m, s.16.

²⁵²Çamoğlu 2015, a.g.m, s.16.

²⁵³Moroğlu 2014, a.g.e, s.14;Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) 2010, a.g.e, n.713, s.522.

²⁵⁴Moroğlu 2014, a.g.e, s.14

durumunun, eskiden beri olan mevcut durumun devamı anlamına geldiği, iptal kararı ile bertaraf edilebilecek olumlu bir hukuki sonucun olmadığı, bu nedenle de red kararının iptalini dava etmekte hukuki yararın bulunmadığının ileri sürülebileceğini ifade etmekte ancak red kararının her zaman iptalinin anlamsız ve yararsız olmadığını belirterek, olumlu sonuç doğurana red kararlarının da olabileceğini ve böyle bir kararın iptalinin olumlu bir kararın iptali niteliğinde olacağını vurgulayarak, TTK m.454 hükmü kapsamında getirilen sermaye artırımı önerisinin reddi kararının bu nitelikte bir karar olduğunu söylemektedir²⁵⁵. *İmregün*, genel kurulda yapılan bir önerinin reddi kararına karşı iptal davası açılması sonucunda iptal edilmesinin, reddedilen kararın kabulü sonucunu doğuracağını, bu sonucun ise mahkemenin genel kurulun yerine geçerek karar alması anlamına geleceğini, mahkemenin genel kurul kararı yerine geçerek karar alamayacağı, ayrıca genel kurulca verilen red kararının infaz edilebilir vasfına sahip olmadığı gerekçeleriyle, red kararına karşı iptal davası açılmayacağını ileri sürmektedir.²⁵⁶ *Poroy*, bir genel kurul kararını iptal eden mahkemenin genel kurul kararı aleyhine karar alamayacağı, bazı tavsiyelerde bulunamayacağını, bu konudaki istencin genel kurula ait olacağını, olumsuz bir genel kurul kararının konunun tekrar genel kurul önüne getirilmesi dışında başka bir sonucu olmayacağını vurgulayarak, böyle bir sonucun ise olumsuz genel kurul kararları aleyhine dava açabilmek için yeterli olacağını vurgulayarak, olumsuz genel kurul kararlarının iptalinde bir menfaat sözkonusu ise iptal davası açılabilirliğini ifade etmektedir²⁵⁷. *Üçışık* da, anonim ortaklıklar hukukunda, Borçlar Hukukundaki durumların tersine kararların iptal edilebilirliğinin ileri sürülebilmesi için TTK m.445 hükmü kapsamında dava açılabilirliği gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimce, sermaye artırımı yapılması önerisinin reddedilmesi şeklinde olumsuz bir genel kurul kararına karşı iptal davası, butlan veya yokluğun tespiti davası açılabilir. Zira, genel kurul iradesini yalnız olumlu kararlarla değil olumsuz kararlarla da ortaya koymaktadır. Yani genel kurulun kararları dendiğinde, bu kavram, olumlu kararları kapsadığı gibi, olumsuz kararları da kapsamaktadır. Yani, genel kurulun bir öneriyi reddetmek suretiyle olumsuz bir karar alması, olumlu kararlar kadar, belki daha da fazla şirketin geleceğini etkilemektedir. Genel kurul tarafından verilen olumsuz kararlara karşı iptal davası, butlan veya

²⁵⁵Moroğlu 2014, a.g.e, s.197,198.

²⁵⁶İmregün 1989, a.g.e, s.153,154,140,180.

²⁵⁷Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) 2010, a.g.e, n.729, s.532.

yokluğun tespiti davası açılmayacağına ileri sürülmesi, genel kurulun olumsuz kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması anlamına gelecektir. Sermaye artırımı yapılması önerisinin reddedilmesi kararı nitelik itibariyle bir olumsuz karar olmasına karşın, bu karar aleyhine diğer yasal şartların mevcudiyeti halinde böyle bir genel kurul kararına karşı iptal davası, butlan veya yokluğun tespiti davası açılabilecektir²⁵⁸. TTK m. 445 hükmündeki, kararın kanuna aykırı olması ile sadece TTK hükümleri kastedilmemektedir, TTK dışında diğer kanunlara aykırılık da kastedilmektedir²⁵⁹. Kanuna aykırılık kavramının, şirket esas sözleşmesinin kural olarak tüzük, yönetmelik, kararname, tebliğ v.s hükümleri dışında tüm objektif hukuk kurallarına aykırılığını kapsadığı ileri sürülmüştür²⁶⁰. Kanaatimce esas sözleşmede hüküm olmasına rağmen, sermaye artırımının reddedilmesi veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılması şeklinde verilecek bir genel kurul kararı, kanuna aykırılık teşkil etmemektedir. Zira, yönetmelik veya ikincil mevzuat olarak adlandırılan ve normlar hiyerarşisinde kanunların altında bulunan normların, TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacağına kabul edilmesi, öncelikle normlar hiyerarşisine aykırıdır. Bu nedenle, ve enerji şirketlerinde sermaye artırımı zorunluluğunun, doğrudan EPK ve DPK hükümlerinden yani kanun hükmünden değil, EPLY ve DPLY hükümleri kapsamında şirketlerin esas sözleşmelerine, buna ilişkin hüküm konulmasına dair yönetmelik hükmünden kaynaklandığından, böyle bir genel kurul karar kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Buna karşın, karar, m.445 hükmünde iptal nedeni olarak belirtilen esas sözleşme hükümlerine açık bir şekilde aykırılık teşkil edeceğinden, mahkemeden iptali talep edilebilecektir.

Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen bir enerji şirketi sözkonusu ise ve esas sözleşmede yazıldığı şekilde sermaye artırımı yapılması gereken durum ortaya çıkmasına rağmen, sermaye artırılmamışsa, bu durumda sermaye artırımına karar verecek organ yönetim kurulu olacağından, yönetim kurulunun sermaye artırımına karar vermemesi halinde, yönetim kurulunun toplanması ve sermaye artırımına karar vermesi için azınlık pay sahipleri tarafından TTK m. 411 hükmünde düzenlenen genel

²⁵⁸ Genel kurulun olumsuz nitelikteki kararlarına karşı dava açılacağına dair farklı görüş için de bkz. Melis Taşpolat, “Genel Kurul Kararlarına Karşı Açılan İptal Davası ve Konunun Türk Ticaret Yasası Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Düzenlenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 82, Sayı: 4, (Temmuz 2008), Sayfa: 1840, 1841.

²⁵⁹Moroğlu 2014, a.g.e, s.215

²⁶⁰Moroğlu 2014, a.g.e, s.215.

kurulun toplantıya çağrılmasına benzer şekilde bir yol bulunmamaktadır. Bu durumda, genel kurul, TTK m.364 hükmü kapsamında yönetim kurulu üyeleri ilgili bir maddenin olması veya gündemde olmasa bile haklı bir sebebin varlığı halinde alacağı kararla yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alabilecektir²⁶¹. Kanaatimce, kayıtlı sermaye sistemini benimseyen enerji şirketinde, esas sözleşme gereği sermaye artırımı yapılması gerekirken yönetim kurulunun bunu yapmaması, TTK m.364 anlamında haklı bir sebeptir. Ayrıca, TTK m. 553 hükmüne göre, şirketin kurucuları, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete, hem pay sahiplerine hemde şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludur. Bu kapsamda, esas sözleşme gereği sermaye artırımı yapılması gerekirken yönetim kurulunun bunu yapmaması, yönetim kurulunun TTK m. 553 hükmü kapsamında sorumluluğunu gündeme getirecek, hükümde belirtilen kişiler, TTK m.555 hükmü kapsamında bu nedenle şirketin uğradığı zararın tazminini yönetim kurulu üyelerinden talep edebileceklerdir.

Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen bir enerji şirketinde, esas sözleşmede yazıldığı şekilde sermaye artırımı yapılması gereken bir durum ortaya çıkmasına rağmen, yönetim kurulu kararının sermaye artırımının reddine veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılmasına karar verildiği takdirde, TTK m.391 hükmü çerçevesinde, yönetim kurulu kararının butlanının tespiti davası açılabilir mi sorusu da gündeme gelmektedir. Esas sözleşmede yazıldığı şekilde sermaye artırımı yapılması gereken durum ortaya çıkmasına rağmen, sermaye artırımının reddine ilişkin yönetim kurulu kararının, TTK m.391 hükmünde belirtilen sebeplerden dolayı butlanla sakatlandığı ileri sürülebilir. Böyle bir kararın, ancak hükümde belirtilen eşit işlem ilkesine aykırı olma, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunmasını ilkesini gözetmeme, pay sahiplerinin özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlama ya da güçleştirme, diğer organların devredilemez yetkilerine girme ve bu yetkilerin devrine ilişkin olma gibi nedenlerle butlanı ileri sürülebilir. Yönetim kurulu tarafından verilen sermayenin artırımı kararının reddi veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılmasına ilişkin

²⁶¹ Karş. Ünal Tekinalp, "Sermayeyi Artırmada "Çift Usul"ün Geçerliliği ve Gerekliliği", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 4, (Aralık 1996), s.3-7.

kararın butlanı, maddede belirtilen butlan sebeplerinin hiçbiriyle doğrudan bağlantılı gözükmemektedir. Ancak böyle bir kararın, dolaylı olarak anonim şirketin temel yapısına uymayan ve sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen bir kararla ilgili olduğu söylenebilecektir. Zira, esas sözleşmede yazıldığı şekilde sermaye artırımı yapılması gereken durum ortaya çıkmasına rağmen, yönetim kurulu tarafından sermaye artırımının reddine yönelik veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılmasına yönelik karar, doğrudan şirketin sermayesini ilgilendiriyor gibi gözükmesine de, dolaylı yoldan, EPDK tarafından, lisans hükümleri ile EPLY hükümlerine aykırı davranılması nedeniyle, şirketin, EPK ve DPK'da düzenlenen yüksek miktarda idari para cezalarına maruz kalacağı ve ciddi bir sermaye kaybı yaşayabileceği anlamına geldiğinden, ve böyle bir sonuç, enerji şirketleri açısından öngörülebilir bir sonuç olduğundan, kararın, bu açıdan, sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülebilir. Diğer yandan, şirketin EPDK tarafından, sermaye artırımı yapmamak suretiyle, enerji mevzuatı hükümleri ihlal edildiğinden, ilgisine göre EPK ve DPK'da düzenlenen yüksek miktarda para cezalarına maruz kalması hatta ihlallerin tekrarı halinde lisansın iptal edilerek, faaliyet yapamaz hale gelmesi, m. 391 hükmünde belirtilen bir diğer butlan sebebi olan pay sahiplerinin vazgeçilmez olmasa da, diğer haklarının ihlaline ve menfaatlerinin ciddi şekilde zarar görmesine de neden olacağı gözardı edilmemelidir. Aynı durumda, yönetim kurulu tarafından sermaye artırımının reddine veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılmasına yönelik karar verildiği takdirde, yönetim kurulu kararının iptali için dava açabilmenin mümkün olup olmadığı hususu da netleştirilmelidir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu kararlarına karşı genel kural olarak iptal davası açılması imkanı TTK tarafından tanınmamıştır. Bu husus TTK m.391 hükmünün gerekçesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. TTK m. 460/5 hükmü de bu istisnalar biridir. Hükme göre, kayıtlı sermaye sistemini benimseyen şirketlerde, sermaye artırımı yönetim kurulu kararıyla yapıldığından, yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından m. 445 hükmünde öngörülen genel kurul kararlarına ilişkin iptal sebeplerin varlığı halinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açılabilmektedir. Bu davaya m.448-451 arasındaki genel kurul kararının iptaline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böyle bir durumda, yönetim kurulu tarafından sermaye artırımının reddine veya esas sözleşme hükmüne aykırı şekilde yapılmasına yönelik karar aleyhine m.445 hükmündeki kanun

veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle, karar tarihinden itibaren kararın alınmasından itibaren üç ay içinde iptal davası açılabileceğine dair düzenleme kapsamında dava açılabilecektir. Kanaatimce yukarıda genel kurul kararı aleyhine açılacak iptal davasından belirttiğimiz gibi, böyle bir karar, m.445 hükmünde iptal nedeni olarak belirtildiği gibi kanuna aykırı olmayacak ancak esas sözleşme hükümlerine açık bir şekilde aykırılık teşkil edeceğinden, mahkemece iptaline karar verilecektir.

Enerji mevzuatında sermaye yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde şirketin pay sahiplerinin sahip olacağı haklara ilişkin özel hükümler öngörülmediğinden, bu noktada, şirketin türüne göre TTK'nın anonim ve limited şirketlere ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

TTK'ya göre kurulmuş olan anonim şirketlerde sermaye taahhüdünün yerine getirilmesine ilişkin olan TTK.m. 344. Hükmü doğrultusunda sermaye yükümlülüğünün tam veya hiç yerine getirilmemesi halinde, şirket ortaklarının, sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı sahip oldukları haklara ilişkin olan TTK m. 128 hükmü, sermaye taahhüdünün nakdi sermaye olması ve sermaye taahhüt borcunun yerine getirilmemesi veya taahhüdün geç ifa edilmesi halinde ise TTK m.129 hükmü kapsamında belirtilen haklar kullanılabilir.

Anonim şirketlerde, şirketin, sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen pay sahibine karşı sahip olduğu haklara ilişkin olarak TTK m. 480 ve m.482 hükümleri gereği çeşitli yaptırımlar uygulama imkanı mevcuttur. Yaptırımların uygulanmasına rağmen bir enerji şirketinde ortağın sermaye borcunu yerine getirmemesi durumunda ise ortağın ortaklıktan ıskatı (çıkarılması) hususu da gündeme gelebilecektir.

Elektrik piyasası açısından yapılan değerlendirmeler, doğal gaz piyasası açısından da geçerlidir.

Enerji piyasasına benzer şekilde, ilgili piyasayı düzenleyen kanunlarda da, şirketlerin sermayelerine ilişkin birtakım özel hükümler yer almaktadır. SerPK m.2/2 hükmünde, Kanunda ve Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta

hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu kanunun uygulanmayacağı belirtilmediği hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Genel nitelikteki kanun hükümlerinin uygulanabilmesinin, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi ikincil mevzuatta hükmün bulunmaması şartına tabi kılınmasına ilişkin olan söz konusu hükmün, Anayasa'nın 115 ve 124. Maddelerinde bahsedilen normlar hiyerarşisine aykırı olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür²⁶². 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7/f hükmü gereği, kurulurken asgari sermaye olarak belirlenmiş olan otuz milyon Türk Lirası sermayenin her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olmasını şart koşmaktadır. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, m.5/e hükmü gereği kurulurken asgari sermaye olarak belirlenmiş olan yirmi milyon Türk Lirası olması sermayenin her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş olmasını şart koşmaktadır. Banka ve finans kuruluşlarının ana faaliyet alanının finans temini olması nedeniyle, banka ve finans kuruluşlarının asgari sermayelerinin yüksek miktarlarda belirlenmesi ve sermayenin ödenmiş olması bir gerekliliktir.

Enerji şirketlerinin de, enerji yatırımlarını gerçekleştirmek veya piyasa faaliyetlerinin kesintiye uğramasını önlemek için sabit, yatırım tutarı veya kurulu güce endekli asgari sermaye miktarı belirlenmesi bir ölçüde anlaşılabilir. Ancak, enerji piyasasında, özellikle yatırım tutarına ve kurulu güce endekli asgari sermaye miktarları, bazı durumlarda bankalar veya finans kuruluşları için öngörülen asgari sermaye miktarını aşabilmektedir. Bir enerji şirketi için belirlenen asgari sermaye miktarının, ana faaliyeti finans olan banka veya finans kuruluşundan daha fazla olması eleştirilebilir. Bu nedenle, enerji şirketlerinin asgari sermaye miktarlarının makul seviyelerde belirlenmesi için mevzuat değişikliklerinin gündeme alınması hususunun yararlı olacağı görüşündeyiz.

²⁶²Moroğlu 2015, a.g.e, s.26.

3.2.2. Enerji Şirketlerinde Sermaye Azaltımı için EPDK Onayı Alınması Zorunluluğu

3.2.2.1. TTK'ya Göre Sermaye Azaltımı

Sermayenin azaltılması, *bilançodaki sermaye kaleminin itibari değerinin küçültülmesi* olarak tanımlanmaktadır²⁶³. Sermaye şirketlerinde, borçlardan sorumluluk, şirketin sermayesi ile sınırlı olduğundan, TTK'daki hükümlerin, ağırlıklı olarak sermayenin korunması ilkesine hizmet ettikleri görülmektedir. Sermaye azaltımı, sermayenin gerçek ihtiyacın üzerinde olması, bilanço açığının giderilmesi, anonim şirketin kendi payını iktisap etmesi, anonim şirketlerde çıkma ve çıkarılma, anonim şirket bölünmesi ve vergi ödemedi kaçınılması gibi gerekçelerle yapılabilmektedir²⁶⁴. Ancak şirketlerde, sermayenin azaltılması her ne kadar, sıklıkla başvurulacak bir yol olarak öngörülmemiş olsa da, şirketlerin sermaye azaltımı yapmaları gereken durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu gereksinim nedeniyle, eTTK'da olduğu gibi, TTK'nın m. 473-475 arasındaki hükümlerinde de anonim şirketlerde sermayenin azaltılması konusu düzenlenmiştir.

Şirkete ihtiyacından fazla sermaye konulmuş olması nedeniyle sermayenin bir kısmının kullanılmadığı durumda(kurucu veya efektif azaltma), şirketin zarar etmiş olması nedeniyle sermayenin kısmi olarak kaybolmuş olması ve bilançoda oluşan zararın kapatılmasının gerektiği durumda (açıklayıcı veya basit azaltma), ya da Kanunun öngördüğü durumda sermaye azaltımı yapılması gerekliliği(sermayenin azaltılması ile artırımın aynı anda yapılması) ortaya çıkabilmektedir. Anonim şirketin bölünmesi (TTK m. 162), anonim şirketin iktisap ettiği kendi paylarını TTK m. 384 ve 385 gereği elden çıkarması gerekirken çıkaramamış olması (TTK m.386) durumlarında da sermaye azaltımı yapılması kanuni zorunluluktan kaynaklanmaktadır²⁶⁵.

²⁶³Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-96, s.142.

²⁶⁴Yaprak Derbentli, "Anonim Şirketlerde Sermaye Azaltması", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 10, (Temmuz 2015), s.114-121.

²⁶⁵ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.616; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-96, s.142; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.340,341.

Şirketin sermaye azaltımı yapacağı özel bir durum da TTK m. 376/2 hükmünde düzenlenmiştir. Hükümde, şirketin mali durumunun bozulması halleriyle ilgili olarak, son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığının anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurulun, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirketin kendiliğinden sona ereceği düzenlemesi bulunmaktadır. Maddenin Gerekçesinde, sermayenin üçte biri ile yetinme ile açıkça sermayenin azaltılıp zararın bünye dışına atılmasının kastedildiği ifade edilmiştir. Böyle bir durumla karşılaşan şirketi sermayenin üçte biri ile yetinmeye karar vermesi halinde, TTK'ya göre sermaye azaltımı yapmış olmakta ve böylece sermaye azaltımı hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir.

TTK m. 473/1 hükmünde sermaye azaltımı yapılabilmesinin şartları düzenlenmiştir. Hükümden, sermaye azaltımına karar vermeye yetkili olan organın genel kurul olduğu ve genel kurula çağrı ile ilanlarda ve internet sitesinde azaltıma ilişkin ayrıntılı açıklamaların yer alması gerektiği de anlaşılmaktadır. Ayrıca yönetim kurulunun maddede belirtilen hususları içeren bir raporu genel kurula sunacağı, genel kurulca onaylanmış raporun tescil ve ilan edileceği de belirtilmiştir. TTK 473/2'de sermaye azaltımı yapabilmenin bir koşulundan daha bahsedilmiştir. Sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça²⁶⁶ sermayenin azaltılmasına karar verilemeyecektir. TTK m. 473/5 hükmünde sermaye azaltımının asgari sermaye miktarının altına hiçbir şekilde düşmeyeceği hususu vurgulanmıştır. Son olarak TTK m. 473/6 hükmünde, kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasına m. 473 hükmü ile m. 474 ve m. 475 hükümlerinin, kıyas yoluyla uygulanacağı ifade edilmiştir.

TTK m. 474 hükmü, sermaye azaltımı prosedürünün nasıl olacağına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Sermaye azaltımı kararının alınmasından sonra nasıl uygulanacağı hususu ise TTK m.475 hükmünde izah edilmiştir.

²⁶⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. Alper Tanrıverdi, "Sermayenin Azaltılmasına İlişkin Güncel Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 116, (Ocak 2015), s. 305-314.

Limited şirketlerde sermaye azaltımına, TTK m.592 hükmü doğrultusunda, anonim şirketlerde sermaye azaltımına ilişkin hükümler, kıyasen uygulanacaktır. Limited şirketlerde sermaye azaltımı yapılabilmesi için ortaklarca taahhüt edilen esas sermaye paylarının tamamının ödenmiş olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak özellikle, esas sermayenin borca batık bilançosunun iyileştirilmesi amacıyla azaltılabilmesi için, şirket sözleşmesinde belirtilen ek ödeme yükümlülüklerinin tamamen yerine getirilmesi şart kılınmıştır. Bu sonuç, TTK m. 633 hükmündeki düzenlemeden çıkarılmaktadır.

TTK'daki hükümlerden de görüleceği üzere, anonim şirketlerde sermaye azaltımı, öngörülen şartlar yerine getirilmek suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Sermaye azaltımının yapılamayacağına ilişkin kısıtlayıcı bir hüküm TTK'da mevcut değildir. Sermaye azaltımı yapılması, TTK m. 376/2 hükmünde biri karşılıksız kalan sermayenin tamamlanması, diğeri üçte bire düşen sermaye ile yetinilmesi olmak üzere seçenek olarak öngörülmüştür.

3.2.2.2. Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Elektrik piyasası açısından mevzuatta, sermaye azaltımına ilişkin iki hüküm bulunmaktadır. EPLY m.20/6-d hükmünde, üretim lisansı başvurusunda şirket asgari sermayesinin, üretim tesisi için EPDK tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde yirmisine, nükleer enerjiye veya yerli kömüre dayalı veya YEKA kapsamında üretim tesisi kurulması için yapılan üretim lisansı başvuruları açısından yüzde beşine artırıldığına ve şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının alınacağına ilişkin şirket esas sözleşmesinin başvuru dilekçesi ekinde EPDK'ya sunulacağı hususu düzenlenmiştir.

EPLY m.12/5-ç hükmünde de üretim faaliyetinde bulunmak isteyen başvuru sahibi tüzel kişinin, esas sözleşmesinde, önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin bu Yönetmelikte öngörülen hüküm ile şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının alınacağına ilişkin hükme, yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Mevzuatın, sermaye azaltımına ilişkin hükümleri yalnızca elektrik üretimi faaliyetinde bulunacak olan şirketler için öngördüğü, diğer faaliyetler açısından buna ilişkin bir düzenleme öngörmediği görülmektedir. Ayrıca, sermaye azaltımı yapılmayacağına ilişkin hüküm doğrudan öngörülmemiş, yalnızca, şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK'nın onayının alınacağına ilişkin hükmün esas sözleşmeye konulmasını öngörmüştür. Yani elektrik üretimi faaliyeti gerçekleştirecek olan şirketin, sermaye azaltımı yapabilmesi, şirket esas sözleşme değişikliğinin yapılması ve bu değişikliğin EPDK tarafından onaylanması şartına bağlı kılınmıştır. Bu düzenlemelerden, elektrik üretimi faaliyetinde bulunan şirketin, sermaye azaltımı yolunu kullanabilmesi imkanı tamamen ortadan kaldırılmış değildir. EPDK'nın onay vermesi halinde, şirketin, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişiklikleri tescil edilebilecek yürürlük kazanacaktır.

Enerji mevzuatının, enerji şirketlerinin sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliklerini EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin düzenlemeleri görünüşte TTK'daki düzenlemeler ile çelişmektedir. Ancak enerji mevzuatında buna ilişkin hükümler, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır hükmünü içeren TTK m. 330 hükmü kapsamında öncelikli olarak uygulanmaktadır. Şu var ki; enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine konulacak hükümler gibi sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliklerini EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin düzenlemelerin de kaynağı EPK değil EPLY'dir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, TTK m.330 hükmü, açık bir şekilde TTK'ya nazaran özel kanun hükümlerine uygulama önceliği vermiştir. Bu durumda, EPLY hükümlerinden kaynaklanan yönetmelik düzeyindeki hükümlerin, TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanması, gerek TTK m.330 hükmünün Gerekçesi, gerekse, normlar hiyerarşisine aykırı olduğundan mümkün değildir. Bu nedenle sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin düzenlemelerin, TTK m.330 hükmüne dayanarak öncelikli şekilde uygulanamayacağı görüşündeyiz.

Diğer yandan sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliklerini EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin düzenlemelerinde, esas sözleşmeye hüküm

olarak konmasına ilişkin regülasyon müdahalesi, özel kanunlardaki esas sözleşmeleri şekillendirmeye yönelik hükümleri sınırlama amacı taşıyan ve hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun belirlenenler dışında anonim şirketlerin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağına ilişkin TTK m.333 hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliklerini EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin düzenlemelere esas sözleşmede yer verilmesi zorunluluğu TTK m.340 hükmüne de üç yönden aykırıdır. Zira TTK m.340 hükmü diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgü olarak hüküm doğuracağını açıkça belirtmiştir. Birinci olarak TTK m.340 hükmü, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği esas sözleşme hükümlerini emredici olarak değil tamamlayıcı olarak görmektedir. Oysa enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine sermaye azaltılmasına ilişkin konulmasını düzenleyen EPLY hükmü emredici olduğu gibi, esas sözleşmeye de emredici olarak konulmasını öngörmektedir. Bu emredicilik mahiyeti, TTK m.340 hükmü açısından kabul görmemektedir. İkinci olarak, TTK m.340 hükmü diğer kanunların öngörülmesine izin vermesinden bahsetmektedir. Oysa sermaye azaltılmasına ilişkin hüküm kanundan değil yönetmelikten kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle de TTK m.340 hükmüyle çatışma halindedir. Üçüncü olarak, TTK m.340 hükmüne uygun olmamakla birlikte uygun olsaydı dahi sermaye azaltılmasına ilişkin hükmün geçerliliğini, dayandığı kanuna özgü olarak hüküm doğuracağından bahsederek, TTK açısından geçerli olmayacağını kastetmiştir. Bu yönden de, enerji şirketlerinin sermaye azaltılmasına ilişkin müdahale teşkil eden hükmü, TTK m.340 hükmüne aykırıdır.

Sermaye azaltımına yönelik sözkonusu hüküm, diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabileceğine dair düzenleme öngören TTK m. 210/2 maddesiyle de uyumlu değildir. Zira EPK ve DPK, enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine konulacak hükümleri açık bir şekilde çerçevesini çizerek doğrudan düzenleme yerine, hiçbir çerçeve çizmeksizin sözkonusu hususların yönetmelikle düzenleneceğini ifade etmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, EPLY ve DPLY hükümleri serbest bir şekilde esas sözleşmeye

eklenmesi gereken hükümleri düzenlemiştir. Bu şekilde EPK ve DPK'da yasal düzeyde sınırları belirlenmeksizin ve EPDK'ya verilen yetki ile çıkarılan yönetmelik ile yasal dayanaktan yoksun hükümlerin TTK m.210/2 hükmü ile getirilen diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabileceğine genel çerçeve ile de çeliştiği açıktır.

Sermaye azaltımı yolunun, sermayenin korunmasını ilke edinen TTK'da katı şartlara tabi kılındığı bir gerçektir. Enerji mevzuatınca sermaye azaltımına ilişkin EPDK onayı alınması dışında herhangi koşul öngörülmemiştir. Yani bir enerji şirketinin sermaye azaltımı konusunda alacağı karar, zaten TTK hükümlerine göre alınmış olacaktır. EPDK'nın kararına uygun olup olmadığını TTK hükümleri dışında hangi ölçülere göre belirleyeceği hususu belirsizdir. Çünkü, düzenlemede, uygunluk onayının hangi durumda verilip, hangi durumda verilmeyeceğine ilişkin hiçbir ölçüden bahsedilmemektedir. Ancak, EPDK'nın piyasa faaliyetine göre faaliyet gösterecek enerji şirketleri için TTK'dan bağımsız olarak asgari sermaye miktarı öngördüğü ve bu sermayeyi koruma amacıyla, sermaye azaltımı yapılmak suretiyle şirketin sermayesinin asgari sermaye miktarının altına düşmesini önlemek için sermaye azaltım için EPDK'nın uygunluk onayına tabi kılındığı söylenebilecektir. Böyle bir durumda, EPDK'nın onay verdiği sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili ile birlikte, hüküm doğrultusunda alınan sermaye azaltım kararı uygulanabilecektir. EPDK'nın uygunluk onayı vermemesi halinde ise, alınan sermaye azaltım kararına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin geçerlilik kazanabilmesi, değişikliğin Ticaret Siciline tescil başvurusunun kabul edilmesiyle mümkündür.

Sermaye azaltımı konusunda EPDK onayının aranacağına yönelik esas sözleşmeye hüküm konulması zorunluluğu doğrultusunda hüküm konulmasına rağmen, bu hükme uyulmayarak, EPDK onayı olmaksızın sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararı alınması halinde, durumun ne olacağı hususu netleştirilmelidir.

Bilindiği üzere, TTK m.475/4 hükmünde, maddedeki düzenlemelerde TTK m.473 ve m.474 hükümlerinde yazılı olan şartlara uyulmuş olduğunu gösteren belgeler

ibraz edilmedikçe esas sermayenin azaltılmasına dair kararın ve sermayenin gerçekten azaltılmış olmasının ticaret siciline tescil olunamayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda sermaye azaltım kararının tesciline ilişkin özellikle sunulacak belgelere ve tescil edilecek hususlara yönelik olarak TSY’de özel hükümler öngörülmüştür. TSY m. 79/a hükmü doğrultusunda, anonim şirketlerde değişikliğin tesciline ilişkin başvurusu sırasında sicil müdürü, şirket sözleşmesi değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı ile maddede belirtilen diğer belgelerin varolup olmadığını inceleyecektir. Daha önce de ifade edildiği gibi, TSY m.96 hükmünde, limited şirketler için, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili başvurusu sırasında sicil müdürü, şirket sözleşmesi değişikliği için Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı aramamaktadır. Bunun nedeni, TTK m.333 hükmü kapsamında kuruluşu veya esas sözleşme değişikliği izninin, yalnızca belirlenen alanlarda faaliyet gösterecek anonim şirketler için getirilmiş olması olup, limited şirketlerle ilgili böyle bir izin sistemi kurulmamış olmasıdır. Bu durumun, enerji şirketi olarak kurulmuş anonim ve limited şirketleri açısından farklılığa sebep olmayacağı düşünülmektedir. Zira, enerji sektörü TTK m.333 hükmünde kuruluşu veya esas sözleşme değişikliği izne tabi olan sektörlerden biri değildir. Ayrıca, enerji şirketleri ile ilgili olarak sicil müdürü tarafından yapılacak inceleme kapsamında, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliği için EPDK onayı, TSY m. 34/f ve m.79/a bu hükmüne göre değil, EPLY m. 12/5-ç hükmü doğrultusunda, sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK’nın onayının alınacağına ilişkin esas sözleşmeye konulan hüküm gereği aranacaktır. TSY m.34 kapsamında yapılan inceleme sonucunda, TTK m.340 kapsamında diğer kanunlar tarafından esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümler emredici hüküm olarak görüldüğü takdirde, esas sözleşme gereği, EPDK onayı olmadan yapılan sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliği, esas sözleşme hükümlerine aykırı olacağından, bu durumun esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülebilecek bu hallerde, esas sözleşme değişikliğinin tescil başvurusu, m. 34/f hükmü gereği müdürlük tarafından reddedilecektir. Diğer yandan, TTK m.340 kapsamında diğer kanunlar tarafından esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümler emredici değil tamamlayıcı hüküm olarak görüldüğü takdirde ise, bu hükümler öngörüldüğü özel kanuna özgü olarak hüküm

doğuracağından, EPDK onayının varlığı esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmeyecek, esas sözleşme değişikliğinin tescilinin reddedilmeme ihtimali sözkonusu olabilecektir. Reddedildiği takdirde ise, TTK m.455 hükmü gereği kurucu nitelikte olan esas sözleşme değişikliğinin tescilin yapılmaması, esas sözleşme değişikliğinin geçerli hale gelmesine engel olacaktır. Tescilin reddedilmesi halinde TTK m.34 ile TSY m.39 hükmü kapsamında ilgililere itiraz imkanı tanınmıştır. Hükme göre ilgililer, tescil, değişiklik veya silinme istemleri ile ilgili olarak müdürlükçe verilecek kararlara karşı, tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içinde sicil bulduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilir. Mahkeme dosya üzerinde yapacağı inceleme sonucunda tescilin gerekli bulunduğu sonucuna varırsa tescilin yapılmasını müdürlüğe emreder, aksi takdirde tescil istemini reddeder.

EPDK onayı olmadan bir enerji şirketinde yapılan sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğine ilişkin tescil başvurusunun esas sözleşme hükümlerine aykırı olmasına rağmen, müdürlük tarafından reddedilmeyerek tescil edilmesi ihtimalinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, EPDK'nın, EPK veya DPK hükümleri kapsamında idari para cezası veya lisans iptali gibi yaptırımları uygulama hak ve yetkisi dışında, TTK hükümleri kapsamında başvuracağı bir yol olup olmadığı netleştirilmelidir.

TSY m.37 hükmünde tescil başvurusuna ilişkin müdürlüğün herhangi bir kararı veya işlemi üzerine kişisel yararı bulunmasa bile üçüncü kişilerin, bu kararın veya işlemin gerçeği tam olarak yansıtmadığını yahut Kanuna uygun olmadığı, kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğu iddialarını ileri sürerek bu iddiaları ispata elverişli birtakım olguları, müdürlüğe bildirebilir. Müdürlükçe, bu iddiaların yerinde olduğuna kanaat getirilmesi ve henüz bir işlem yapılmamış olması halinde başvuru reddedilir. İşlem gerçekleştirilmiş ise, TSY m.36 hükmüne göre işlem tesis edilir. Müdürlük, başvuruda bulunmuş olan üçüncü kişiye söz veya yazı ile uygun gördüğü soruları sorabilir. Üçüncü kişi, bunları açıkça cevaplandırmaya mecburdur. Gerekli cevapları vermediği takdirde, başvuru değerlendirmeye alınmayabilir. TTK m.34 ve TSY m.39 hükümlerinde de ilgililerce tescil, değişiklik veya silinme istemleri ile ilgili olarak

müdürlükçe verilecek kararlara karşı, tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edebileceği hususu düzenlenmiştir. Mahkemece, dosya üzerinde yapılacak inceleme sonucunda tescilin gerekli bulunduğu sonucuna varılırsa tescilin yapılması müdürlüğe emredilecek, aksi takdirde tescil istemini reddedileceği belirtilmiştir. Her iki hükümde sicil müdürünün kararlarına karşı ilgililerin itirazda bulunabileceği belirtilmiş olmasına rağmen bu ilgililerin kimler olabileceği belirtilmemiştir²⁶⁷. Bu nedendir ki, konu öğretilerinde²⁶⁸ ve Yargıtay kararlarında²⁶⁹ tartışılmıştır.

²⁶⁷ Duygu Demirel, Ticaret Sicili, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s.195; Özlem Karaman Coşgun, "Ticaret Sicili Müdürlüğü Kararlarına İtiraz Edebilecek Kişiler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, (Temmuz 2017), s.127.

²⁶⁸ Bir görüş, TSY m.22 hükmünde tescil başvurusunu yapabilecek ilgililerin, tacirin gerçek kişi olması halinde kendisi veya vekili ya da sözleşme ile kendisine yetki verilmiş temsilcisi, tacirin tüzel kişi olması halinde ise onun yetkili organları veya yetkili temsilcileri olarak belirlendiğini ifade ederek, TTK m.34 ve TSY m.37 hükmü açısından da bu belirlemenin geçerli olduğunu savunmaktadır.(bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku Cilt 1, Giriş-Ticari İşletme Hukuku, Ankara, BTHAE, 1968, s.302-304 ; Sami Karahan, "Ticaret Sicil Memurunun Kararlarına Karşı Hukuki Yollara Başvurabilecek "İlgililer" Kavramının Kapsamı", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, (Aralık 1994), Sayı: 84, s.49.v.d; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.218-219); Bir diğer görüş ise ilgililerin hukuki yarar kriterine göre belirlenmesi gerektiğini savunan ve TTK m.34 gereğince sicil müdürü tarafından verilen kararlar hukuki yararı zarar gören kimse itiraz hakkına da sahip olduğunu savunmaktadır.(Bkz. İmregün O 2005, a.g.e, s.55); Gül Okutan, "Ticaret Sicili", 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:714, 1997, s.14 vd.;Baki Toksal, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I. Ankara, Sevinç Matbaası, 1986, s.317, 380.; Belirtilenler dışında bazı görüşler "ilgili" kavramı üzerinde durmaksızın, sicile müracaatı reddedilen kişinin itiraz yoluna başvurabileceğini savunmaktadır. (Bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Fusun Ertan Nomer, Ticari İşletme Hukuku (6102 Sayılı TTK ve Diğer Yeni Mevzuata Göre), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s.374 v.d; Salter Uçar Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul, Alfa Yayınları, 1993, s.165,166; Necla Akdağ Güney, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, 2011, s.96; Hayri Domaniç, ve Erol Ulusoy, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007, s.258.)

²⁶⁹ Yargıtayın konu ile ilgili olarak farklı kararlar verdiği görülmektedir. Yargıtay, tescil edilen hususun kimin hukuki menfaati ile ilgili ise o kişinin ilgili olduğunu, yönetim kurulu üyesi, başkanı ve şirket temsilcisi olan davacının bu haklarının kaldırılmasına ilişkin karara dayanan tescil işleminin o kişilerin hukuki menfaati ile ilgili olduğu, temsil yetkisi sona erdirilen yönetim kurulu üyesinin itiraz ilgilisi olarak kabul edilmesinde bir tereddüt olmadığı şeklinde karar vermiştir.(11.HD.28.11.1985 t.li, 5890 E., 7155 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.10.2019); Aynı yönde verilmiş diğer kararlar da mevcuttur. (11.HD.25.11.1999 t.li, 1999/5169 E., 1999/9555 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.10.2019) 11.HD.21.04.1989 t.li, 1899/7784 E., 1989/8093 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.10.2019) Yargıtay, başka bir kararında, TTK m.36 hükmündeki ilgililerden kimin anlaşılması gerektiğinin Ticaret Sicil Nizamnamesinde düzenlendiği, buna göre tacirin tüzel kişi olması halinde yetkili organları veya temsilcilerinin ilgili kişi olarak kabul edileceği, davayı açan kişinin şirket ortağı dışında bir sığa sahip olmadığı, bu nedenle davacının kanunda ve tüzükte belirtilen ilgililerden olmaması nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. (11.HD. 01.02.2008, t.li 1988/1872 E., 1988/4341 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.10.2019) Yargıtay şirket ortağı tarafından açılan davada, genel kurulca boşalan yönetim kurulu üyeliğine yapılan atamanın onaylanmasına karar verildiği, onayın ileriye yönelik görevi kapsamadığı halde sicile kaydının hatalı olduğu olduğu ayrıca denetçilerin görevlerinin sona ermesine rağmen denetçilerin tescilinin de hatalı olduğu iddiasıyla hatalı tescillerin terkinin için yapılan talebin müdürlük tarafından reddedilmesi nedeniyle açılan davada, müdürlüğe karşı verilen kararlar nedeniyle ancak ilgililerin mahkemeye itiraz haklarının olduğu ve ilgililerin ikincil mevzuatta açıklandığı, bu nedenle davacı ortağın şirket ile ilgili verilen

EPDK'nın da, enerji piyasasını düzenlemekle görevli regülasyon kurumu olduğu ve norm düzeyinde bu şirketlerin pay sahipliği, sermaye yapısı, yönetim yapısına müdahale etme hak ve yetkisine sahip olduğu gözönüne alındığında, ilgili enerji mevzuatına aykırı davranan şirketlere karşı yaptırım uygulama imkanına sahip olmakla birlikte, EPDK onayı olmadan bir enerji şirketinde yapılan sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğine ilişkin tescil kararına karşı TTK m.34 ve TSY m.37 hükmü kapsamında belirtilen itiraz edebilecek ilgililerden veya menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerden biri olup olmadığı hususuna da bakılması gerekmektedir. Kanaatimce, EPDK, enerji şirketlerini düzenleme ve denetleme yapmakla görevlendirilmiş regülasyon kurumu olarak TSY m.37 hükmünde belirtilen üçüncü kişi olarak sayılabilir. Zira hükümde kişisel yararı bulunmasa bile kararın tesciline karşı hükümde belirtilen gerekçelerle müdürlüğe başvurulabileceğinden bahsedilmektedir. Bu anlamda EPDK, TSY m.37 anlamında müdürlüğe başvurabilecek üçüncü kişilerden biridir. Ancak EPDK'nın TTK m.34 ve m.39 da bahsedilen itiraz hakkına sahip ilgililerden biri olduğu söylemek mümkün değildir. Zira, gerek öğretideki tartışmalara gerekse Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre değerlendirme yapıldığında, ilgililer kavramının çoğunlukla dar yorumlandığı anlaşılmaktadır. TSY m.37 hükmünde üçüncü kişilere, menfaati ihlal edilmemiş olsa bile müdürlüğe, hükümde belirtilen gerekçelerle müdürlüğe bildirme imkanı tanındığı, müdürlüğün üçüncü kişinin bilgisine başvuracağı, müdürlüğün iddiaların haklılığı kanaatine ulaşması halinde tescil başvurusunun reddine karar verebileceği gözönüne alındığında, üçüncü kişilere aslında bir kararın tescilinin engellenmesini sağlama imkanı verildiği görülmektedir²⁷⁰. Bu nedenle, ilgililer dışında kalan üçüncü kişilerin ilgililer kapsamına alınacak şekilde yorumlanması ve bu kişilere müdürlüğün işlemlerine karşı itiraz davası açma hakkı verilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu gerekçelerle, EPDK'nın TTK m.34 ve m.39 da bahsedilen itiraz hakkına sahip ilgililerden biri olmadığı kanaatindeyim.

karara karşı itiraz hak ve yetkisinin olmadığına hükmetmiştir. (11.HD. 28.06.1988 t.li, 2007/10442 E., 2008/13681 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.10.2019). Benzer şekilde verilen ve ilgililer kavramını dar yorumlayan diğer kararlar için bkz. Çoşgun 2017, a.g.m, s.132-135)

²⁷⁰ Demirel, a.g.e, s.203,204.

TTK tarafından, anonim şirketlerde yapılan sermaye azaltımı kararının tescil ve ilanından sonra dahi iptal imkanı tanınmıştır. TTK m. 475 hükmü kapsamında sermaye ancak alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesinden veya teminat altına alınmasından sonra azaltılabilir, aksi hâlde alacaklılar şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde sermayenin azaltılması işleminin tescilinin ilan edilmesinden itibaren iki yıl içinde sermayenin azaltılmasının iptali davası açabilirler. Teminatın yetersizliği hâlinde de yargı yolu açıktır. Bu hüküm kapsamında anonim şirket olarak kurulmuş enerji şirketinin alacaklıları tarafından da, hükümdeki şartların mevcut olması halinde, bu yola başvurularak sermaye azaltımı kararının tescil ve ilanından sonra dahi iptali sağlanabilecektir.

3.2.3. Doğal Gaz Dağıtım Şirketlerinde Sermaye Şartı Aranmaksızın Belediye Ve Belediye Şirketinin Ortaklığa Davet Edilmesi

DPK m.4/4-g hükmünde doğal gazın şehir içi dağıtım faaliyetleriyle sınırlı olmak üzere bir hüküm öngörmüştür. Hükme göre, Kuruldan dağıtım lisansı alan şehir içi dağıtım şirketi, yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aranmaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorundadır. Bu sermaye oranı, bedeli ödenmek kaydıyla en fazla yüzde on oranında artırılabilir. Ancak bu artış Hazineye borcu bulunmayan ve ilave kredi talep etmeyen veya Hazineye olan kredi borçlarını tasfiye ettikten sonra, bu amaçla Hazine garantili kredi sağlamaması kaydıyla mümkün olabilir. Kurum, belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, eTTK'nın m.275 (TTK' m. 334) hükmüne göre belediyeye şirket yönetim ve denetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilir. Hükme, aynı şekilde Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin²⁷¹ 21. Maddesinde de yer verilmiştir.

Hüküm, eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde kaleme alındığından, şu anda yürürlükte olmayan eTTK'nın m. 275 hükmüne gönderme yapılmıştır. 6103 sayılı

²⁷¹ 07/09/2002 tarihli 24869 sayılı RG.

TTK Yürürlük Kanununun m.7 hükmündeki, bu Kanunun ve TTK'nın yürürlüğe girmesiyle, eTTK'nın yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamaların, TTK'da o maddeleri karşılayan hükümler varsa onlara yapılmış sayılacağı, aksi hâlde, hâkimin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1 inci maddesini uygulayacağı, birinci cümle hükmünün, esas sözleşmeler dahil, her çeşit sözleşme, taahhütname, beyan ve benzeri metinlerdeki eski hukuka yapılmış olan yollamalar için de geçerli olacağına yönelik hükmü doğrultusunda, halihazırda yürürlükte olmayan eTTK'nın m. 275 hükmünün TTK'daki karşılık gelen hükmüne gönderme yapılmış sayılacaktır. Mülga Kanundaki m.275 hükmü TTK'daki m. 334 hükmüne karşılık gelmektedir.

3.2.3.1. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahipliği-Sermaye İlişkisi

TTK, anonim ve limited şirketlerde pay sahibi olabilmeye yönelik özel bir ehliyetin arandığına ilişkin hükümler içermemektedir. Medeni Kanunun ehliyet hükümleri kapsamında her tüzel ve gerçek kişi, anonim ve limited şirketlerde pay sahibi olabilmektedir²⁷². Anonim ve limited şirketler, sermaye şirketi olduğundan, sermaye ön planda, pay sahiplerinin kimliği ikinci planda tutulmuştur. Bu şirketlerde, pay sahiplerinin kişiliğinden ziyade sermaye taahhüdünde bulunarak bu taahhütlerini yerine getirmeleri önemlidir.

Anonim şirketlerde pay sahibi olabilmenin en önemli koşulu, sermaye taahhüdünde bulunulmasıdır. TTK m. 335 hükmünde bir anonim şirketin, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalandığı esas sözleşmede anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulacağı açıkça yer almıştır. Kurulan şirkette pay sahipliği sıfatı da, şirket kuruluşunda veya sermaye artırımında sermaye taahhüdünde bulunulmasıyla (aslen kazanma), payın başkasından satım, trampa, bağışlama gibi bir

²⁷²Bahtiyar 2019, a.g.e, s.280, 281.

işlemlerle veya miras, cebri icra ve evlilikteki mal rejimi hükümleri kapsamında devralınmasıyla (devren kazanma) kazanılmaktadır²⁷³.

3.2.3.2. Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Doğal gaz şehir içi dağıtım faaliyetini gerçekleştirecek şirkete yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aranmaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorunluluğunun²⁷⁴ DPK m.4/4-g hükmünden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. DPK veya DPLY, bu zorunluluğa ilişkin olarak esas sözleşmeye hüküm konulmasından söz etmemektedir. Madde kapsamında, şirketçe esas sözleşmeye hüküm konulması ancak belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya yasanın kullanılan tabirle, en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, şirketin, durumu EPDK'ya bildirmesi gerekmekte, bu durumda, EPDK tarafından, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını istemektedir. TTK m. 334 hükmünde ise DPK ve DPLY hükümlerinin aksine esas sözleşmeye hüküm konulmasından söz etmektedir.

18.4.2001 tarihinde kabul edilen DPK, 02.05.2001 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. DPK'nın m.4/4-g hükmü, mülga eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde kaleme alınmış bir hükümdür. Bu nedenle hükümde kullanılan bazı ifadeler izaha muhtaç olduğu gibi bazı ifadelerin yürürlükteki TTK'da

²⁷³Bahtiyar 2019, a.g.e, s.257, 258.

²⁷⁴ Bu zorunluluğun getirilme nedeni konusunda şu görüşler ileri sürülmüştür. *Aslan* doğal gaz dağıtım şebekesinin, belediyenin hüküm ve tasarrufunda olan yollar, kaldırımlar ve diğer şehiriçi ortak alanlardan geçirilen borulardan oluştuğu, bunların döşenmesi veya bakımlarının yapılabilmesi için bu yerlerde kazı yapılması gerektiği bu noktada belediye sınırları içinde yer alan bu yerlerde kazı yapılabilmesinin belediyelerin iznine bağlı olduğu, bu itibarla, doğal gaz dağıtım şebekesini yaparak işletecek olan şirketlerin belediye ile koordinasyon ve uyum içinde çalışmasının bir zorunluluk olacağı, bu durumu dikkate alan kanunun çıkabilecek sorunları öngörerek DPK 4/4-g hükmünü çözüm olarak getirdiği, bu çözümün, hem işin kamu hizmeti niteliği hem de belediyelerle koordinasyon ve uyum zorunluluğu gereği olarak iyi bir çözüm olarak görüldüğünü belirtmektedir. (*Aslan*, a.g.e, s. 246, 247). *Yayla* da, belediyelere ve belediye şirketlerine dağıtım şirketlerinde temsil hakkının sağlanmasının aynı zamanda dağıtım faaliyetinin gerektirdiği altyapı ve benzeri işlerin kolaylaştırma amacını taşıdığına da düşünülebileceğini belirtmek suretiyle *Aslan*'ın görüşüne iştirak etmektedir. (*Ahmet Yayla*, İdarenin Doğalgaz Piyasası Düzenleme Faaliyeti, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s.159-164) *Bülbül* ise, düzenlemeyle, dağıtım şirketlerinde bir kamu iç denetimi sağlamak ve dağıtım şirketlerinin kendi dağıtım bölgelerinde yapacağı çalışmalarını engelleyebilecek güce sahip belediyelerin dağıtım şirketlerinin yanına çekilmek istendiğinin amaçlandığını belirtmektedir. (*Mustafa Oğuzcan Bülbül*, Doğalgaz Piyasasında Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:77, Ankara, 2007, s.73)

karşılığı bulunmamaktadır. Örneğin maddede, belediye veya belediye şirketi tarafından *en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması* durumundan bahsedilmektedir. Bu ifadenin ne anlama geldiğinin netleştirilmesi gerekmektedir. DPK, eTTK döneminde yürürlüğe girmesi nedeniyle eTTK'nın, konuyu ilgilendiren hükümlerine bakılması gerekmektedir. eTTK'nın m.312 hükmüne göre anonim şirkette yönetim kurulu pay sahibi şirket ortaklarından oluşmak zorundaydı. Yani, pay sahibi olmayanların yönetim kurulu üyesi olabilmesi hukuken mümkün değildi. Hükümde, bu hükme rağmen, pay sahibi olmayan kimselerin üye seçilmeleri durumu da değerlendirilmişti. Pay sahibi olmayan kimselerin üye seçilmesi durumunda, bunların pay sahibi sıfatı kazandıktan sonra yönetime katılabilecekleri açıkça belirtilmişti. DPK m.4/4-g hükmü ile dağıtım lisansı yetkisi alınan şehirde bulunan belediyelerin, doğal gaz şehiriçi dağıtım şirketine ortak olması tercih edilmiş, bunun için yetkili dağıtım şirketinin belediyeleri veya belediye şirketlerini, sermaye şartı koymaksızın yüzde on oranında şirketine ortak olmaya davet etmesi zorunlu kılınmıştır. Bu hükümle, belediyenin veya şirketinin, dağıtım şirketinde yalnızca pay sahibi olması değil aynı zamanda, belediyenin veya şirketinin, dağıtım şirketinin yönetiminde de yer almasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu noktada, belediye veya belediye şirketinin *en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması* durumundan bahsedildiği görülmektedir. Genel olarak, anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyeliğine hak kazandırabilecek bir pay sahipliği oranı şeklinde tanımlanan belirli bir oran bulunmamaktadır. Çünkü TTK'da yönetim kurulunun seçimi için özel bir toplantı ve karar yeter sayısı öngörülmemiştir. Bu durumda, yönetim kurulunun seçiminde, genel kurulun, kararlarını alırken genel olarak tabi olduğu toplantı ve karar oranları esas alınacaktır. TTK m.418 hükmünde, genel kurulların, TTK'da veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanacağı, bu nisabın toplantı süresince korunmasının şart olduğu, ilk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmayacağı, kararların toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. TTK m.418 hükmünün, DPK'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan eTTK'nın m.372 ve m.378 hükümlerinde de, aynı şekilde yer aldığı anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, gerek eTTK'nın, gerekse TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde, yönetim kurulu üyelerinin

seçimi, genel kurula katılan pay sahiplerinin oranı ile bu pay sahiplerinin kullanacağı oy oranına bağlı olup, böyle bir durumda, genel olarak en az bir yönetim kurulu üyesi seçebilecek gibi sabit bir orandan bahsedilmesi mümkün değildir. eTTK'da, esas sözleşmede öngörülmek şartıyla, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceğine ilişkin olan TTK m.360 benzeri bir hüküm bulunmamaktaydı. DPK'nın m.4/4-g hükmünün, gönderme yaptığı mülga eTTK'daki m.275 hükmü ise, pay sahibi olmasa dahi devlet, il özel idaresi belediye gibi kamu tüzel kişilerine, konusu kamu hizmeti olan anonim şirkete yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı tanımaktaydı. Yani, DPK m.4/4-g hükmü gereği, yetkili dağıtım şirketinin davetine uyarak en az yüzde on oranında veya bedelini ödemek kaydıyla daha fazla oranda pay sahibi olan belediye veya belediye şirketine, yönetim kurulunda temsilci bulundurma açısından bu hükmün uygulanması mümkün değildi. Zira hüküm, şirkette pay sahibi olmayan kamu tüzel kişilerine yönetimde temsil hakkı tanınmasına ilişkindi. Bununla birlikte, dağıtım şirketinde en az yüzde on oranında veya bedelini ödemek kaydıyla daha fazla oranda pay sahibi olan belediye veya belediye şirketinin, yönetim kurulunda temsilci bulundurmasının garantisi bulunmamaktaydı. Bu nedenle, hem pay sahibi olup, eTTK'nın m.275 hükmü kapsamında pay sahibi olmayan kamu tüzel kişilerine tanınan yönetim kurulunda temsilci bulundurma ayrıcalığından yararlanamama riski ortaya çıkmıştır. Kanun koyucu, bu riski ortadan kaldırmak için, dağıtım şirketinde en az yüzde on oranında veya bedelini ödemek kaydıyla daha fazla oranda pay sahibi olan belediye veya belediye şirketinin, yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkını garanti altına almak ve bu haktan mahrum olmasını engellemek istemesi nedeniyle, DPK m.4/4-g hükmünde *en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması* şeklinde aslında TTK açısından karşılığı olmayan bir ifadeyi kullanmıştır. Bu ifadenin nasıl uygulama alanı bulacağı da belirsizdir. Bu belirsizlik nedeniyle, DPK m.4/4-g hükmü kapsamında, belediye veya belediye şirketinin hisse almadığı veya yüzde on veya bedelini ödeyerek daha fazla hisse aldığı her durumu, *en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse aldığı* şeklinde değerlendirerek, durumu EPDK'ya bildirmesi gerekmektedir. Bu durumda, EPDK tarafından, TTK m.334 hükmü kapsamında belediyeye veya belediye şirketine, şirket yönetim kurullarında temsil hakkı verecek

düzenlemelerin yapılması, dağıtım şirketinden istenecektir. TTK m.334 hükmünün uygulanabilmesi için ise esas sözleşmeye hüküm konulması gerektiği açıktır.

DPK 4/4-g hükmünde şirket yönetim kurulunun yanısıra denetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasından bahsedilmektedir. eTTK'da,(m.347- m.359 arasında yer alan hükümler) anonim şirketlerde iç denetim faaliyeti şirketin bir organı olarak görülen ve organlara has şekilde çeşitli yetkilerle donatılan denetçi veya denetim kurulları tarafından yerine getirilmekteydi. TTK ile denetim sistemi, köklü olarak vasıflandırılacak derecede değiştirilmiş, denetçi organ olmaktan çıkarılmış ve iç denetimi yerine getirecek başka bir organa da yer verilmemiştir. Bu nedenle, EPDK'nın, dağıtım şirketinden denetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını talep etmesi ve bu hükmün uygulanmasını talep etmesi hukuken mümkün olmayacaktır.

DPK m.4/4-g hükmünde, dağıtım lisansı alan şehir içi dağıtım şirketinin yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aramaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorunluğu, belediye veya belediye şirketine TTK anlamında tanınan bir tür imtiyaz olarak görülebilir mi sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. TTK m.478/1 hükmünde, ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabileceği belirtilmiştir. TTK m.478/2 hükmünde *imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı* olarak tanımlanmıştır. İmtiyaz tanınabilecek konular hükmünde sınırlı sayı prensibine göre belirlenmemiş olup, hükmünde belirtilenler dışındaki konularda da imtiyaz tanınması mümkündür. İmtiyazın ancak paya tanınabileceği hükmün Gerekçesinde de belirtilmiş olmasına rağmen, TTK m.360 hükmü saklı tutulmuştur. Yani, belirli pay gruplarına, özellik ve niteliklerine göre belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurullarında temsil edilme hakkı tanınabileceğine yönelik TTK m.360 hükmü ile TTK m.478 hükmüne istisna getirilmiştir.

TTK m.478 hükmüne göre imtiyazın oluşturulabilmesinin çeşitli koşulları bulunmaktadır. Öncelikle, imtiyaz ancak esas sözleşme ile oluşturulabilmektedir. Esas

sözleşmeye hüküm konulmaksızın imtiyaz oluşturulması mümkün değildir. Esas sözleşmede hangi konularda ve koşullar altında imtiyazın tanındığı hususlarının açıkça belirtilmesi bir gerekliliktir. İkinci olarak, imtiyazın, TTK m.360 hükmü istisnası dışında paya tanınması gerekmektedir. Yalnızca TTK m.360 hükmü kapsamında belirtilen istisnai durum ve şartlarda ise paya değil, pay sahiplerine imtiyaz tanınabilecektir. Bu istisna dışında, pay sahibine imtiyaz tanınması, TTK kapsamında mümkün değildir. Üçüncü olarak, imtiyaz, anonim şirketlerde oransallık ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. Kural olarak, pay sahipleri sermayeye katılma oranında pay sahipliği haklarına sahiptirler. Ancak anonim şirketlerde genel ilke paylar arasında eşitlik olmasına rağmen, bu eşitlik, mutlak bir eşitlik olmayıp nisbi eşitliktir. İmtiyazlı paylar oluşturulması durumunda da, TTK m.478 hükmünde belirtildiği gibi tasfiye payı, kar payı, rüçhan ve oy hakları konularında, özellikle aynı gruptaki paylar açısından nisbi eşitlik uygulanacaktır. Dördüncü olarak, m.478/3 hükmü doğrultusunda, sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemeyecektir. Hükmün devamında, bu hükme istisna getirilmiştir. Buna göre, bu hüküm, payları borsada işlem gören anonim şirketlere, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmayacaktır²⁷⁵.

²⁷⁵ Nuran Rabia Tola, “Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, (Temmuz 2017), s. 63-85; İlknur Kaya, “İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, (Ocak 2016), s. 225-245; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-09-16a, s.83,84; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.514-524; Hasan Pulaşlı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, (Haziran 2013), Sayfa: 1-12; Levent Biçer, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.111-164; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.276-280; Kayıhan, Şaban. Şirketler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 241-242; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) 2010, a.g.e, n.781-804, s.562-572; Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.152; Yavuz Can Aslan, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, (Aralık 2017), s.73-99; Yavuz Akbulak, “Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Oluşturulması”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89, Sayı: 6, (Kasım 2015), s. 111-121; Soner Altaş, “Yeni TTK’ya Göre İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paysahipleri Özel Kurulu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 83, (Temmuz 2013), s. 71-79.

Payda imtiyaz oluşturulmasına yönelik yukarıda bahsedilen nitelikler gözönüne alındığında, belediye veya belediye şirketlerine tanınan sermaye koyma zorunluluğu olmaksızın dağıtım şirketine en az yüzde on oranında ortak olma hakkının TTK m.478 hükmü anlamında imtiyaz şartlarını taşıyıp taşımadığı hususunun netleştirilmesi gerekmektedir. TTK m.478 hükmüne göre, öncelikle imtiyazın esas sözleşme ile oluşturulması gerekmektedir. Belediye veya belediye şirketlerine tanınan bu hakkın ise DPK m.4/4-g hükmünden kaynaklandığı hükmün, aynı zamanda esas sözleşmeye hüküm olarak konulması gibi bir zorunluluk da öngörülmediği tespit edilmiştir. Esas sözleşmede düzenlenmemesi yönüyle, sözkonusu hak, TTK m. 478 anlamındaki imtiyaza ilişkin hükme uygunluk göstermemektedir. Bir diğer husus, DPK m.4/4-g hükmünde belediye veya belediye şirketlerine tanınan ve bir ayrıcalık gibi gözükken ortak olma hakkı, paya tanınan bir hak değil, yalnızca belediye ve belediye şirketlerine yani pay sahibine özel olarak tanınan bir hak olarak gözükmemektedir. Bu hak kapsamında edinilecek paylara yönelik olarak, sermaye konulmaması şeklinde bir imtiyaz tanınmasından bahsedilmemektedir. TTK m.360 hükmü kapsamında belirtilen durum ve şartlarda pay sahibine imtiyaz tanınması dışında, TTK kapsamında mümkün olmayacağı ileri sürülse bile, TTK m. 478 hükmünde imtiyazın paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olabileceğine yönelik ifadeleri doğrultusunda, belediye ve belediye şirketlerine yani pay sahibine özel olarak tanınan sermaye koymaksızın ortak olma hakkının yeni bir pay sahipliği hakkı olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak bu şekilde oluşturulan imtiyazın da, her halükarda esas sözleşme ile oluşturulması zorunluluğu bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. DPK m.4/4-g hükmünde ise, şehiriçi doğal gaz şirketlerinin, esas sözleşmelerine bu yönde bir hüküm koyma zorunluluğundan bahsedilmemektedir. Esas sözleşmede düzenlenmeksizin, yalnızca yasal düzenlemeyle imtiyaz oluşturulması ise TTK hükümleri karşısında mümkün olamayacağından, belediye ve belediye şirketlerine yani pay sahibine özel olarak tanınan sermaye koymaksızın ortak olma hakkının yeni bir pay sahipliği hakkı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmek kanaatimce mümkün değildir.

Bunlara ek olarak, imtiyazlı paylarla imtiyaz oluşturulabilecek haklar TTK m.478 hükmünde sınırlı sayı prensibine tabi olmayacak şekilde belirtildiğini ifade etmiştik. Bu haklar kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklar olarak ifade

edilmiştir. Sermaye konusu burada imtiyaz tesis edilebilecek başlıklardan biri olarak belirtilmemiştir. Sermaye taahhüdü veya ödeme yükümlülüğü olmaksızın şirkete ortak olunabilme hakkı, imtiyaz tesis edilebileceği belirtilen bu haklarla benzerlik göstermediği gibi, bir sermaye şirketi olan anonim şirketin temel esaslarından biri olan şirkete sermaye koyma taahhüdü veya ödeme yükümlülüğü prensibine de aykırılık teşkil etmektedir. Sermaye şirketlerinde, sermaye koyma borcunun, ortakların en temel yükümlülüğü olduğu TTK m.127, m.128 hükümlerinde de ifade edilmiştir. Bu yükümlülük yerine getirilmediği durumda TTK m.128, m. 246 ve m.550 Hükmü kapsamında belirtilen haklar, ilgisine göre şirket veya pay sahipleri tarafından kullanılabilir. Bu açıklamalardan hareketle, sermaye koyma borcunun, sermaye şirketlerinde en temel borç olduğu, DPK m.4/4-g hükmüne benzer şekilde bu borcun yerine getirilmeksizin şirkete ortak olunabilme şeklinde bir imtiyaz tesis edilebilmesinin, TTK'nın sermaye şirketleri açısından kabul ettiği temel ilkelere aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyim.

DPK m.4/4-g hükmü doğrultusunda dağıtım şirketine ortak olma davetine belediye tarafından olumlu yanıt verilmesi, belediye ve şirketinin ortak olmayı kabul etmesi halinde, yüzde on oranındaki paya karşılık gelen sermaye koyma borcu kimin tarafından yerine getirileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde, borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı oldukça sert önlemler ve yaptırımlar öngörülmüştür. TTK'nın bu yaklaşımı ışığında, dağıtım şirketinin davetini kabul ederek ortak olmayı kabul eden belediye veya belediye şirketinin sahip olduğu ancak karşılığında sermaye koymadığı yüzde on oranındaki paya karşılık gelen sermaye koyma borcu, dağıtım şirketinde pay sahibi olan diğer ortaklar tarafından yerine getirileceği kanaatindeyim. Ancak bu kısma ilişkin sermaye borcunun, daveti kabul eden belediye veya şirketi adına yerine getirilmiş olması şarttır. Aksi halde, yani dağıtım şirketinde pay sahibi olan diğer ortaklar tarafından, sermaye koyma borcu, kendi adlarına yerine getirilmiş olmaları halinde, daveti kabul eden ve DPK 4/4-g hükmü gereği şirkete sermaye koyma yükümlülüğünü yerine getirmeyen belediyenin veya şirketinin yasal ve resmi olarak şirkette pay sahibi olmaları hukuken olanaklı değildir.

Belediye veya şirketinin ortak olmayı kabul etmesi halinde, yüzde on oranındaki paya karşılık gelen sermaye koyma borcunun kimin tarafından nasıl yerine getirileceği konusunda, primli pay çıkarılması bir diğer seçenek olabilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Anonim şirketin kuruluşu veya şirkette sermaye artırımı yapılması sırasında, TTK m.347 hükmü doğrultusunda primli pay çıkarılabilmektedir. Hükme göre, normal şartlarda, itibari değerinden daha aşağı bir bedelle pay çıkarılması mümkün olmamakla birlikte, payların itibarî değerinden yüksek bir bedelle yani primli olarak çıkarılabilmeleri mümkündür. Ancak hükümde, açıkça primli pay çıkarılabilmesi için esas sözleşmede hüküm veya genel kurul kararı bulunmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Prim, TTK m. 519/a göre hisse senedi çıkarma giderlerini karşılama, itfada, hayır ve yardım işlerinde kullanılacak bu amaçlarla kullanılmaması halinde ise genel kanuni yedek akçe olarak ayrılacaktır ²⁷⁶. Primin kullanıma amacı esas sözleşmede yer alabileceği gibi genel kurul kararı ile çıkarılma halinde ise bu genel kurul kararında kullanılma yerinin belirlenmediği takdirde genel kanuni yedek akçe niteliği kazanacaktır. Kanuni yedek akçeler ise sermaye gibi bilançonun pasif kısmında yer alır ve ortaklık alacaklılarına karşı güvence niteliği taşımaktadır²⁷⁷.

Bu noktada, dağıtım şirketinde, yüzde on oranında ortak olmayı kabul eden belediye veya şirketten DPK m.4/4-g hükmü gereği, paya karşılık gelen sermayenin konulması talep edilemeyeceğinden, paya karşılık olarak konulması gereken sermaye miktarı, çıkarılmış olan diğer ortaklara ait sermaye amacıyla çıkarılmış olan primli payların prim tutarından, karşılanabilecektir. Bu yolla da, dağıtım şirketindeki belediye veya şirketin dışındaki diğer pay sahipleri, yüzde on oranında ortak olmayı kabul eden belediye veya şirketinin payına tekabül eden sermayeyi temin etmiş olacaktır. Gerek, belediye veya şirketinin yüzde on oranındaki payına tekabül eden sermayenin, belediye veya şirketi adına, diğer pay sahipleri tarafından ödenmesi şeklinde olsun, gerekse primli çıkarılan paylara ilişkin primlerden ödenmesi şeklinde olsun, her durumda, belediye veya şirketinin yüzde on oranındaki payına karşılık gelen

²⁷⁶ Fatma Özcan, “Türk Hukukunda Primli Hisse Senetleri”, Prof. Dr. Tahir Çağa Anısına Armağan”, İstanbul, 2000, s. 369 vd.; Prim özel düzenlemesi nedeni ile üzerinde kar gibi serbestçe tasarruf edilmesi mümkün olmayan, sermayenin korunması için kullanılan ölçütlere tabi, kanunda belirtilen şekillerde kullanılması mümkün olan yedek akçe kaynaklarından biridir.

²⁷⁷ Özcan F, a.g.m, s.373.

sermaye miktarı belediye veya şirketin dışındaki diğer pay sahipleri tarafından karşılanmaktadır.

Şunu belirtmek gerekir ki, bu açıklamalar DPK m.4/4-g hükmü gereği, belediye veya şirketinin, sermaye koymaksızın dağıtım şirketine yüzde on ortak olmaya davet edilmesi üzerine, belediye veya şirketinin yüzde on ortak olmayı kabul etmesi halinde sözkonusu olacaktır. Belediye veya şirketinin DPK m.4/4-g hükmü gereği bedelini ödemek şartıyla yüzde onun üzerinde bir paya sahip olmak istemesi halinde, TTK'daki sermaye borcunun yerine getirilmesine yönelik hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Diğer yandan, dağıtım şirketinde sermaye artırımının olması durumunda, sermaye koymaksızın dağıtım şirketine yüzde on ortak olan belediye veya şirketinin, kendi payına isabet eden sermayeyi koyma borcu yükümlülüğü altında olup olmadığı da belirsizdir²⁷⁸. Zira DPK m.4/4-g hükmü, yalnızca, dağıtım şirketinin lisans aldıktan sonra belediye veya şirketini davet etme zorunluluğundan ve davet üzerine şirkete ortak olmak için belediye veya şirketinin sermaye koyma zorunluluğu olmaksızın ortak olma durumundan bahsetmekte olup, ortak olduktan sonra şirkette sermaye artırımının yapılması durumunda, belediye veya şirketinin sermaye payına karşılık gelen sermaye artırımının miktarını ödeme zorunluluğu olmadığından bahsetmemektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, sermaye konulmaması şeklinde bir imtiyaz tesisi mümkün olmadığı gibi, mümkün olsa bile DPK 4/4-g hükmünden, bu ayrıcalığın doğrudan belediye veya şirketine tanındığı, almayı kabul ettikleri yüzde onluk paya ilişkin olmadığı, bu payların gerek diğer pay sahiplerine gerekse üçüncü kişilere devri halinde, böyle bir ayrıcalık sözkonusu olmayacağı anlaşılmaktadır. Paya ya da pay sahibine tanınan bir imtiyaz olmadığı açık olan sermaye koymaksızın dağıtım şirketine yüzde on ortak olma hakkını kullanan belediye veya şirketi, TTK hükümleri kapsamında, şirketin yetkili organları tarafından usulüne uygun olarak sermaye artırımını kararı alması durumunda, yüzde on olan mevcut pay sahipliği oranını korumak için, sermaye artırımını kararına katılmak zorunda olacaktır. Diğer yandan, belediye veya belediye şirketi DPK m.4/4-g hükmü kapsamında sermaye koymaksızın sahip

²⁷⁸ Herhangi bir sermaye artırımının olması durumunda belediyenin payının ne olacağı hususunun ilgili mevzuatta düzenlenmeyen tartışmalı bir husus olduğu belirtilmiştir.(Bülbul, a.g.t, s.73, Dn:87)

olduğu yüzde on pay oranına isabet eden ve ödenmediği takdirde bu oranın aşağı düşmesine yol açacak bir sermaye artırımı kararı karşısında, bu şekilde yapılan bir sermaye artırımının DPK m. 4/4-g hükmüne aykırı olduğunu ve hüküm kapsamında sermaye koyma zorunluluğu olmamasının, her türlü sermaye koyma borcunu kapsadığını ileri sürse bile bu savunmanın²⁷⁹ TTK hükümleri karşısında bir geçerliliği olmadığı söylenebilecektir.

DPK m.4/4-g hükmünde TTK m.334 hükmüne gönderme yapılmaktadır. Hükümde, Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinden birine, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı verilebileceği, bu şirketlerde pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, ancak bunlar tarafından görevden alınabileceği, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haiz olduğu, kamu tüzel kişilerinin, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumlu olduğu, tüzel kişinin rücu hakkının saklı olduğu hususlarının düzenlendiği görülmektedir. TTK m. 334, DPK m. 4/4-g hükmünün tam anlamıyla yasal dayanağı değildir. Zira TTK m. 334, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkından bahsetmekte iken DPK m. 4/4-g hükmü, Kuruldan dağıtım lisansı alan şehir içi dağıtım şirketinin, yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aramaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorunda olduğundan bahsetmektedir. Pay sahibi olmadan yönetim kurulunda temsilci bulundurulması ile sermaye koymaksızın şirkete ortak olmak birbirinden farklı durumlardır. Zaten DPK m. 4/4-g hükmünün devamında, Kurum, belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya yasal tabirle, en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, TTK m. 334 hükmü gereği belediyeye, şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılması gerektiği öngörülmektedir.

²⁷⁹ *Yayla*, dağıtım şirketinde, sermaye artırımı kararı alınması durumunda belediyenin veya şirketinin pay oranının, dağıtım şirketi tarafından, TTK m.334 hükmü ile belediye veya şirketlerine sağlanan kamusal müdahale imkanını koruyacak şekilde yeni duruma uyarlanması gerektiğini ileri sürmektedir. (Yayla, a.g.e, s.161)

Bu durumda TTK m. 334, DPK m. 4/4-g hükmünün tam anlamıyla yasal dayanağı değil, aksine, tamamlayıcı hükmüdür.

Ancak TTK m.334'teki hüküm, DPK m.4/4-g'deki hükmün neden öngörüldüğüne dair ipuçları vermektedir. TTK m. 334 hükmünde, konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurulmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla, şehiriçi doğal gaz dağıtım faaliyetinin de bir kamu hizmeti olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu hizmeti olarak görülmesi nedeniyle, çok azı özelleştirilmiş olsa da, özelleştirilmiş olan şehiriçi doğal gaz dağıtım şirketlerinde, özelleştirme öncesi, çoğunlukla daha önce bu hizmeti yerine getiren belediye veya belediye şirketlerinden birinin, kamu temsilcisi olarak şirkete sermaye koyma zorunluluğu olmaksızın en az yüzde on pay sahibi olma hakkı tanınmış ve bir anlamda, şirket faaliyetini sürdürürken kamu denetimine tabi kılınmıştır.

DPK m.4/4-g hükmündeki zorunluluk, TTK kapsamında pay sahipliğine ilişkin şartlara dair açıklamalardan anlaşılacağı üzere, TTK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira, anonim veya limited hiçbir şirkette, ortakların başka birine ortaklık daveti gönderme belirli bir oranda sermaye şartı da olmaksızın pay verme zorunluluğu bulunmamaktadır. DPK m.4/4-g hükmündeki zorunluluk ile belediye veya belediye şirketlerinden biri, yani kamu lehine ancak şirket aleyhine bir durum oluşturulmuştur. Yani, şehiriçi doğal gaz dağıtım şirketi, sermayesinin tamamını taahhüt ettiği ve bu kapsamda payların tamamına sahip olması gerekirken, belediye veya belediye şirketinin daveti kabul etmesi halinde, belediye veya şirketinin payına isabet eden yüzde on oranındaki paya ilişkin sermayeyi de ödemek zorunda kalacağından ancak yüzde doksan oranında pay sahibi olacaktır. Belediye veya belediye şirketi ise, herhangi bir sermaye taahhüdünde bulunmaksızın şirkette pay sahibi olacak ve pay sahipliğinden kaynaklanan tüm haklarını TTK hükümleri ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde kullanma hakkına sahip olacaktır.

Belediye veya belediye şirketine, DPK m.4/4-g hükmüne göre seçenekler tanınmıştır. Buna göre şirket tarafından yapılan davetin belediye veya belediye şirketi tarafından kabul edilmesi durumunda, belediye veya belediye şirketi sermaye koymaksızın şirketin yüzde on oranında payına sahip olacak ve pay sahipliğinden

kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanma imkanına sahip olacaktır. DPK m.4/4-g hükmüne göre belediye veya belediye şirketi, yüzde on oranından ortaklığı yeterli görmeyip, daha fazla paya sahip olmayı talep etmesi halinde, bedelini ödemek kaydıyla bu sermaye oranını, en fazla yüzde on oranında artırabilme hakkına sahiptir. Yani, toplamda şirketin sermayesinin yüzde yirmi oranına kadar paylarını elde etme imkanı elde edebilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, maddede belirtilmemesine rağmen, pay sahipliğine bağlı haklar açısından bedelsiz alınan yüzde onluk pay ile bedeli ödenerek edinilen pay arasında herhangi bir fark bulunmayacaktır. Bedelsiz yüzde on payın üzerinde bedelini ödemek şartıyla fazla pay talep etme hakkı, ancak ilgili belediye veya şirketine, Hazineye borcu bulunmaması ve ilave kredi talep etmemesi veya Hazineye olan kredi borçlarını tasfiye ettikten sonra, bu amaçla Hazine garantili kredi sağlamaması kaydıyla mümkün olabilir.

Belediye veya belediye şirketi, hisse almamayı veya yasal tabirle en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse almayı da tercih edebilir. Bu durumda, EPDK, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilecektir. Bu düzenleme ile öncelikle TTK m. 334 gereği, esas sözleşmeye, hiç veya yeterli oranda pay sahibi olmasalar da, belediye veya belediye şirketine anonim şirketin yönetim kurulunda temsilci bulundurmak hakkı verildiğine ve bu yönetim kurulundaki temsilcilerin, ancak bunlar tarafından görevden alınabileceğine ilişkin hüküm konulması kastedilmektedir. Bu durumda, belediye veya belediye şirketi, şirkette, hiç veya yeterli oranda pay sahibi olamasa da yönetim kurulunda üye bulundurma hakkı elde etmiş olacaktır. Yönetim kurulu üyesinin konumu ayrıcalıklı olmayıp, diğer yönetim kurulu üyelerininki gibi olacaktır. Belediye veya belediye şirketi tarafından yönetim kuruluna atanacak temsilciye karar alınmasında birtakım ayrıcalıklar tanınmasına bir engel olmadığı kanaatindeyim. Belediye veya belediye şirketine TTK m.478 ve m.479 hükümleri kapsamında, esas sözleşmede hüküm öngörülme veya değişiklik yapmak suretiyle imtiyazlı pay verilerek, özellikle alınacak kararlarda belediye veya belediye şirketine yönetimde etkin olma imkanı verilebilir. Belediye veya belediye şirketine, imtiyazlı pay vasıtasıyla, kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi konularda imtiyaz sağlanabileceği gibi, TTK m.360 hükmü kapsamında pay sahibi olarak belediye veya şirketine yönetim kurulunda

temsil edilmek üzere, yönetim kurulu üyelerinin kendilerinin sahip olduğu pay grubundan seçilmesi veya yönetim kuruluna sahip olduğu pay grubunun aday göstermesi gibi pay sahibine tanınan imtiyazlar da tanınabilecektir. Son olarak, DPK m. 4/4-g hükmü tarafından yapılan gönderme doğrultusunda TTK m. 334 hükmüne göre, şirketin yönetim kurulunda temsil hakkı verecek oranda belediye veya belediye şirketinin pay sahibi olmadıkları durumda, EPDK'nın talebiyle, şirketin esas sözleşmesine bu yönde hüküm konulması öngörülmüştür. Belediye veya belediye şirketi, şirketin davetini kabul ederek yönetim kurulunda temsil hakkı verecek oranda pay sahibi olduysa, bu durumda pay sahipliğinin sağladığı haklar doğrultusunda yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkına sahip olacağından, esas sözleşmeye bu yönde özel bir hüküm konulması öngörülmemiştir.

DPK m.4/4-g hükmündeki zorunluluğun, lisans alan şehiriçi doğal gaz dağıtım şirketinin limited şirket olarak kurulması halinde uygulamasının nasıl olacağının belirlenmesi de gerekecektir. Limited şirket olarak kurulan dağıtım şirketinin belediye veya belediye şirketinin yüzde on oranında ortak olmasına ilişkin daveti, anonim şirketlerde olduğu gibi gerçekleştirilecektir. Ancak hükmün ortak olmaya davet etmekle sınırlı olmadığı açıktır. DPK m.4/4-g hükmünün, anonim şirketleri esas alarak, belediye veya şirketinin temsilini güvence altına almak üzere TTK m.334 hükmüne gönderme yaptığı da görülmektedir. Oysa DPK m.4/3 hükümde piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı olması gerektiği açıkça belirtilmek suretiyle, doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin limited şirket olarak ta kurulabileceğini vurgulamıştır. TTK m.334 hükmü, TTK'nın limited şirketlere de uygulanacağını belirttiği anonim şirkete ilişkin hükümlerden biri de değildir. Böyle bir durumda, limited şirket olarak kurulan doğal gaz dağıtım lisansını elde eden şirketin limited şirket olarak kurulması halinde, belediye veya şirketinin temsilini güvence altına almak üzere gönderme yapılan TTK m.334 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle, dağıtım şirketinin anonim veya limited olarak kurulması, belediye veya şirketinin temsilini güvence altına alma açısından farklı sonuçlar doğuracaktır. Kanaatimce, limited şirket olarak kurulan dağıtım şirketi, anonim şirketlerde olduğu gibi referans yapılan TTK m.334 hükmü gibi bir hüküm olmaması ve TTK m.334 hükmünün kıyas yoluyla limited şirketlere de

uygulanacağına dair bir hüküm olmaması karşısında, belediye veya şirketinin temsilini güvence altına alma açısından bir düzenleme yapmak zorunda kalmayacaktır. Bu yönüyle, DPK 4/4-g hükmünün limited şirketleri dikkate almaksızın yalnızca anonim şirketleri esas alarak kaleme alınması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

DPK m. 4/4-g hükmündeki zorunluluğun, görünüşte TTK'ya aykırı olmasına rağmen uygulanabilir olmasının dayanağı, enerji şirketlerinin yapısına yönelik birçok regülasyon müdahalesinde olduğu gibi, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında belirtilen kısmın uygulanacağına yönelik ifadeler içeren TTK m. 330 hükmüdür. TTK m.330 hükmüne ilişkin açıklamalar ve tartışmalar da yukarıda yeteri derecede yer verildiğinden burada tekrar edilmeyecektir²⁸⁰.

DPK m.4/4-g hükmünde, şirketçe esas sözleşmeye hüküm konulmasının ancak belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya yasada kullanılan tabirle, en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, şirketin, durumu EPDK'ya bildirmesi gerektiği, bu durumda EPDK tarafından, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasının istendiği görülmektedir. Kanun hükmünden kaynaklanmış ve emredici nitelikte olsa bile TTK m.340 hükmünde yer alan düzenleme nedeniyle, TTK nezdinde, tamamlayıcı hüküm görülebilecek ve diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı ifadeleri ışığında TTK açısından geçersiz görülebilecektir. Diğer yandan, DPK m.4/4-g hükmünün, maddede belirtilenler dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı, düzenlemesini öngören TTK m.333 hükmüyle de çeliştiği açıktır.

Belediye veya şirketinin, dağıtım şirketi tarafından DPK m.4/4-g hükmü doğrultusunda sermaye koyma zorunluluğu olmaksızın yüzde on oranında ortak olmaya davet edilmemesinin TTK hükümleri karşısındaki durumunun ne olacağı belirlenmelidir. DPK m.4/4-g hükmünün, yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı

²⁸⁰ Bkz.Birinci Bölümde 1.3.2 TTK 330. Maddesi (s.69 v.d) ile 1.3.5 TTK'nın 210/2, 330, 333, 340.Maddeleri Arasındaki Kanuni İlişki (s.91 v.d) başlıkları altında yer alan açıklamalarımız.

üzere TTK'da karşılığı olmadığı gibi, TTK hükümlerine aykırılık teşkil ettiği görülmektedir. Bu nedenle, DPK m.4/4-g hükmünde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen dağıtım şirketinin, belediye veya şirketini ortak olmaya davet etmeme işleminin TTK açısından bir sonucu veya yaptırımı bulunmamaktadır.

3.2.4. Sermayeye Yönelik Zorunluluklara Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları

Yukarıda, sermayeye yönelik belirlenen hükümlerin esas sözleşmelere hüküm olarak konulmasının enerji mevzuatı kapsamında EPDK tarafından alınan kararlarla enerji şirketleri için zorunlu kılındığı görülmektedir. Bu zorunlulukların yerine getirilip getirilmediği EPDK tarafından, ilgili lisans başvurusunda bulunan şirket tarafından sunulan esas sözleşme incelenmek suretiyle denetlenmekte ve elektrik piyasası açısından EPK ile EPLY'de, doğal gaz piyasası açısından DPK ile DPLY'de yer alan hükümler kapsamında yaptırımlar²⁸¹ uygulanmaktadır.

EPLY m. 16/4-g hükmü kapsamında lisans başvurusunun Kurul kararıyla reddedileceği düzenlenmiştir. Şayet üretim faaliyeti için şirket tarafından önlisans elde edilmişse, EPLY m. 19/4 hükmü doğrultusunda, Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında, lisans alınıncaya kadar EPDK tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle EPK'nın m. 16/1 ve 16/2 hükmü çerçevesinde, önlisans iptal edilecektir. Yine, önlisans edinmiş elektrik üretim şirketi, esas sözleşmeye dercedilmesi zorunlu olan sermaye yükümlülüklerine ilişkin hükümleri dercetmez veya değiştirirse, EPLY m. 23/2-a hükmünde yer alan önlisans kapsamında öngörülen yükümlülüklerinden herhangi birinin süresi içerisinde tamamlanmadığının anlaşılması halinde, söz konusu tüzel kişinin lisans başvurusunun Kurul kararı ile reddedileceği düzenlemesi doğrultusunda, lisans başvurusu reddedilecek ve şirket üretim faaliyetini yerine getiremeyecektir. EPLY m. 27/1 hükmü doğrultusunda, lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması halinde, fiilin niteliğine göre EPK'nın m. 16 hükmünde öngörülen yaptırımların uygulanacağı vurgulanmıştır.

²⁸¹ Sermaye yükümlülüğüne aykırı davranılması, genel olarak aynı zamanda esas sözleşmeye konulması gereken hükümlerin konulmaması suretiyle de ayrıca ihlal de teşkil ettiğinden, bu duruma uygulanacak yaptırımlar *2.4.9 Esas Sözleşme İle İlgili Hükümlere Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları* başlığı altında detaylı değerlendirilmiş, bu başlık altında genel bir izahla yetinilmiştir. (Bkz. s. 148 v.d.)

Gönderme yapılan EPK m. 16 hükmünde ise, çeşitli ihlaller ile ihlal durumunda para cezası ve lisansın iptali gibi yaptırımların uygulanacağından bahsedilmektedir. Sermaye yükümlülüğü ile buna ilişkin hükümlere esas sözleşmede yer verilmemesi halinde Yönetmeliğin m. 16/1-b,c hükümlerine göre, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmaması ihtarına rağmen aykırı durumlarını devam ettiren veya tekrar edenlere idari para cezası verilecektir. EPK m.16/1-ç hükmüne göre otuz gün süre verilmesi, yapılacak yazılı ihtara rağmen aykırı bu durumun devam ettirilmesi halinde şirketin lisansı iptal edilir.

Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık olarak değerlendirilen sermaye azaltımı kararı, niteliği itibariyle düzeltilme imkanına sahip bir aykırılık olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu açığa kavuşturulmalıdır. Şirket tarafından sermaye azaltımı kararı alındıktan ve tescil edildikten sonra, EPDK tarafından aykırılığın tespit edilmiş olması durumunda, şirket tarafından bu karara onay yerine geçmek üzere, EPDK tarafından icazet verilmesi talep edilerek, bu aykırılık giderilebilir mi sorusu akla gelmektedir. EPDK onayın alınmaksızın tescil ve ilan edilmiş bir sermaye azaltım kararı, her ne kadar enerji mevzuatı açısından aykırılık olarak değerlendirilse de, iptal edilmediği sürece, TTK hükümleri karşısında geçerli olarak kalacaktır. Sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK onayının alınacağına ilişkin esas sözleşmede yer verilmesine ilişkin EPLY m.5/ç-2 hükmünden, bu onayın değişiklikten önce alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, EPDK onayı alınmadan sermaye azaltımına ilişkin alınan kararın alınması bu aykırılığın tespit edilmesi durumunda, bu aykırılık giderilebilmesini sağlamak amacıyla şirket tarafından bu karara onay yerine geçmek üzere, EPDK tarafından icazet verilmesi talep edilse bile, EPDK tarafından EPLY m.5/ç-2 hükmü karşısında böyle bir işleme sonradan icazet verilmesi ve bu aykırılığın giderilebilmesi mümkün değildir.

Bir diğer yol olarak, sermaye azaltımı yapan şirketin, yaptırıma maruz kalmamak amacıyla bunu telafi etmek için sermaye artırımı yaparak şirketin sermayesinin, sermaye azaltımı öncesindeki seviyesine getirilmesidir. TTK'da sermaye azaltımı kararı sonrasında, aykırılık teşkil eden bu kararı giderecek şekilde sermaye artırımı kararı alınmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu

durumda, yaptırıma uğramaktan kurtulmak için, aykırılığın niteliğine göre Kurul tarafından aykırılığın giderilmesi için şirkete verilecek otuz günlük süre içinde sermaye artırım kararının alınarak, sermaye azaltım kararının sonuçlarını gidermesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde sermaye artırım kararı alınarak tescil ve ilan edilmemesi durumunda, şirket sözkonusu hükümde belirtilen beş yüz bin Türk Lirası idari para cezasına uğramaktan kurtulamayacaktır. EPK m.16/2 hükmü, Kurulun para cezalarını gerektiren fiiller için fiilin niteliğine göre ihtar sürelerini farklı uygulayabileceğinden bahsetmektedir. Bu hükümden, Kurulun, şirkete, aykırılığı gidermesi için EPK m. 16/1-b hükmünde belirtilen otuz günlük süreden daha fazla bir süre verebileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu konuda takdir yetkisi, Kurula ait olup, şirketin, aykırılığı gidermek için Kurulu otuz günden fazla bir süre vermesi konusunda zorlaması hukuken olanaklı gözükmemektedir

Yine EPK m.16/1-f hükmünde lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığı saptanması hâlinde de lisans iptal edilmektedir. EPK m. 16/2 hükmünde, para cezasına konu fiilin; verilen ihtar süresi içerisinde giderilmemesi veya tekrarlanması hâllerinde para cezaları, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idari para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz. Ancak, aynı fiilin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde artırılarak uygulanacak cezaların, şirketin bir önceki mali yıla ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onunu aşması hâlinde Kurul, lisansı iptal edebilir. Sermaye yükümlülüğüne ilişkin esas sözleşmede bulunması gereken hükümlerin asgari sermaye yükümlülüklerine aykırı olarak bulunması veya bu zorunluluğa aykırı olarak değiştirilmesi halinde, en iyi ihtimalle para cezası, en kötü ihtimalle önlisans veya lisans iptali yaptırımlarından biri ile karşılaşılabacaktır.

Doğal gaz piyasası için de elektrik piyasasında olduğu gibi, sermayeye ilişkin düzenlemelere aykırılık durumlarının mevcudiyeti halinde şirketler için çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. DPLY m. 41 hükmünde lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir. DPK m. 9/b

hükümündeki, Kanun hükümlerine ve çıkarılan yönetmelik, talimat ve tebliğlere aykırı hareket edildiğinin saptanması halinde, idarî para cezası verileceği ve otuz gün içinde aykırılığın giderilmesinin ihtar edileceğine ilişkin düzenleme kapsamında hareket edilecektir. İhtara rağmen düzeltilmemesi veya tekrarlanması hallerinde idarî para cezaları her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanacaktır. Bu cezaların hükümde belirtilen düzeye ulaşması halinde, Kurul, lisans veya sertifikayı iptal edebilmektedir.

DPK m. 9/c hükmünde de lisans veya sertifika genel esasları ve yükümlülüklerinden herhangi birisinin yerine getirilmediğinin saptanması halinde de para cezası ve düzeltme ihtar verilmesi öngörülmüştür. DPK m. 9/g hükmünde de lisans veya sertifikanın verilmesine esas olan şartların, faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortadan kalktığına saptanması halinde lisans veya sertifikanın iptal edileceği belirtilmiştir. idarî para cezalarını gerektiren fiillerin ihtara rağmen düzeltilmemesi veya tekrarlanması hallerinde idarî para cezaları her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanmaktadır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idarî para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz. Ancak, aynı fiil iki yıl içinde işlendiği takdirde, artırılarak uygulanacak idarî para cezasının tutarı cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki malî yılına ilişkin bilançosundaki safi satış hasılatının yüzde yirmisini aşamaz. Cezaların bu düzeye ulaşması halinde, Kurul lisans veya sertifikayı iptal edebilir. Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren lisans sahibi şirketlerin sermaye yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde burada bahsedilen yaptırımlarla karşılaşılacaktır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE PAYLARA, PAY SAHİPLİĞİ YAPISINA VE PAY DEVRİNE YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1. TTK'YA GÖRE ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERDE PAY VE PAYLARIN DEVRİ

TTK m. 329/1 hükmünde, anonim şirket tanımlanırken sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olmasından bahsedilmektedir. Gerek bu hükümde, gerekse, TTK'da yer alan sermayeye, pay sahipliği ile pay sahibinin haklarına ve pay senetlerine ilişkin birçok hükümde, pay kavramının kullanılmış olması, kavramın birden çok anlam taşıdığına göstergesidir.

Anonim şirketlerde, payın, sermaye açısından, esas sermayenin belirli bir parçası anlamını ifade ettiği görülmektedir. Payın itibari değerinin en az bir kuruş olduğunu ifade eden TTK m. 476/1 hükmü bu hususu açık bir şekilde ifade etmiştir. Pay, gerek kuruluşta gerekse sermaye artırımlarında tescil ile meydana gelmektedir. Bu durum, TTK'da sermaye ve sermayenin artırılmasına yönelik hükümlerden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, pay kavramının pay sahipliği anlamına gelecek şekilde kullanıldığı da görülmektedir. Sermaye şirketlerinde, payın, ön planda ve belirleyici olduğu, pay sahibinin şirketteki konumunun, sahip olduğu payın niteliğine, niceliğine göre belirlendiği bir gerçektir. Bu yönüyle, payın, pay sahibinin şirketteki statüsünü belirleyen ek bir işlev gördüğü söylenebilecektir. Pay kavramı, anonim şirketlerde, pay sahiplerinin, şirket üzerinde sahip oldukları hak ve borçlarını belirlemek için de kullanılmaktadır. Şirketin elde ettiği kardan veya tasfiye haline girdiyse borçlar ödendikten sonra kalan miktar, pay sahipliği oranına göre dağıtılmaktadır. Genel kurula katılma hakkı, şirkette pay sahibi olmaya bağlıdır. Aynı şekilde, genel kurulda oy verme hakkı da ancak şirkette pay sahibi olanlara özgü bir haktır. Sahip olunan hakların belirlenmesinde, pay sahipliği kadar sahip olunan

payların niteliği de (imtiyazlı-imtiyazsız) önemlidir. Paydan kaynaklanan en önemli borç olan sermaye borcunun tespit edilmesi de, sahip olunan paya göre belirlenmektedir²⁸².

Pay kavramının, payı temsil eden kıymetli evrak, yani pay senedi anlamında da kullanıldığı görülmektedir²⁸³. Pay senedi hem pay sahipliği sıfatını hem de esas sermayeye katılım miktarını gösteren ve ortaklık haklarını içeren belgedir²⁸⁴. Senede bağlanmamış pay için çıplak pay tabiri kullanılmaktadır²⁸⁵. Payların hamiline veya nama yazılı olup olmamasına ilişkin hükme esas sözleşmede yer verilmesi zorunlu olan hususlarda olmakla birlikte, eTTK'nın aksine, TTK m.486/2 hükmünde, hamiline yazılı pay senedinin, pay bedelinin tamamının ödenmesinden itibaren üç ay içinde pay senetlerinin bastırılarak pay sahiplerine dağıtılması zorunlu kılınmamıştır. Hüküm, pay senedi bastırılıncaya kadar pay senedi yerine geçmek üzere ilmühaber bastırma imkanı tanımaktadır. Hükümün devamında, hamiline yazılı pay senedi yerine bastırılan ilmühabere, hamiline yazılı pay senedine ilişkin hükümler değil, nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı hususuna yer verilmiştir. Ayrıca, nama yazılı paylar açısından, TTK m.486/3 hükmünde, azlığın talep etmesi halinde pay senedinin bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılacağına yönelik zorunluluk öngörülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, senede bağlanmamış olan pay senedi ile senede bağlanmış olan pay senedi arasında sağladığı haklar açısından bir farklılık yoktur.

Payların, karşılıkları açısından nakit karşılığı pay, ayın karşılığı pay, oy hakkı sağlayıp sağlamaması açısından, oy hakkı olan pay, oydan yoksun olan pay, itibari değer açısından itibari değeri olan, itibari değeri olmayan pay(SerPK m.12/2), imtiyaz

²⁸² Ünal Tekinalp (Reha Poroy, Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2014, n.758, s.545; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.112; Sevi 2014, a.g.e, s.29-35; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.506-508; Nihat Taşdelen, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.5-12; Necdet Uzel, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, İstanbul, s.28,29; Emine Özdamar, Anonim Şirkette Pay Devri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.22-28.

²⁸³ Tekinalp (Poroy /Çamoğlu) 2014, a.g.e, n.762, s.546; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.112,113; Özdamar E, a.g.e,s.24.; Güventürk Kızılyel, Sermaye Piyasasında Anonim Ortaklıkların Pay Devri ve Sınırlamaları, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s.8.

²⁸⁴ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.506,507; Özdamar E, a.g.e, s.25; Taşdelen N. 2005, a.g.e, s.45.

²⁸⁵ Kızılyel, a.g.e, s.7; Tekinalp (Poroy /Çamoğlu) 2014, a.g.e, n.764, s.547; Özdamar, a.g.e, s.49; Sevi 2014, a.g.e, s.34,35.

sağlayıp sağlamaması açısından imtiyazlı pay, adi pay, sermaye artırımlarında, artırımın kaynağına göre bedelli pay, bedelsiz pay olarak sınıflandırıldığı görülmektedir²⁸⁶.

Limited şirketlerde payın, anonim şirketteki paydan farklı yönleri bulunmaktadır. TTK 523/1 hükmünde belirtildiği gibi, limited şirketin esas sermayesi belirli olup bu sermaye ortak veya ortaklarca taahhüt edilen esas sermaye paylarının toplamından oluşmaktadır. TTK m.583 hükmüne göre limited şirketlerde esas sermaye paylarının itibari değeri en az yirmibeş Türk Lirası olarak belirlenmiş olup, bu değer altına inilebilmektedir. Esas sermaye paylarının itibari değerleri farklı olabilmektedir. Ancak her halükarda esas sermaye paylarının değeri yirmibeş Türk Türk Lirası ve katları olmak zorundadır. Bir ortak birden fazla esas sermaye payına da sahip olabilmektedir. Ayrıca esas sermaye payları itibari değerden veya bu değeri aşan bir bedelle çıkarılabilmektedir. Maddenin Gereğesinde limited şirketteki paylara ilişkin itibari değer ifadesinin anonim şirketteki anlamından hem teorik hem de dogmatik düzen yönünden farklı olduğu vurgulanmıştır²⁸⁷.

Limited şirketler, esas sermayeye ilişkin pay senetleri açısından da, anonim şirketlerden farklılık göstermektedir. Limited şirketlerde pay senetleri, TTK m. 593/2 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, anonim şirketlerin aksine ya ispat aracı niteliğinde ya da nama yazılı senet şeklinde olabilmektedir.

Anonim şirketlerde payların devrinde genel kural, payların serbestçe devredilebilmesidir. Bu durum, TTK m. 489, m.490 hükümlerinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, payların devrindeki serbestlik, payın senede bağlanmış olup olmaması açısından değişkenlik göstermemektedir. Ancak payların devrine ilişkin bu serbestlik, TTK m. 492 hükmünde yer alan düzenleme doğrultusunda esas sözleşmeye konulacak hükümle sınırlandırılabilir. Bunun dışında, TTK'da

²⁸⁶Tekinalp 2015, a.g.e, pr.9-08-9-16a, s.82-99; Tekinalp (Poroy /Çamoğlu) 2014, a.g.e, n.7773, s.558-564; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.275-280; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.508-526; Özdamar E, a.g.e, s.22-28; Kızılyel, a.g.e, s.13-15; Sevi 2014, a.g.e, s.34,35.

²⁸⁷Bahtiyar, gerekçedeki ifadenin yanıltıcı olup, sermayenin paylara bölünmesi ile esas sermaye payının bölünmesinin farklı olduğu görüşünü ileri sürerken, Tekinalp, TTK 583/2 hükmü ve Gereğesinden hareketle sermayenin paylara bölünmediği görüşünü ileri sürmektedir. Konu ile ilgili görüş ve tartışmalar için bkz. Tekinalp 2015, a.g.e, pr.18-20, s.520; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.420; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.702-F.

payların devrini sınırlayan kanuni sınırlamaları içeren birtakım düzenlemeler de bulunmaktadır. TTK m. 491 hükmünde bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların ancak şirketin onayı ile devrolunabileceği belirtilerek, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşen devirler bu kısıtlamanın dışında bırakılmıştır. TTK m.352 deki pay taahhüdünün şirketin tescilinden önce devrinin şirkete karşı hükümsüz olduğuna ilişkin düzenleme ile TTK m.486 hükmündeki şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan payların geçersiz olduğuna ilişkin düzenlemesi, bastırılmış olsa bile, tescilden önce payların devrine izin vermemektedir. TTK m.493 ve m.494 hükümlerinde, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin, hüküm kapsamında esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek reddedilebileceği hususu ile sonuçları düzenlenmiştir. TTK m.495-498 maddeleri arasında ise, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrine yönelik düzenleme kapsamında, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimsenin, pay sahibi olarak tanınmasını şirketçe, ancak esas sözleşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile öngörmüş ve ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörülmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Pay devrinin kısıtlanmasına yönelik bir diğer hüküm TTK m.379 dur. Hükme göre bir şirket, kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez. Hükümün, üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerli olacağı ifade edilmiştir. Hükümün uygulamasına yönelik olarak şartlara ve istisnalara TTK m.380-389 arasında bulunan maddelerde yer verilmiştir. Bunun dışında, özel kanunlarca pay devirlerine yönelik olarak getirilen kısıtlamalar da sözkonusudur. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesi, bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuzüç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerini BDDK'nın iznine tâbi kılmıştır.

TTK m. 499 hükmünde, şirketçe, senede bağlanmamış pay ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa hakkı sahiplerinin, ad, soyad, unvan ve adresleriyle beraber, pay defterine kaydedileceği, payın usulüne uygun olarak devredildiği veya üzerinde intifa hakkı kurulduğu ispat edilmediği sürece, devralan ve intifa hakkı sahibi olarak pay defterine yazılamayacağı vurgulanmaktadır. Şirket, pay defterine kayıt yaptıktan sonra, kaydın yapıldığını pay senedine işlemektedir. Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilmektedir. Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin SerPK hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler ise saklı tutulmuştur.

Limited şirketlerde ortak sıfatının kazanılmasının bir yolu aslen iktisap iken, diğer yolu devren iktisaptır. Devren iktisap ise, bir payın ortaktan devralınması veya payın miras yoluyla intikal etmesi, eşler arasındaki mal rejimi nedeniyle payın el değiştirmesi ve son olarak cebri icra yoluyla satışa çıkarılan payın bir kişi tarafından alınması durumlarında sözkonusu olmaktadır²⁸⁸. Limited şirketlerde pay devri, anonim şirketlerdeki pay devrinden belirli noktalarda ayrılmaktadır. TTK m. 595 hükmüne göre limited şirketlerde esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır. Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Bu durumda devir ancak bu onayla geçerli olur. Yine, şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulu sebep göstermeksizin onayı reddedebilir. Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, şirket sözleşmesinde pay devri tamamen yasaklanabileceği gibi, pay devrinin ortaklar genel kurulunun onayına bağlı kılınmayacağı kararlaştırılabilir. Şirket sözleşmesinde, genel kurulun ancak gerekçe göstererek pay devrini reddedebileceği düzenlenebilir. Şirket sözleşmesi devri yasaklamış veya genel kurul onay vermeyi reddetmişse, ortağın haklı sebeple şirketten çıkma hakkı saklıdır. Şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul, şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile, onayı reddedebilir. Başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul reddetmediği takdirde onayı

²⁸⁸ Çebi 2019, a.g.e, s.229.

vermiş sayılır. TTK m. 596 hükmünde ise limited şirketlerde esas sermaye payının miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi halinde tüm hak ve borçların, genel kurulun onayına gerek kalmaksızın iktisap edecek kişiye geçeceği, şirketin üç ay içinde onay vermeyi reddedebileceği, üç ay içinde açıkça ve yazılı olarak reddedilmemişse devre onay verilmiş sayılacağı hususları düzenlenmiştir. Pay devri işleminin gerçekleştirilmesi ile süreç sona ermemektedir. TTK m.598 hükmünde limited şirketlerde esas sermaye payının devrinin tescili için şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulacağı, başvurunun otuz gün içinde yapılmamış olması halinde ayrılan ortağın, devredilen paylarla ilgili olarak adının silinmesini talep edebileceği, bunun üzerine sicil müdürünün şirkete, iktisap edenin adını bildirmesi için süre vereceği, bu süre zarfında sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin bu güvenin korunacağı ifade edilmiştir²⁸⁹.

Görüldüğü üzere anonim şirketlerde, belirtilen istisnalar dışında pay devrinde benimsenen temel ilke serbestliktir. Limited şirketlerde esas sermaye payının devrinde ise nispi bir serbestlik benimsenmiştir. Her iki şirket için payların devrine yönelik serbestliğin kısıtlanması konusuna yönelik olarak esas sözleşmeye veya şirket sözleşmesine ilişkin hüküm konulması pay sahiplerine ve ortaklara bırakılmıştır.

²⁸⁹ Limited şirketlerde pay devrine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Barbaros Çağa, “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3, (Haziran 1974), s.581-602 Sevdâ Bora, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri- Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 7, (Ocak 2013), s.75-93; Neslihan Pelvan, “Limited Şirketlerde Pay Devri”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 107, (Mart 2019), s.84-87; Ramazan Gönen, “Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 2, (Mart 2013), s.388-396; İsmail Doğanay, “Limited Ortaklıkta Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nelerdir?” BATİDER, Cilt:8, Sayı:1, (1975), s.83-93; A.Bumin Doğrusöz, “Limited Şirkette Pay ve Pay Devri”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:63 (Mart 1998) s.58-59; Ergin Erdil, “Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Devri”, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı: 171, (Mart 2010), s.11-31; Ahmet Selim Sarıkaya, “Mevcut 6762 Sayılı TTK ve Yeni Taslakta Limited Şirketlerde Pay Devri”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:159, (Mart 2006), s.233-238.; Ertan Demirkapı, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008.

4.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE PAYLARA, PAYSAHİPLİĞİNE VE PAYLARIN DEVRİNE YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİ

4.2.1. Payların Nama Yazılı Olması Zorunluluğu

Elektrik piyasası açısından EPK m. 4/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olması gerektiği piyasa faaliyeti icra edecek şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. EPLY'nin m. 12/2-b, m. 20/2-b, m.20/4-b-1 m.12/5-ç hükümlerinde, tüzel kişinin esas sözleşmesinde; tüzel kişinin anonim şirket olması halinde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının tamamının nama yazılı olduğuna ve hamiline yazılı pay senedi çıkaramayacağına ilişkin hükme yer verilmesi gerektiği açıkça öngörülmüştür. Hükümlerde yalnızca nama yazılı pay senedi çıkarılması zorunluluğu öngörülmemiş, bir adım daha ileri gidilerek, hamiline pay senedi çıkarılamayacağına ilişkin taahhüdün de esas sözleşmeye hüküm olarak konulması gerektiği belirtilmiştir.

Doğal gaz piyasasını düzenleyen DPK m. 4/3 hükmünde de elektrik piyasasına benzer olmakla birlikte bazı yönleriyle ondan ayrılan bir hüküm bulunmaktadır. Hükme göre, piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin sermayeleri ile ana sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususlar yönetmelikle düzenlenecektir. Bu doğrultuda çıkarılan DPLY m.8 hükmü, DPK m. 4/3 hükmünü aynen tekrar etmiştir. Görüldüğü üzere, DPK, EPK'nın aksine, limited şirket hisselerinin de tamamının nama yazılı olması gerektiğini öngörmüştür.

DPK m.4/3 hükmü, limited şirketlerin paylarının da nama yazılı olması gerektiğini belirtirken, Kanuna dayanarak çıkarılan DPLY ekinde bulunan *Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler* belgesinde, anonim şirketlerin ana sözleşmelerinin asgari olarak belgede belirtilen şartları içerecek şekilde

düzenleneceği, bu kapsamda, şirket hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması gerektiği öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, DPLY, üst norm olan DPK'nun açık bir şekilde limited şirketlerin de şirketlerin paylarının da nama yazılı olması gerektiği hükmüne aynen yer verirken, Yönetmelik eki olan Ek-4'te yalnızca anonim şirketlerin ana sözleşmelerinin şirketlerin paylarının da nama yazılı olması gerektiği hükmüne yer vermesi gerektiği öngörülmüş, limited şirketler için ayrıca böyle bir ek öngörülmemiştir. Benzer bir eke yer verilmemiş olması veya mevcut Ek'te limited şirketlerden bahsedilmemiş olması, hem DPK, hem DPLY hükümlerinde açıkça öngörülen bir zorunluluğun varlığını etkilemeyecek, ancak bu hükmün limited şirketlere nasıl uygulanacağı konusunda tereddütler yaratacaktır. Bu noktada, gerek elektrik, gerekse doğal gaz piyasasına ilişkin mevzuatın, ilgili piyasanın sahip olduğu özelliklerden kaynaklanmadıkça, hem kendi içinde hem de TTK ile tutarlı bir şekilde düzenlenmesi ve uygulanması gerektiği kuşkusuzdur.

Hem elektrik hem de doğal gaz piyasası açısından öngörülen bu zorunluluk aynı zamanda esas sözleşmeye yönelik regülasyon müdahalesi teşkil etmesi nedeniyle ilgili başlık²⁹⁰ altında değerlendirildiğinden burada ayrıca tartışılmayacaktır.

4.2.2. Pay Devirlerinin EPDK'nın İznine Tabi Olması

Elektrik piyasası açısından pay devirlerinin regülasyona tabi tutulduğu görülmektedir. EPK m. 5/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin, halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişikliklerinin, kontrol değişikliği sonucunu doğuracak her türlü işlemin, tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğuran iş ve işlemlerin Kurul iznine tabi olduğu belirtilmektedir. Kurul izni alınmasına dair usul ve esaslar ise EPDK tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. Bu hüküm doğrultusunda, pay devrine ilişkin ayrıntılı düzenlemeye EPLY'de yer verilmiştir.

EPLY 57/2 hükmünde;

²⁹⁰ Bkz. 2.4.2 Payların Nama Yazılı Olması Hususunun Esas Sözleşmede Belirtilmesi başlığı altında yer alan değerlendirmelerimiz, s. 131 v.d.

lisans sahibi bir tüzel kişinin sermayesinin yüzde on veya daha fazlasını temsil eden payların, halka açık şirketlerde ise yüzde beş veya daha fazlasını temsil eden payların;

- doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek veya tüzel kişi tarafından edinilmesi ile

- yukarıda belirtilen sermaye payı değişikliklerinden bağımsız olarak tüzel kişinin ortaklık yapısında kontrolün değişmesi sonucunu veren pay devirleri

- veya bu sonucu doğuran diğer işlemler ile tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahibi tüzel kişilerin payları üzerinde rehin tesis edilmesi ile bu tüzel kişilere ilişkin hesap rehni tesis edilmesinin,

her defasında onaya tabi olduğu hususu düzenlenmiştir. Hüküm, lisansa tabi tüm faaliyetleri gerçekleştiren şirketlere uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır²⁹¹.

Piyasa işletim lisansı sahibi tüzel kişilerin ortaklık yapılarında, yukarıda belirtilen sermaye payı değişikliklerinden bağımsız olarak, ayrıca, her türlü doğrudan pay değişiklikleri onaya tabidir. Elektrik piyasasını işletmek üzere EPK m. 11 hükmü kapsamında EPIAŞ kurulmuş, EPLY Geçici madde 16 hükmü kapsamında lisans başvurusunda bulunarak piyasa lisansını edinmiş ve faaliyete geçmiştir. EPK m.57/2 hükmü kapsamında EPIAŞ'ın her türlü doğrudan pay değişiklikleri sermaye payı değişikliklerinden bağılı olmaksızın onaya tabi kılınmıştır.

EPLY m. 57/3 hükmünün devamında, pay devrine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Hükme göre, onay, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten lisans sahibi tüzel kişiler için Kurul, diğerleri için ilgili ana hizmet birimi tarafından verilir. Onay verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, pay devri tamamlanmadığı takdirde, verilen onay geçersiz olur. Pay devrinin tamamlanma tarihinden itibaren 3 (üç) ay içerisinde lisans tadil talebinde bulunulması zorunludur. Bu hüküm halka açık olan

²⁹¹ Özdamar, EPK m. 6/3 hükmünde veraset ve iflas durumlarının hariç bırakıldığını, bunun dışında istisnalar öngörmemesine rağmen, aynı hususu ayrıntılı şekilde düzenleyen EPLY m.57 hükmünün Kanunda yer almayan istisnalar öngördüğünü, Kanunda yer almayan istisnaların yönetmelik ile öngörülmesi ve uygulamaya sokulmasının hukukun temel ilkelerinden biri olan normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu, Kanun Koyucunun Kanunda öngörmediği hususların, EPDK tarafından çıkarılan yönetmeliğe konulmuş olmasının, Kanun koyucunun yerine geçme anlamına geldiğini belirtmektedir. (Mehmet Özdamar, "Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri", Enerji Hukuku Dergisi Sayı:1 (2014), s.113-131.) Eleştirinin haklı olduğu fikrindeyiz. Elektrik ve doğal gaz piyasasıyla ilgili olarak yalnızca belirtilen maddede düzenlenen hususlarla ilgili olarak değil, birçok hususta aynı yöntemin izlendiği ve yönetmelikle, Kanunda yer almayan birtakım hususların ihdas edildiği görülmektedir.

payları ile sınırlı olmak üzere, halka açık tüzel kişilere ve halka açık tüzel kişi ortağı bulunan tüzel kişinin, söz konusu ortağının halka açık olan paylarından kaynaklanan ortaklık yapısı değişikliklerine uygulanmaz. Sekizinci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla, bu fıkra kapsamında onay alınmasını gerektirmeyen diğer değişikliklerin EPDK'ya bildirilmesi ve bu değişiklikler için gerekmesi halinde, değişiklik tarihinden itibaren 6 (altı) ay içerisinde lisans tadil talebinde bulunulması zorunludur. Onay, payı devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması kaydıyla verilir. Pay devri için yapılacak başvurular, Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi uyarınca sunulması gereken bilgi ve belgelerin ibraz edilmesi suretiyle yapılır. EPDK, onay için değerlendirme sırasında ihtiyaç duyacağı ilave bilgi ve belgeleri pay devrine taraf olan gerçek veya tüzel kişilerden isteyebilir. Yabancı uyruklu kişiler için bu madde hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

EPLY'de, elektrik piyasa faaliyeti gerçekleştiren şirketlerin yalnızca pay devrinin izne tabi olduğuna ilişkin hüküm öngörülmemiş, aynı zamanda Yönetmelikteki pay devrine ilişkin hükümlere, şirketlerin esas sözleşmelerinde de yer verilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. EPLY m. 20/4-a hükmünde üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlere yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm açısından üretim lisansına başvuranlar kapsam dışı bırakılmıştır.

EPLY m. 20/6-e hükmünde ise üretim lisansı başvurusu sırasında, başvuru dilekçesi ekinde; pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlerin yer verildiği şirket esas sözleşmesinin sunulması gerektiğine yönelik düzenleme bulunmaktadır.

Doğal gaz piyasası açısından da, piyasada faaliyet gösteren şirketin paylarının devri sınırlandırılmıştır. Şöyle ki; DPLY m. 42 hükmünde lisans sahibi bir tüzel kişinin sermayesinin yüzde on (halka açık şirketlerde yüzde beş) veya daha fazlasını temsil eden payların, doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek veya tüzel kişi tarafından edinilmesi ile bir ortağa ait payların tüzel kişilik sermayesinin yüzde onunu aşması

sonucunu veren pay edinimleri ve/veya bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinin her defasında Kurul onayına tabi olduğu belirtilmiştir. Ancak, doğal gaz depolama lisansı sahibi tüzel kişilerin ortaklık yapısında herhangi bir nedenle meydana gelecek yüzde on veya daha fazla orandaki (halka açık şirketlerde yüzde beş) her türlü sermaye payı değişimi, bir ortağa ait payların tüzel kişilik sermayesinin yüzde onunu aşması veya bu oranın altına düşmesi sonucunu vermese dahi Kurul onayına tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm, oy hakkı edinilmesi ile hisselerin rehnedilmesi hallerinde de geçerlidir. Ancak, doğal gaz toptan satış, iletim (LNG) ve CNG lisansı sahibi tüzel kişiler için, oy hakkı edinilmesi ile hisselerin rehnedilmesi işlemlerinde onayın Doğal Gaz Piyasası Dairesi Başkanlığı tarafından verileceği ayrıca belirtilmiştir.

Kurul onayı, hisseyi devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması kaydıyla verilir. Bu hüküm, tüzel kişi ortağın yönetimini belirleyen sermaye paylarının bir başka tüzel kişiye ait olması halinde, gerçek kişi ortak ya da ortakları kapsayacak şekilde uygulanır.

Herhangi bir hisse devri söz konusu olmasa dahi, mevcut hisseler üzerinde imtiyaz tesisi, imtiyazın kaldırılması veya intifa senedi çıkarılması da, hükmün birinci fıkrasında öngörülen oransal sınırlara bakılmaksızın Kurul onayına tabidir.

Lisans sahibi bir tüzel kişinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde on (halka açık şirketlerde yüzde beş) veya daha fazlasına ya da bu oranın altında olsa dahi yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren hisse senetlerine sahip olan veya bu hisseler üzerinde intifa hakkı elde eden gerçek veya tüzel kişilerin lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması zorunludur.

Hükmün içerisinde, hükmün uygulanmasına yönelik kurallar da öngörülmüştür. Buna göre, lisans sahibi tüzel kişinin ortağı olan bir gerçek kişi ile eşi ve reşit olmayan çocuklarına ve bunların yönetim veya denetim kurulunda buldukları ya da sınırsız sorumlu ortağı oldukları şirketlere ait hisse ve diğer haklar ile kamu tüzel kişileri hariç olmak üzere, bir tüzel kişi veya sayılanların, doğrudan

veya dolaylı olarak, sermayelerinin yüzde yirmibeş ve daha fazlasına sahip olduğu ortaklıklara ait hisse ve diğer haklar tek kişiye ait sayılır.

Pay devri için yapılacak başvurularda devralacak olanın tüzel kişi olması halinde, tüzel kişinin ticaret siciline tescil edildiğine ilişkin başvuru tarihinden önceki son bir ay içinde alınan sicil kayıt belgesi ile tescilin ilan edildiği Ticaret Sicili Gazetesinin aslı veya Kurumca onaylı nüshaları, pay devri sözleşmesinin bir örneği, tüzel kişinin mali durumunu gösteren belgeler kapsamında; Yönetmelikteki Ek-3'ün 6 ncı maddesinde öngörülen bilgi ve belgeler, tüzel kişiliğin ve varsa tüzel kişilikte yüzde on ve üzerinde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan tüzel kişilerin ve tüzel kişi ortağın yönetim veya denetimini belirleyen sermaye paylarının bir başka tüzel kişiye ait olması halinde söz konusu tüzel kişiliğe ait Yönetmelikteki Ek-3'ün 4 üncü maddesinde belirtilen bilgi ve belgeler talep edilecektir.

Pay devri için yapılacak başvurularda devralacak olanın gerçek kişi olması halinde ise pay devri sözleşmesinin bir örneği, gerçek kişinin mali durumunu gösteren bilgi ve belgeler talep edilecektir

DPLY m. 42 hükmü kapsamında getirilen yükümlülükler, 6491 sayılı Petrol Kanununa göre doğal gaz arama ve işletme ruhsatları bulunan ve Türkiye'de yurt dışındaki merkezlerinin şubeleri olarak üretim faaliyetinde bulunan üretim şirketleri hariç olmak üzere, lisans sahibi tüzel kişilerin ana sözleşmelerinde ve ilgili lisanslarında yer alır. Bu hususa, DPLY'nin eki olan *Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler*'de de (EK-4) açıkça yer verilmiştir.

EPDK, Kurul onayı için gerekli inceleme ve değerlendirme sırasında gereksinim duyacağı ilave bilgi ve belgeleri hisse devrine taraf olan gerçek veya tüzel kişilerden isteyebilir.

Pay devrinin Kurul onayına tabi olmadığı durumlar da mevcuttur. Lisans sahibi tüzel kişilerde doğrudan veya dolaylı olarak yüzde onun üzerinde hisse sahibi olan gerçek kişilerin ölümü nedeniyle mirasçılarının ilgili tüzel kişilerde hissedar olmaları

Kurul onayına tabi değildir. Mirasçılara yapılacak devir işleminin tamamlanmasını müteakip lisans sahibi tüzel kişi otuz gün içerisinde Kuruma bildirimde bulunur ve yeni hissedarların lisans sahibi tüzel kişilikte yüzde on veya üzerinde pay sahibi olmaları durumunda bu kişilere ait Yönetmelikteki Ek-3'ün 7 nci maddesinde belirtilen bilgi ve belgeler EPDK'ya sunulur.

DPLY m. 42. hükmü ile getirilen yükümlülükler borsada işlem gören hisseler hariç tutularak uygulanır. Ayrıca yabancı uyruklu kişiler için bu madde hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

Gerek elektrik gerekse doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren lisans sahibi şirketlerdeki pay devirlerinin kısıtlanmasının gerekçesinin açıklanması gerekmektedir. Bu noktada, Devletin, daha önce tekel olarak sunmuş olduğu ve kamu hizmeti olarak gördüğü hizmetleri, lisans vermek suretiyle özel kişiler aracılığıyla sunmak istediği, bu kapsamda, belirlediği şartlara haiz özel kişilere lisans verdiği, lisans verdiği bu özel kişilerin üstlendikleri hizmeti yerine getirebilmek için gerekli yatırımları yerine getirip getirmediğini takip ettiği, mevzuatta belirtilen süre içerisinde yerine getirilmemesi durumunda da lisansı iptal ettiği görülmektedir. Lisans sahibi tüzel kişilerin pay sahipliği yapısı da, Devlet tarafından kontrol altında tutulduğundan, şirketlerdeki pay sahiplerinin pay devirleri, yukarıda sözü edilen hükümler kapsamında kısıtlanmıştır. Devletin, diğer regülasyon müdahaleleriyle birlikte, pay devrine yönelik kısıtlayıcı düzenlemelerle de, elektrik ve doğal gaz piyasasındaki yatırımların gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik olmak üzere, sonuçları lisans iptali gibi ağır olan birtakım katı tedbirler aldığı anlaşılmaktadır²⁹².

4.2.2.1. Kısıtlamaların TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Enerji şirketlerinde, pay devirlerinin tamamı değil, belirli pay devirleri kısıtlanmıştır. Kısıtlamaya tabi olan devirlerin belirlenmesinde EPLY m. 57/2 hükmünde iki ölçüt kullanılmıştır. Birinci ölçüt, sermaye oranıdır. Kanun koyucu, lisans sahibi bir tüzel kişinin sermayesinin yüzde on veya daha fazlasını temsil eden

²⁹² Özdamar M. 2014, a.g.m, s.113-131.

payların, halka açık şirketlerde ise yüzde beş veya daha fazlasını temsil eden payların, doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek veya tüzel kişi tarafından edinilmesini Kurulun onayına tabi kılmıştır. Bu ölçüt kapsamında, halka açık şirketlerde esas alınan yüzde beş oranı ile kapalı şirketlerde esas alınan yüzde on oranının, TTK'nın çeşitli maddelerinde geçtiği görülmektedir. TTK m.411 hükmünde sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerinin yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebileceği düzenlemesi bulunmaktadır. Hükmün başlığından ve içeriğinden, sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde ise yirmide birini (yüzde beşini) oluşturan pay sahiplerinin azlığı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Belirtilen oranların, azlığı ifade ettiği hükmün Gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Enerji mevzuatında da, TTK'da azlığı ifade eden pay oranları aynen benimsenmek suretiyle, Kanun koyucunun, pay devri açısından, asgari azlık diye ifade edilen oranlarda ve üstünde yapılan pay devirlerini kontrol altında tutma iradesinde olması nedeniyle, bu pay devirleri onaya tabi kılınmıştır.

İkinci ölçüt ise kontrol değişikliğidir. Şirketin ortaklık yapısında kontrolün değişmesi sonucunu veren pay devirleri veya bu sonucu doğuran diğer işlemler de onaya tabi kılınmıştır. Kontrol kavramının rekabet hukukunda da önemli bir kavram olarak karşımıza çıktığı, bu nedenle de ilgili mevzuatta da tanımlandığı görülmektedir. RKHK'nın birleşme veya devralma başlıklı m.7. hükmünde bulunan "*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*" düzenlemesi doğrultusunda çıkarılan 2010/4 Nolu Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de²⁹³ birleşme ve devralma sayılan haller sayılırken kontrol kavramının tanımlandığı ve ilgili hükümlerde birçok kez kullanıldığı görülmektedir. Tebliğin m.5/2. Hükmünde;

"Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler

²⁹³ 07.10.2010 tarihli 27722 sayılı RG.

veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar 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 sözleşmelerdir. Kontrol, 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 edilebilir.”

düzenlemesi bulunmaktadır.

2010/4 Nolu Tebliğ dışında, kontrol kavramının hem EPK m.3 hükmünde hem de EPLY m.4 hükümlerinde tanımlandığı görülmektedir Her iki hükümde yeralan tanıma göre, 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, kontrol kapsamında değerlendirilmektedir. Bu tanımın Tebliğdeki tanımla büyük ölçüde aynı olmakla birlikte, Tebliğde, 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 da elde edilebileceği belirtilmek suretiyle kontrol kavramının genişletildiği anlaşılmaktadır. Ancak konumuz açısından, kontrolün EPK ve EPLY’de tanımlandığı anlamı esas olduğundan, bu tanımlar gözönüne alınacaktır. EPK ve EPLY’de yapılan tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, kontrol değişikliği ile yalnızca kontrol değişikliğine yol açan pay devri kastedilmemektedir. Şirket üzerinde fiilen ya da hukuken belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakların, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir tüzel kişinin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla (intifa hakkı) veya bir tüzel kişinin organlarının oluşumunda (yönetim kuruluna aday gösterme veya üye seçme hakkı)veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan hakların (oyda imtiyaz hakkı) veya sözleşmelerle meydana getirilen hakların tanınması, devredilmesi (pay rehni) gibi kontrol değişikliğine yol açacak tüm işlemler bu kapsamda değerlendirilecektir. Ayrıca, yukarıda sermaye oranı

ölçütü için belirlenen oranların altında bir pay devri olsa bile, şirket üzerinde kontrol değişikliğine yol açan bir pay devri söz konusu olduğu takdirde de, bu işlem onaya tabi olacaktır. Enerji şirketlerinde pay devirlerinin kısıtlanmasına yönelik EPK'da ve DPK'da bulunan hükümlerin, TTK'daki pay devrinde serbestlik ilkesine rağmen öncelikli olarak uygulanabilmesi, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında belirtilen kısmın uygulanacağına yönelik ifadeler içeren TTK m. 330 hükmüdür. Daha önce de ifade edildiği gibi söz konusu hüküm olmasa bile, özel kanunların genel kanunlardan öncelikli olarak uygulanacağına yönelik genel hukuk ilkesi doğrultusunda, enerji şirketlerine yönelik enerji mevzuatında yer alan hükümler öncelikli olarak uygulanacaktır²⁹⁴.

Enerji şirketlerinde pay devrinin kısıtlanabilmesinin dayanağı açısından TTK'da bir hüküm daha bulunmaktadır. TTK m. 490/1 hükmünde kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe nama yazılı payların herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın devredilebileceği belirtilmektedir. Hüküm, anonim şirketlerde pay devrinde genel kuralın serbestlik olduğuna yönelik olarak gözüксе de, hükmün içeriğinde aynı zamanda bu devrin kısıtlanabileceği de ifade edilmektedir. Hükme göre, nama yazılı payların devri, kanunda aksi varsa veya esas sözleşmede hüküm öngörülmüşse kısıtlanabilecektir. Enerji şirketleri, anonim veya limited şirket olmaları hasebiyle TTK'ya tabi oldukları kadar, faaliyet gösterdikleri alana göre EPK'ya, DPK'ya ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuata da tabidirler. EPK m. 5/3 hükmünde, elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerdeki, pay devirlerinin, sermaye payına ve kontrol durumuna göre Kurulun iznine tabi olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan kısıtlama, TTK m. 490/1 hükmünde bahsedildiği anlamda kanuni bir kısıtlamadır. Ancak, bu kısıtlamayı salt kanuni bir kısıtlama nitелеmek eksik kalacaktır. Zira EPLY m. 20/4-a hükmünde üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlere yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, sözkonusu hüküm gereği, aynı zamanda lisans başvurusu yapan tüzel kişinin esas sözleşmesinde pay devirleri ile şirket birleşmeleri

²⁹⁴ TTK m. 330 hükmüne ve hükmün regülasyonun çerçevesini belirleyen diğer hükümlerle ilişkisine yönelik olarak bkz. *1.3.2 TTK'nın 330. Maddesi* (s.68 v.d) ve *1.3.5 TTK'nın 210/2, 330, 333, 340.Maddeleri Arasındaki Kanuni İlişki* (s.90 v.d) başlıkları altında bulunan değerlendirmelerimiz.

açısından EPLY’de öngörülen hükümlere yer verilmesi gerekeceğinden, pay devrine yönelik kısıtlamanın esas sözleşmesel bir dayanağa da sahip olduğu söylenebilecektir.

TTK m.490/1 hükmü kapsamında, ister kanunlarda öngörölsün, isterse esas sözleşmelerde öngörölsün, pay devirlerinin nereye kadar kısıtlanabileceğinin sınırı belirtilmemektedir. Özel kanunun, genel kanun hükümlerinden önce uygulanabilmesine yönelik genel ilkenin kabul edilmiş olması, genel kanun-özel kanun ilişkisini açıklamamıza değil, yalnızca, hangisinin uygulama önceliğine sahip olacağına yönelik bir çözüm getirmektedir. Bu kapsamda, özel kanunların, hangi sınıra kadar genel kanunları uygulama dışı bırakabileceğine ilişkin bir sınırlandırma da olmadığı görölmektedir. Böyle bir sınırlandırma olmaması, bazı durumlarda, özel kanunların, genel kanunların temel prensiplerini ifade eden temel düzenlemelerini büyük ölçüde uygulama dışı bırakan hükümler öngörecektir şekilde düzenlemeler öngörerek, her durumda uygulama önceliği elde ettiği görölmektedir. Bunun hukuken sakıncalı sonuçlar doğuracağı kanaatindeyim. Nitekim, tez konumuz açısından, TTK hükümlerine göre kurulan, yönetilen anonim veya limited enerji şirketlerinin, kuruluşuna, pay sahipliği yapısına, sermaye yapısına ve yönetim yapısına yönelik bazı ölçsüz regölasyon müdahaleleri sonucunda, bu şirketlerin, tabi oldukları TTK’da yer alan ve belirli konularda serbestiyet içeren hükümlerden yararlanamayan, neredeyse her yönüyle enerji mevzuatına tabi olan, mutasyona uğramış anonim ve limited şirketlere dönüştükleri söylenebilecektir. Bu nedenle, genel kanun-özel kanun ilişkisinin yeniden tanımlanması, düzenlenen alanlarla ilgili temel prensiplerin belirlenerek genel kanunlarda yapılan düzenlemelerde belirtilmesi, özel kanunların düzenleyebilecekleri alanların sınırının en azından bir çerçeve olarak belirlenmesinin gerekli olduğu görüşündeyiz.

TTK’da, anonim şirketlerde esas sözleşmeyle pay devirlerinin kısıtlanabilmesine yönelik hükümleri sınırlandıran düzenlemeler olup olmadığı hususunun da netleştirilmesi gerekmektedir. Esas sözleşmenin TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna izin verilmişse sapabileceğine ve diğer kanunların öngörölmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağına yönelik TTK m.340 hükmü genel bir kısıtlama mahiyetindedir. EPK ve EPLY tarafından pay devrine

ilişkin yukarıda sözü edilen kısıtlamaların lisans başvurusunda bulunan şirket tarafından esas sözleşmesine konulmasına ilişkin zorunluluğun, TTK m.340 hükmü kapsamında, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu hükümlerin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracak şekilde uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Zira, TTK m.340 hükmü, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği esas sözleşme hükümlerini emredici olarak değil tamamlayıcı olarak görmektedir. Oysa enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine EPK ve EPLY tarafından pay devrine ilişkin yukarıda sözü edilen kısıtlamalara ilişkin hüküm konulmasını düzenleyen EPLY hükmü emredici olduğu gibi, esas sözleşmeye de emredici olarak konulmasını öngörmektedir. Bu emredicilik mahiyeti, TTK m.340 hükmü açısından kabul görmemektedir. Diğer yandan, TTK m.340 hükmü diğer kanunların öngörülmesine izin vermesinden bahsetmektedir. Oysa pay devrinin sınırlandırılmasına ilişkin hüküm, kanundan değil yönetmelikten (EPLY m.4/a) kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle de TTK m.340 hükmüyle çelişki halindedir. Son olarak, TTK m.340 hükmüne uygun olmamakla birlikte uygun olsaydı dahi, pay devrinin sınırlandırılmasına ilişkin hükmün geçerliliğini, dayandığı kanuna özgü olarak hüküm doğuracağından bahsederek, TTK açısından geçerli olmayacağını kastetmiştir.

Pay devrinin sınırlandırılmasına rağmen, izin alınmaksızın enerji şirketlerinde yapılan pay devri hukuken geçerli olacak mıdır sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Bu durumda, imzalanan pay devri sözleşmesinin akıbeti ve pay defterine payları devralan kişilerin kaydı yapılmışsa, kayıtların geçerli olup olmayacağı hususları da netleştirilmelidir. EPK'da böyle bir durumda, yapılan pay devri işleminin geçersiz olup olmayacağı hususu düzenlenmemiştir. Oysa, benzer şekilde regülasyona tabi olan bankacılık ve finans piyasası ile ilgili olarak, Bankacılık Kanunu m. 18 hükmünde, *“ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Oy hakkı edinilmesi ve paylar üzerinde intifa hakkı tesisinde de bu hüküm uygulanır.”* şeklinde yer alan düzenleme doğrultusunda, izin alınmadan bankalarda pay devrinin yapılamayacağı, yapılmışsa pay defterine kaydedilemeyeceği, kaydedilmişse hükümsüz olacağı açıkça belirtilmiştir. Böyle bir durumda, izin alınmadan yapılan devirlerin, taraflar arasında

geçerli olacağı ancak nama yazılı pay senetlerinin özelliği nedeniyle pay defterine kayıt yapılamayacağından devralanın şirkete karşı pay sahibi sıfatını kazanamayacağı ifade edilmiştir²⁹⁵. Konu ile ilgili olarak *Sevi*, EPLY m. 57/3 hükmünün ilgili devir işlemleri sonucunda Kurul onayının payı devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması kaydıyla verileceğine yönelik ifadeleri karşısında, Kurulun onay vermemesi halinde pay defterine kayıt işleminin yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir²⁹⁶. *Kılıç* ise, benzer şekilde pay devri izne tabi olan gerek bankacılık gerekse sigortacılık piyasalarındaki kurul izinleri ile birlikte bir karşılaştırma yaparak sorunu değerlendirmektedir. Bankacılık Kanunu m. 18 hükmü ile Sigortacılık Kanunu m. 9 hükümlerinde enerji piyasasında olduğu gibi belli oranda pay devirlerinde, bankacılık sektöründe BDDK'nın, sigortacılık sektöründe Hazine Müsteşarlığı'nın iznine tabi tutulduğunu, izin alınmaksızın yapılan devirlerin, pay defterine kayıt edilemeyeceği, kaydın hükümsüz olacağı hususlarının açıkça düzenlendiğini belirterek, EPK'da Kurul onayı alınmadan yapılan payların devri işleminin hukuki sonucunun ne olacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı, sadece m.16 hükmünde, bu kanuna aykırı işlemlere karşı idari para cezasından alınan lisansların iptaline kadar çeşitli genel yaptırımlar düzenlendiği, bu nedenle, Kurul izni alınmadan yapılan payların devrine ilk aşamada, sadece EPK m. 16/1-b hükmünde öngörülen idari para cezası yaptırımının uygulanması gerektiği, bu durumun, taraflar arasındaki borçlandırıcı işlemin ve tasarruf işleminin geçerliliğini ve hüküm doğurmasını tek başına etkilemeyeceğini ileri sürmektedir²⁹⁷. *Özdamar* ise, EPK ve EPLY hükümlerine aykırı şekilde Kurul izni veya onayı almaksızın şirket paylarının devri için yapılan pay devir sözleşmelerinin ve pay defterine yapılan kaydın geçerli olacağını ve hukuki sonuç doğuracağını

²⁹⁵Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, (Md.1-72), Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2007, s.318; Ahmet Battal, Bankalar Kanunu Şerhi, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, Ankara, 2003, s.81; Tamer Bozkurt, "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Resmi Bir Makamın İznine Bağlanması ve Bu İzinin Hukuki Niteliği Sorunu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, (Temmuz 2017), s.426.

²⁹⁶Sevi 2014, a.g.e, s.171; *Sevi*, pay defterine kaydın hukuki niteliğine (kurucu nitelik mi yoksa açıklayıcı nitelikte mi) yönelik olarak, TTK m. 490/2 hükmünde, nama yazılı payların ve içerdiği hakların sözkonusu madde kapsamında ciro ve alacağın temlik şeklinde yapılan devir işlemini kurucu nitelikte saymanın, bununla birlikte TTK 499/4 hükmü doğrultusunda yapılan devrin şirkete karşı hüküm ifade etmesinin pay defterine kayıt ile oluşturduğu gözönüne alınarak, pay defterine kaydın zorunlu nitelikte olduğunu kabul etmenin en uygun çözüm olduğunu ileri sürmektedir. (Sevi 2014, a.g.e, s.243,244) Konu ile ilgili ayrıntılı tartışmalar için bkz. Taşdelen N. 2005, a.g.e, s.150-156.

²⁹⁷Harun Kılıç, "Türk Hukukunda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrini Düzenleyici Kurumların İzinleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XIV Sayı: 2, (2010), s.91, 92.

belirterek, Kanun koyucunun, EPK'da bu işlemlerin geçersiz veya hükümsüz olacağına yönelik özel bir hüküm öngörülmemesi nedeniyle, pay devrine yönelik taahhüt ve tasarruf işlemlerinin geçerli sayılması gerektiğini, Kurul izni olmaksızın yapılan pay devirlerinde idari para cezası uygulanabileceği, ilave olarak EPLY m. 16/1-g hükmü doğrultusunda lisansın iptali yaptırımının uygulanabileceğini ifade etmektedir²⁹⁸. Kanaatimce de, elektrik piyasası açısından EPK'da ve EPLY'de, banka ve sigorta sektörlerinde olduğu gibi Kurul izni veya onayı olmaksızın şirket paylarının devri için yapılan pay devir sözleşmelerinin ve pay defterine yapılan kaydın geçersiz olacağına yönelik açık bir hüküm bulunmadığından, pay devir sözleşmeleri ile pay defterine yapılan kayıt hukuken geçerlidir. Kurul izni olmaksızın yapılan pay devirlerinde enerji şirketlerine yönelik olarak öncelikle, EPK m. 16/1-b hükmü kapsamında idari para cezası uygulanabilecek, şartları mevcutsa, EPLY m. 16/1-g ve f hükümler doğrultusunda lisansın iptali yaptırımının uygulanabilecektir. EPLY m. 27/6 hükmünde de, YEKA için verilen üretim lisanslarının, üretim tesisi işletmeye geçene kadar, lisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının Bakanlıktan yazılı onay alınmadan doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılmasının lisansın iptalini yaptırımının uygulanmasını gerektireceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Gerek enerji mevzuatı gerekse bazı piyasalara ilişkin özel kanunlar tarafından öngörülen pay devrinin idari izne bağlanmasına ilişkin hükümlerin ihlali halinde, pay devrinin geçerliliği konusunda enerji mevzuatı sessiz kalırken, regülasyona tabi olan bankacılık sektöründe böyle bir ihlal halinde pay devrinin geçerli olmayacağı Bankacılık Kanunu m. 18 hükmünde açıkça belirtilmiş, daha da ileri gidilerek, devralanın payına ilişkin temettü haklarını kullanabileceği, diğer hakların TMSF tarafından kullanılabilmesi belirtilmiştir. Bu kapsamda, pay devrini idari izne bağlayan ve buna aykırı davranarak yapılan devirlerin pay defterine yapılan kayıtları geçersiz olarak kabul eden düzenlemelerin birer yasal bağlam olarak vasıflandırılıp, vasıflandırılmayacağı hususu açısından da tartışılmıştır²⁹⁹. Belirtilen düzenlemelerin

²⁹⁸Özdamar M.2014, a.g.m., s.127-129.

²⁹⁹Bozkurt, a.g.e, s. 447; Görüşler için bkz. Uzel, a.g.e, s. 94, 95; Nusret Çetin, Bağlam Kuralları Taşıyan Hisse Senetleri (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s.29; Özge Yücel, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu ile İzne Bağlanan Pay Edinim ve Devirleri", İnÜHFD, Cilt:2, Sayı:1, (2011),s.389, Dn:4 ;

TTK'daki yasal bağlam sistemine aynen benzememekle birlikte, bu sistemden bütünüyle ilgisiz de gözükmemektedir. Benzerlikler şu şekildedir. Devrin sınırlandırıldığı düzenlemelerin tamamında, yasal bağlamda olduğu gibi nama yazılı payların devri sınırlandırılmıştır. Farklılıklara bakıldığında ise, yasal bağlamda, devre onay verecek olan makam şirketin kendisi iken, özel kanunlarda şirket harici bir idari makam sözkonusudur. Yasal bağlamda, devrin pay defterine kaydı başvurusunda şirket, bunun yerine getirilmemesi konusunda takdir hakkına sahipken, özel düzenlemelerde, özellikle devrin geçersizliği açıkça düzenlenmişse, şirket, düzenlemenin emredici ve kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle devri, pay kayıt defterine kaydedemeyecektir. Yapılsa bile, kayıt, çoğunlukla geçersiz kabul edilecektir. İdari izne tabi devirlerde izin verilmediği takdirde, bu işleme ilişkin yetkili yargı yolu idari yargı yolu iken, şirketin devre onay vermemesi idari bir işlem olmadığından, yasal bağlamda adli yargı yolu yetkilidir. Yasal bağlam karşılığı tamamen ödenmemiş nama yazılı pay senetlerine yönelik olarak getirilmişken, özel kanunlardaki hükümler, belirtilen oranları aşan pay devirleri ile özellikle yönetim kurullarına üye seçme imtiyazı olan payların devrine yönelik olarak getirilmiştir. Bu kısıtlamaların, TTK anlamında yasal bağlam olarak nitelendirilemeyecek ise de, *kurumsal bağlam* olarak adlandırılabilen ifade edilmiştir³⁰⁰.

Pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlere yer verilmesine yönelik esas sözleşmeye hüküm konulması zorunluluğu doğrultusunda, hüküm konulmasına rağmen, bu hükme uyulmayarak, EPDK onayı olmaksızın enerji şirketlerinde pay devrinin gerçekleştirilmesi halinde de, esas sözleşme değişikliğinin tescili talebi, daha önce de izah edildiği gibi genel esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olan TSY 'nin m. 71 hükmü doğrultusunda sicil müdürünün, esas sözleşme değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı ile diğer belgelerin başvuran tarafından müdürlüğe sunulup sunulmadığı, hususu da incelenecektir. Müdürlük tarafından yapılan incelemede, gerek TSY m.34 gerekse m.71 hükümlerinde belirtilen hususlara aykırılığın olduğunun tespiti halinde sicil

³⁰⁰Bozkurt, a.g.m, s. 448, 449;Esas sözleşmesel ve yasal bağlam ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Uzel, a.g.e, s.93-342; Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 s.35-277; Tamer Bozkurt, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) –Die Vinkulierung, Oniki Levha Yayıncılık, 2016 s.11-346.

müdürünün tescil talebini reddetme hak ve yetkisi bulunmaktadır³⁰¹. Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin EPDK'nın uygunluk görüşü veya onayı gerekliliğine ilişkin hükmün, yine esas sözleşme içerisine hüküm olarak mevcut olması nedeniyle, sicil müdürü tarafından, EPDK onayı olmaksızın enerji şirketlerinde pay devrinin gerçekleştirilmesi ve esas sözleşme değişikliğinin yapılamamasına ilişkin hükümler yukarıda belirttiğimiz gibi TTK m.340 kapsamında diğer kanunların öngördüğü tamamlayıcı hüküm olarak görüldüğü takdirde, pay devri ve esas sözleşme değişikliği için EPDK onayı aramayacak ve olmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmeyecek, tescil talebi reddedilmeyebilecektir. Şayet, pay devrine ve esas sözleşme değişikliğine ilişkin EPDK onayı veya uygunluğunun olmadığını TTK m.340 kapsamında diğer kanunlar tarafından esas sözleşmeye konulmasına ilişkin hükümleri emredici hüküm olarak görüldüğü takdirde, pay devri ve esas sözleşme değişikliği için EPDK onayının varlığını arayacak, olmadığı takdirde, bu durumun esas sözleşmenin emredici hükümlerine aykırı olduğunu ileri sürebilecek bu hallerde, esas sözleşme değişikliğinin tescilinin reddedilme ihtimali söz konusu olabilecektir. Reddedildiği takdirde ise, TTK m.455 hükmü gereği kurucu nitelikte olan esas sözleşme değişikliğinin tescilin yapılmaması, esas sözleşme değişikliğinin geçerli hale gelmesine engel olacaktır.

Enerji şirketlerinin pay devirlerinin kısıtlanmasına yönelik hükümlerinin kendi içinde de bir uyumsuzluk taşıdığı görülmektedir. EPK m. 5/3 hükmünde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin, halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişikliklerinin, kontrol değişikliği sonucunu doğuracak her türlü işlemin, tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğuran iş ve işlemlerin Kurul iznine tabi olduğu belirtilmektedir. Kurul izni alınmasına dair usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği yolundaki hüküm kapsamında, Kurum tarafından çıkarılan EPLY'nin m.57/1 hükmünde ise, bu işlemlerin onaya tabi olduğu belirtilmiştir. İzin ve onay işlemleri hukuki olarak aynı neticeyi doğurmasına rağmen, bu işlemlerin yapılma zamanı açısından bir farklılık söz konusudur. Şöyle ki; bir işlem için izin alınması gerekiyorsa, iznin işlemden önce

³⁰¹Özsunğur, a.g.m, s.269-293; Özsunğur, Bu durumlarda tamamlanabilecek bir eksiklikten bahsedilemeyeceğini, eksikliğin tamamlanabilmesi, eksikliğin olgu üzerindeki etkisine bağlı olduğunu, eksikliğin tamamlanmasının olguda esash bir değişiklik yaratmaması gerektiğini belirtmektedir.

alınmış olması gerekmektedir. Onay ise, bir işlemin uygunluğunun ifadesi olup, işlem gerçekleştirildikten sonra uygunluk alınmaktadır. Pay devirleri açısından bakıldığında ise, izin alınması gerekiyorsa, pay devri öncesinde Kurula başvurularak izin alınması, onay alınması gerekiyorsa, pay devri işlemi gerçekleştirildikten sonra Kuruldan onay alınması gerekmektedir. Böyle bir durumda, pay devri gerçekleştirilmek istenen bir enerji şirketinde, izin almaksızın pay devri gerçekleştiren pay sahipleri, yönetmeliğe uygun davranmasına rağmen, kanuna aykırı davranmış olabilecektir. Yani, kanun gereği izin gerekmesine rağmen, yönetmelik gereği onay alınacağı varsayılarak pay devri işlemine başlandığı takdirde, şirket, para cezasından lisans iptaline kadar uzanan yaptırımlarla karşılaşabilecektir. Oysa kanun kapsamında belirtilen bazı hususları detaylı düzenlemek için, kanun doğrultusunda çıkarılan yönetmelik hükümlerinin kanuna uygun olması normlar hiyerarşisi açısından bir zorunluluktur ancak ne var ki pay devri açısından yapılan düzenlemelerde belirtilen zorunluluğa uyulmamış, kanuna aykırı bir yönetmelik hükmü öngörülmüştür. Bu durumda, birbiriyle çelişen alt norm hükmü ile üst norm hükmünden hangisi dikkate alınarak pay devri işlemlerinin gerçekleştirileceği hususu netleştirilmelidir. Yönetmeliğin, kanuna dayanarak, kanundaki belirli hususları detaylandırmak için çıkarıldığı ve kanuna uygun olması gerektiği hususu göz önüne alındığında, yönetmelik hükmünde yer alan onay düzenlemesini kanuna uygun olarak izin şeklinde anlaşılması ve pay devri öncesi Kuruldan izin alınması gerekmektedir. Diğer yandan, kanunlar, Anayasanın m.87 hükmü doğrultusunda yasama organı olan TBMM tarafından çıkarıldığından, kanundaki ifadeler, kanun koyucunun iradesini yansıtmaktadır. Yönetmelikler ise Anayasanın m.124 hükmü doğrultusunda, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri tarafından kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarıldığından, kanun koyucunun iradesini değil, yürütme organı bünyesindeki uygulayıcıların iradesini yansıtmaktadır. Bu durumda, tabi ki kanun koyucunun iradesine üstünlük tanınmalı ve kanun hükmü uygulanmalıdır³⁰².

EPK ile EPLY arasında uyumsuzluk olarak görünen bir husus daha mevcuttur. Şöyle ki; EPK m.5/3 hükmünde, yalnızca pay devirlerinden bahsetmekte, pay üzerinde

³⁰² Özdamar M. 2014, a.g.m, s.124,125.

rehin tesis edilmesinden bahsedilmemektedir. Oysa EPLY m.57/2 hükmünde, yalnızca pay devirlerinin değil, tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahibi tüzel kişilerin payları üzerinde rehin tesis edilmesinin de onaya tabi olduğu belirtilmektedir. Ancak bu hususu, yönetmelik hükmünün kanuna aykırılığı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira, EPK m.5/3 hükmünde, kontrol değişikliğinin izne tabi olduğu hususu düzenlenmiştir. Kontrol değişikliği konusundan bahsederken, payların rehninin de bu kapsamda olduğunu ifade etmiştik. Gerçekten pay rehninde, payların üzerindeki pay sahipliği hakları (aydınlatici ve koruyucu haklar dışında kalan) rehnin konusunu oluşturmaktadır. Bu pay sahipliği hakları malvarlığına ilişkin haklar olup bedelsiz pay alma hakkı, rüçhan hakkı, kar payı alma hakkı, tasfiye payı, hazırlık dönemi faizi alma hakkı bu kapsama girmektedir. Ayrıca genel kurula katılma ve oy hakkı TTK m. 427/2 hükmü kapsamında rehin alacaklısına bırakılabilmektedir³⁰³. Görüldüğü üzere, pay üzerindeki rehin hakkı, kapsamı itibariyle şirket üzerindeki kontrol değişikliğine yol açabilecek nitelikte bir işlemdir. Bu nedenle de, Kanunda olmamasına rağmen, EPLY m.57/2 hükmünde açık bir şekilde ifade edilmiş olması, kontrol değişikliğinin izne tabi olduğunu belirten EPK m.5/3 hükmüne aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, yasal dayanak olmaksızın, doğrudan Yönetmelikle ihdas edilmiş olan bir norm, TTK m.330 anlamında özel kanun hükmü olarak nitelendirilemeyecektir. Böyle bir hüküm, TTK 210/2 hükmüne de aykırı olacaktır. Ayrıca, Yönetmelikte, payın rehninden bahsedilmesine rağmen, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi hususundan bahsedilmemesi eleştiri konusu olmuştur. Her ne kadar açıkça belirtilmemişse de, pay üzerinde intifa hakkı tesisinin de, pay rehninde olduğu gibi şirket üzerinde kontrol değişikliği mahiyetinde etki yaratacak bir husus olması nedeniyle EPK m.5/3 hükmü kapsamında pay devri gibi izne tabi olacağını söylemek yanlış olmayacaktır³⁰⁴.

Doğal gaz piyasası açısından da, piyasada faaliyet gösteren şirket paylarının devri DPLY m. 42 hükmü kapsamında sınırlandırıldığını belirtmiştir. Elektrik piyasasında, şirketlerin payların devrinin kısıtlanması ile ilgili olarak TTK açısından yaptığımız değerlendirmeler doğal gaz piyasası açısından da geçerlidir. Elektrik piyasasında, kanun yönetmelik arasındaki uyumsuzlukların daha ciddi bir görünümü,

³⁰³Ercüment Erdem, “Anonim Şirketlerde Pay Rehni”, (Mayıs, 2018), <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/anonim-sirketlerde-pay-rehni/> (Erişim Tarihi: 05.10.2018).

³⁰⁴ Özdamar M. 2014, a.g.m, s.124.

doğal gaz piyasasında da mevcuttur. Şöyle ki; DPK’da, doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin pay devrinin izne veya onaya tabi olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Ancak dayanak bir kanun hükmü olmamasına rağmen, DPLY m. 42 hükmünde, belirtilen pay devirlerinin Kurul iznine veya onayına tabi olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu durumda, doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin pay devrinin onaya tabi olduğu hususu, kanunda yer almamasına rağmen yönetmelikle ihdas edilmiş olmaktadır. Kanuni dayanağı olmaksızın, yönetmelikle bir sınırlandırma getirilmesi veya yükümlülük öngörülmesi durumunda, bu yönetmelik hükmü, iptal edilmediği sürece uygulanacak mı yoksa yok mu sayılacak sorularının cevaplarının bulunması önemlidir. Danıştay, vermiş olduğu bazı kararlarda, normlar hiyerarşisine göre alt norm olan yönetmelik hükmünün üst norm olan yasa hükmüne aykırı olması halinde, alt norm hükmünün ihmal edilerek üst norm hükmünün uygulanması gerektiği şeklinde hüküm tesis etmiştir³⁰⁵. Ancak bu kararların, sözünü ettiğimiz duruma uygulanabilir olmadığı kanaatindeyim. Öncelikle, DPLY m. 42 hükmünün, DPK’ya aykırı olduğu söylenemez. Zira, DPK’da doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerde pay devrinin sınırlandırılmayacağına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda DPLY m. 42 hükmü, DPK’ya aykırı bir hüküm değil, DPK’da dayanağı olmayan bir hüküm olmaktadır. Danıştay açılan bir davada, işlem tesisi için idareye yönetmelik hükmü ile yetki verilmemiş olması ve yönetmelik hükmü ile mali bir yükümlülük öngörülemeyeceği gerekçesiyle, tesis edilen işlemin iptaline hükmetmiştir³⁰⁶. Söz konusu Danıştay kararları karşısında doğal gaz piyasasında,

³⁰⁵ Danıştay 10. Dairesi 26.10.2010 t.li, 2007/6066 E., 2010/8400 K.; Danıştay 5. Dairesi 10.11.2005 t.li 2002/3255 E, 2005/5075 K.

³⁰⁶ “...Toplu taşıma faaliyetinde kullanılan aracın önceki malikinden devri sırasında davalı belediye tarafından devir temlik ücreti istenmesine ilişkin işlemin iptali ve ücretin ödenen kısmının iadesi istemiyle açılan davayı; İçişleri Bakanlığınca yayımlanan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliğinin (15/06/2006 tarihli 26199 sayılı R.G) 28/2. maddesinde, taksit, dolmuş, minibüs ve umum servis araçları ile toplu taşıma araçlarının tahsis süreleri, ticari plaka sayıları ile bu plakaların verilmesine ilişkin usul, esas ve devir ücretlerinin Ulaşım Koordinasyon Merkezince tespit edileceği düzenlemesine yer verildiği, dosyanın incelenmesinden, toplu taşıma faaliyetinde kullanılan aracın satış ve devir sözleşmesi ile önceki malikinden davacı adına devrinin yapılması için davalı idare tarafından devir temlik ücreti salındığı ve bu ücretin davacı tarafından ödendiği, 12.12.2007 tarih ve 247 sayılı Ulaşım Koordinasyon Merkezinin toplu taşıma izin belgeli araçlardan devir temlik ücreti alınmasına ilişkin kararına istinaden davalı belediyece alınan ücretin kanuni dayanağının bulunmadığı iddiasıyla ücret istenmesine ilişkin işlemin iptali ve ödenen tutarın iadesi istemiyle bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Genel Anlamda Ulaşım ve toplu taşıma faaliyetlerine ilişkin yetki ve sorumluluklarının düzenlendiği, bunun yanı sıra, bu hizmetlerin ifası için Ulaşım Koordinasyon Merkezi (UKOME) kurulacağı, bu birimin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleme konusunda İçişleri Bakanlığınca yönetmelik çıkarma yetkisinin verildiğinin görüldüğü, bireyler için bir hukuki güvence oluşturmak bakımından vergilerin kanuniliği ilkesi gereği mali yükümlülük anlamında getirilen sorumlulukların doğrudan kanunla

kanuni dayanak olmaksızın DPLY m. 42 hükmüyle getirilen pay devrinin onaya tabi olduğuna dair hükmün, kanuna aykırı olan yönetmelik hükmünde olduğu gibi, ihmal edilmesi, uygulanmaması seçeneğinin uygulanamayacağı kanaatindeyim. Söz konusu hükme dayanarak yapılan işlemin iptali için idari yargıda iptal davası açılabilecektir.

Diğer yandan, DPK m. 4/3 hükmünde yer alan piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin ifadeler karşısında, DPLY m. 42 hükmü kapsamında, maddede belirtilen yükümlülüklerin, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterebilmek için lisans sahibi tüzel kişilerin ana sözleşmelerinde ve ilgili lisanslarında yer alması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Aynı husus, DPLY'nin eki olan *Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler*'de de (EK-4) esas sözleşmelere DPLY m. 42 hükmünde hisse devirleri açısından öngörülen hükümlerin derc edilmesi gerektiği belirtilmiştir. DPLY m.42 hükmünün kanuni dayanağının olmaması nedeniyle uygulandığı işlemin iptalinin idari yargıda talep edilebileceği görüşünde olmakla birlikte, bu hususun piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin esas sözleşmesine konulmasına yönelik hükmü kapsamında, lisans başvurusunda bulunan şirketlerce, pay devrine ilişkin DPLY m.42 hükmü esas sözleşmeye dercedilmekte, böylece doğal gaz piyasasındaki şirketlerdeki pay devirleri de DPLY m. 42 deki haliyle esas sözleşme hükmüyle onaya tabi kılınmış olmaktadır. Yukarıda, anonim şirketlerdeki pay devirlerinin sınırlandırılabilirliğine ilişkin dayanak TTK m. 490/1 hükmünden bahsederken, pay devrinin kanunla veya esas sözleşme ile sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştik. Doğal gaz piyasası açısından, DPLY m. 42 hükmünün DPK'da dayanağının

düzenlenmesi gerektiği, yönetmelikle mali yükümlülük ihdas edilemeyeceği, ancak dava konusu olayda, davalı belediyece salınan devir temlik ücretinin dayanağının anılan yönetmeliğin 28/2. maddesi olduğu, zira Kanun hükümlerinde Büyükşehir belediyelerine bu ücretin alınması konusunda bir yetki verilmediğinin görüldüğü, sonuç olarak anılan yönetmeliğin 28/2. maddesi ile ihdas edilen vergi benzeri mali yükümlülüğün kanunla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olması nedeniyle Anayasanın 73/3 maddesine aykırılık teşkil ettiği, bunun yanı sıra 2464 sayılı Kanunun 97. maddesinin de dava konusu devir temlik ücreti açısından hukuki dayanak oluşturamayacağı, zira, olayda belediyece yapılmış bir hizmetin bulunmadığının görüldüğü, bu durumda davacı adına devir temlik ücreti salınmasında ve tahsil edilmesinde yasal isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden Bursa 2. Vergi Mahkemesinin 23.7.2008 tarih ve E:2007/1126, K:2008/1559 sayılı kararının;temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına...karar verildi.” (Danıştay 9. Dairesi 02.12.2010 t.li 2008/7221 E., 2010/6322 K.)

olmaması nedeniyle, pay devrinin sınırlandırılmasının kanuni dayanağı olmadığı, ancak esas sözleşmeye bu konuda hüküm koyulmasına yönelik hüküm karşısında da, esas sözleşmesel dayanağa sahip olduğu söylenebilecektir. Ne var ki, DPK m. 4/3 hükmünde yer alan piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken diğer hususların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin ifadelerin, çıkarılacak yönetmelikle her türlü sınırlandırmanın öngörülebileceği anlamına geldiğini ileri sürmek güçtür. Kanun tarafından çerçevesi belirlenmeyen veya açıkça bir sınırlandırma öngörülmeyen konuların yönetmelikle düzenlenmesi veya kanunda öngörülmeyen bir sınırlandırma öngörülmesinin de, normlar hiyerarşisi ve hukuk güvenliği açısından sorunlu bir durum olduğu kanaatindeyim.

Son olarak, lisans sahibi şirkette belirli sermaye oranını temsil eden veya kontrol değişikliğine yol açan pay devirlerinin yapılmasını kısıtlamaya yönelik regülasyon müdahalesinin amaca uygun bir düzenleme olup olmadığı hususunun da tartışılması gerektiği fikrindeyiz. TTK m. 490/1 hükmü kapsamında esas sözleşmeye konulacak hükümlerle, pay sahiplerinin anonim şirketteki paylarını devretmelerine kısıtlama getirilebileceği belirtilmişti. Kanun koyucunun, EPDK tarafından lisans verilmek suretiyle pay sahipliği onaylanan şirkette karar alma sürecine etki edecek pay sahiplerinin değişmesini istemediği görülmektedir. Söz konusu pay devrinin kontrolünün, piyasada hakim durumun oluşmasına ve rekabetin korunmasına yönelik olmadığı açıktır. Zira rekabetin korunmasına yönelik normlar çerçevesinde, Rekabet Kurumu tarafından söz konusu görev yerine getirilmektedir. Enerji piyasasındaki düzenlemeler ise daha çok, piyasanın regülasyon kurumu tarafından sıkı bir şekilde gözetim ve denetimi amacına yöneliktir. Bu nedenle, lisans sahibi şirketteki pay devirleri de büyük ölçüde Kurulun iznine veya onayına tabi kılınmıştır. Kanaatimce, enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin yatırımını tamamlayabilmesi için sabit, yatırım tutarı veya kurulu güce endeksli asgari sermaye miktarı belirlenmektedir. Enerji şirketlerinin sermaye yapısına yönelik regülasyon müdahalelerine ilişkin eleştirilerimizi saklı tutmakla birlikte, sermaye yapısını sıkı bir şekilde kontrol altına alınan şirketlerde pay devri ancak bedellerinin tamamının ödenmediği nama yazılı payların devri mahiyetinde olduğu takdirde risk teşkil eder. Söz konusu risk ise bedellerinin tamamının ödenmediği nama yazılı payları devralan pay sahibinin, ödenmeyen bedelleri tamamen ödenmemiş paylara ilişkin sermayeyi ödeyememesidir.

Bu riske karşı ise, TTK'da halihazırda çeşitli önlemler öngörülmüştür. TTK m. 491/1 hükmüne göre, bedelleri tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, esas sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, maddede belirtilen haller dışında ancak şirketin onayı ile devredilebilir. Görüldüğü üzere, esas sözleşmeye hüküm konmaksızın bile sözkonusu payların devrine ilişkin olarak şirketin kendisine bir devre onay vermeme şeklinde bir yetki verilmiştir. Ancak, salt payların bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onayı reddetmek hakkını vermemektedir. TTK m. 491/2 hükmüne göre şirket sadece devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirkete istenen teminat verilmemişse onayı vermeyi reddedebilmektedir. Görüldüğü üzere, şirkete bedellerinin tamamının ödenmediği nama yazılı payların devrine özellikle de payı devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise onay vermeyerek sermaye yapısını koruma imkanı verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında, anonim şirketin, sermaye yapısının TTK hükümleri kapsamında korunabildiği bir ortamda enerji şirketlerinin pay sahipliği yapısına yönelik öngörülen müdahalelerin gerekliliğinin ve sermaye yapısının korunmasına ne kadar katkı yaptığı hususunun enine boyuna tartışılması gerektiği kanaatindeyim.

4.2.3. Lisans Alıncaya Kadar Belirtilen İstisnalar Dışında Önlisans Sahibi Şirketin Pay Sahipliği Yapısında Değişiklik Yapılamaması Ve Payların Devrine Yönelik Kısıtlamalar

EPK m. 6/1 hükmüne göre, elektrik üretim lisansı için başvuran şirketlere belirli süreli önlisans verilmektedir. EPK m. 6/3 hükmüne göre, lisans alıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, hisselerinin devri veya hisselerin devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması veya Kurum tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi önlisansın iptal sebeplerinden sayılmıştır.

EPLY m. 28/2-b hükmünde de, önlisans sahibinin, ilgili mevzuatta sayılanların yanısıra; lisans alıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri ile bu Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında ortaklık yapısında doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir değişiklik yapmamak, paylarını devretmemek, payların devredilmesi veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemleri yapmamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

EPLY m. 57/1 hükmünde, lisans alınincaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, paylarının devri veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemler yapılamayacağı öngörülmüştür. Maddenin devamında, sözkonusu hükmün uygulanmayacağı birtakım haller düzenlenmiştir.

EPLY m.12/5-ç hükmüne göre de, önlisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin, esas sözleşmesinde, önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin Yönetmelikte öngörülen hüküm ile şirket sermaye miktarının azaltılmasına hükme yönelik esas sözleşme değişikliklerinde Kurumun onayının alınacağına ilişkin hükme yer verilmesi zorunludur.

EPLY m. 19/ 6 hükmünde YEKA için verilen önlisansa sahip elektrik üretim şirketlerinde, Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında, lisans alınincaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında, önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması durumunda lisansın iptal edileceği belirtilmiştir.

Bu hükümlerden görüleceği üzere, elektrik üretim faaliyetinde bulunacak olan önlisans sahibi şirket, Yönetmelikte belirtilenler dışında pay sahipliği yapısında doğrudan veya dolaylı olarak değişiklik yapmamakla, aynı zamanda bu hükümlere esas sözleşmede yer vermekle ve esas sözleşmedeki hükmün değiştirilebilmesi için EPDK onayının alınacağına ilişkin hükme esas sözleşmede yer vermekle yükümlü kılınmıştır.

4.2.3.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Yukarıda, pay devirlerine ilişkin kısıtlamaları TTK açısından değerlendirirken, enerji şirketlerinde, pay devirlerinin tamamının değil, belirli pay devirlerinin kısıtlandığından ve kısıtlamaya tabi olan devirlerin belirlenmesinde EPLY m. 57/2 hükmü kapsamında sermaye oranı ile kontrol değişikliği olmak üzere iki ölçüt kullanıldığından, bu ölçütlerin kapsamına giren pay devirlerinin onaya tabi kılındığını

ifade etmiştik. Belirtilen sermaye oranını aşmayan veya kontrol değişikliğine yol amayan pay devirleri veya işlemler kısıtlamaya tabi tutulmamıştır.

EPLY m.57/1 hükmünde düzenlenen nlisans sahibi elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerdeki pay devirleri kısıtlamalarının, genel olarak enerji şirketlerindeki pay devirlerini düzenleyen EPLY 57/2 hükmünden daha geniş tutulduğu görülmektedir. Yönetmelikte belirtilenler istisnalar dışında, nlisans sahibi şirketin pay sahipliği yapısında doğrudan veya dolaylı olarak değişiklik yapılamayacağı, payların devredilemeyeceği, payların devredilmesi veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiş, aynı zamanda bu hükümlere esas sözleşmede yer verilmesi ve esas sözleşmede ayrıca, bu hükmün değiştirilebilmesi için EPDK onayının alınacağına ilişkin hükme de yer verilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Pay kavramının, anonim şirketlerde, pay sahiplerinin, şirket üzerinde sahip oldukları hak ve borçlarını belirlemek için de kullanıldığını daha önce ifade etmiştik. Doğrudan pay sahipliği, şirkete doğrudan pay sahibi tarafından konulan sermaye oranında şirkette pay sahibi olunmasını ifade etmektedir. Diğer yandan, TTK'da, doğrudan ve dolaylı pay sahipliği konusunun, şirketler topluluğuna ilişkin m.195, 198, 203, 208 hükümlerinde geçtiği görülmektedir. Ancak söz konusu maddelerde dolaylı pay sahipliği tanımlanmamıştır. EPK'da dolaylı pay sahipliği tanımlanmış değildir ancak EPLY'de dolaylı pay sahipliği şeklinde bir kullanım söz konusudur. EPLY m. 51 hükmünün başlığının dolaylı pay sahipliği şeklinde olduğu görülmektedir. Hükümde, ortaklık yapısında en az bir tüzel kişi ortağın varlığı halinde dolaylı pay sahipliği ilişkisine bakılacağı, dolaylı pay sahipliğinin tespitinde;

- *bir tüzel kişinin dolaylı pay sahipliği oranının tespitinde söz konusu tüzel kişinin beyanının esas alınacağı,*
- *bir gerçek kişiye ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bu gerçek kişi ile eşi ve çocuklarına veya bu kişilerin ayrı ayrı veya birlikte sermayesini veya yönetimini kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte dikkate alınacağı, tüzel kişiye ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde de tüzel kişiye ait paylar ile bu kişinin*

sermayesini veya yönetimini kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte hesaplanacağı,

- lisans sahibi veya lisans başvurusunda bulunmuş bir tüzel kişiyi kontrol eden gerçek veya tüzel kişilerden her birinin, o tüzel kişilikte yüzde yüz oranında dolaylı paya sahip olduğunun kabul edileceği,

- kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında dolaylı pay sahipliği ilişkisinin aranmayacağı,

ifade edilmiştir. EPDK'nın 7828 nolu kararında da *Önlisans Başvurusunda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi*'nin 8 nolu maddesinde Ortaklık Yapısı Belgeleri başlığı altında dolaylı pay sahipliğine yönelik bazı açıklamalar bulunmaktadır³⁰⁷.

Bahse konu düzenlemelerden, dolaylı pay sahibinin tespit edilebilmesi için önlisans veya lisans sahibi şirketin tüm pay sahiplerinin tespit edilmesinin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Şirkette pay sahibi olan tüzel kişiler ile o tüzel kişilerin pay sahipliği yapısı, gerçek kişilere ulaşana kadar belirlenmesi ve beyan edilmesi gerekmektedir. EPLY m. 51 ve EPDK'nın 7828 nolu kararına göre, önlisans veya lisans sahibi şirkette, pay sahibi olan tüzel kişiler vasıtasıyla gerçek kişilerin sahip oldukları paylar, dolaylı pay sahipliğidir. Önlisans veya lisans sahibi şirketlerdeki dolaylı pay sahipliği değişikliği ile şirkette pay sahibi olan tüm tüzel kişiler ile gerçek kişilere ulaşana kadar tespit edilecek pay sahibi tüzel kişilerin pay sahipliği yapısında

³⁰⁷ **8. Ortaklık Yapısı Belgeleri:**

Tüzel kişilikte doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan gerçek ve tüzel kişilerin, pay oran ve tutarları belirtmek suretiyle, ortaklık yapısını ortaya koyan bilgiler.

(Bu kapsamda, gerçek kişi ortak ya da ortaklara ulaşıncaya kadar ortaklık yapısını ortaya koyan bir şema hazırlanır. Bu şemada yer verilen gerçek kişi ortakların yanına T.C kimlik numaraları tüzel kişi ortakların yanına Ticaret Sicil Numaraları yazılır. Tüzel kişinin ortaklık yapısında dolaylı pay sahipliğinin de ayrıca hesaplanması ve yapılan hesaplama sonucunda; ortaklık yapısında yüzde on ve üzerinde (halka açık şirketlerde % 5 ve üzerinde) doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan ortakların pay oranlarının yüzde (%) olarak gösterilmesi gerekir. Önlisans alınuncaya kadar ortaklık yapısında herhangi bir değişiklik olması durumunda, ortaklık yapısını ve pay oranlarını ortaya koyan bilgi ve belgelerle birlikte bu şemanın güncellenerek Kuruma sunulması gerekir. Dolaylı ortaklar açısından gerçek kişi ortakların, varsa birbirleri ile olan akrabalık ilişkileri (anne, baba, kardeş v.s) belirtilir ve Yönetmelik kapsamında belirtilenler, dolaylı pay sahipliği oranlarının belirlenmesinde birlikte dikkate alınır. Yönetmeliğin 51 inci maddesi çerçevesinde, başvuruda bulunan tüzel kişinin önlisansına derç edilecek olan dolaylı pay sahipliği oranının tespitinde, ilgili tüzel kişinin beyanı esas alınır. Ayrıca şirketin ortaklık yapısına ilişkin bilgiler Excel formatında da hazırlanarak elektronik ortamda (1 adet) sunulacaktır. Son ortaklık yapısını gösteren bilgi ve belgeler kapsamında anonim şirketler için pay defterinin ilgili sayfalarının tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili kişi veya kişilerce imzalanmış sureti, limited şirketler için Türk Ticaret Sicili Gazetesi sureti veya ilgili Sicil Müdürlüğünden alınmış tescil belgesinin Kuruma sunulması gerekir.)” (Bkz 7828 nolu EPDK kararı)

meydana gelen tüm değişiklikler kastedilmektedir. Bu düzenlemeye göre, enerji şirketi Enerji A.Ş’de pay sahibi olan Çelik A.Ş ile Çelik A.Ş’de pay sahibi olan Demir A.Ş’nin ve devam eden pay sahipliği yapısında yeralan tüm tüzel kişilerin pay sahipliği yapısında meydana gelecek pay değişikliği Enerji A.Ş’nin dolaylı pay sahipliği yapısını değiştirecek ve EPLY m. 57/1 hükmünde belirtilen istisnalar kapsamında değilse gerçekleştirilemeyecektir.

EPLY m. 57/1 hükmündeki düzenleme, önlisans sahibi şirketin pay sahipliği yapısını aşarak, gerçek pay sahipleri belirlenene kadar şirkette pay sahibi olan tüm tüzel kişilerin pay sahipliği yapısına müdahale öngörmektedir. Yani burada, doğrudan regülasyona tabi olan önlisans sahibi şirketin pay sahipliğini dolaylı yoldan etkileyecek ve pay sahipliği yapısında yer alan tüm pay sahibi tüzel kişilerin pay sahipliği de regülasyon müdahalesi kapsamına dahil edilmektedir. Kanun koyucunun, pay sahipliği yapısında oluşacak değişikliklerin kısıtlanmasını öngören bu hükümleri koyma amacı sorgulandığında, bunun, enerji şirketlerine yönelik diğer regülasyon müdahalelerinin korunmasına yardımcı olan bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Zira, aşığıda detaylı olarak inceleyeceğimiz enerji şirketlerinde pay sahiplerinin sahip olması gereken vasıflar gözönüne alındığında, Kanun koyucunun doğrudan veya dolaylı tüm gerçek kişi pay sahiplerinin bu vasıflara sahip olmasını aradığı, bu vasıflara sahip olmayan pay sahiplerinin, önlisans sahibi şirkette doğrudan veya dolaylı pay sahibi olmasını istemediği ve bu hükümlerle bunun gerçekleşmesini engellemeyi amaçladığı kanaatindeyim.

Önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, hisselerinin devri veya hisselerin devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılmasına yönelik yasaklamaya rağmen, imzalanan pay devri sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ve pay defterine payları devralan kişilerin kaydı yapılmışsa, kayıtların geçerli olacağı sorularına cevap aranması gerekmektedir. Şayet, pay sahipliğinde dolaylı veya doğrudan değişikliğe yol açan işlem, EPLY m. 57/1 hükmünde belirtilen istisnalardan³⁰⁸ birine giriyorsa, kısıtlama bu işlemlere

³⁰⁸ Özdamar, EPK’da yeralan veraset ve iflas gibi halleri haricinde Kanunda olmayan birtakım istisnaların EPLY’de düzenlendiğini, Kanunda yer alamayan istisnaların Yönetmelik ile düzenlenmesinin hukukun temel prensiplerinden biri olan normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu, bu gibi durumlarda, Kurulun, Kanun koyucunun yerine geçerek onun düzenlemediği veya düzenlenmesine

uygulanamayacaktır. Bu istisnalardan birine girmiyorsa, yapılan işlemin geçerli olup olmadığının belirlenmesi gerekir. EPLY m. 57/2 hükmüne göre elektrik piyasa faaliyetleri gerçekleştiren lisans sahibi şirketlerde pay devri yasaklanmayıp, Kurul onayına tabi kılınırken, EPLY m. 57/1 hükmüne göre ise önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, hisselerinin devri veya hisselerin devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması doğrudan yasaklanmıştır. Ancak her iki durum açısından, izinsiz yapılan pay devirleri veya yasağa rağmen önlisans sahibi şirketlerde pay sahipliği yapısında değişikliklere yol açan işlemlerin geçersiz olup olmadığı hususu EPK'da düzenlenmemiştir. Düzenlenmediğinden, pay devri ve pay sahipliği yapısında değişikliğe yol açan işlemlerin geçerliliği aynı perspektiften tartışılması gerekecektir. Böyle bir durumda, EPK'da yapılan pay devri işleminin geçersiz olup olmayacağı hususu düzenlenmediğinden, yapılan pay devri işlemi veya pay devrinin kaydı işlemi TTK nezdinde geçerli olacaktır. Ancak devrin geçerli sayılması, EPK ve EPLY nezdinde öngörülen yaptırımların uygulanmasına engel olamayacaktır. Yukarıda EPLY m. 57/2 hükmünde yer alan enerji şirketlerinde pay devirlerinin kısıtlanmasına ilişkin düzenlemenin TTK açısından değerlendirilmesine yönelik açıklamalarımız aynı şekilde EPLY m. 57/1 hükmünde yer alan önlisans sahibi şirkette pay sahipliği yapısını değiştirecek işlemler için de geçerli olduğundan, aynı açıklamalar buraya alınmayacaktır.

EPLY m. 57/1 hükmünde, yalnızca önlisans sahibi şirkette doğrudan ve dolaylı pay değişikliğine yol açacak pay devirleri değil, aynı sonucu doğuracak işlemler de yasaklanmıştır. Örneğin, önlisans sahibi olan şirketin dış kaynaklardan sermaye artırarak ve bazı pay sahiplerinin rüçhan hakları kısıtlanarak pay sahipliği yapısının değiştirilmesi mümkün olduğundan, bu durum EPLY m. 57/1 hükmü kapsamındaki yasağa tabi olabilecektir. Çünkü, rüçhan hakkının kısıtlanması veya kullanılmaması, başka kişilerin bu hakkı kullanmasının yolunu açabilecek ve bu hak kullanıldığında

açıkça imkan vermediği durumlar için düzenlemeler öngörmüş olacağını belirtmektedir. (Özdamar M. 2014, a.g.m, s.121, 122.) Tezimizin konusu teşkil eden birçok regülasyon açısından bu aykırılığın söz konusu olduğunu üzülen müşahade etmekteyiz. Bu nedenle, Yazarın eleştirisine katılmaktayız. Kanaatimce, normlar hiyerarşisine uygun kanun yapım tekniğinin benimsenmesi, yönetmelikleri, kanunların bıraktığı boşlukları dolduracak, kanunla aynı güce ve etkiye sahip bir norm olarak görmekten vazgeçilmesi ve hukuk güvenliğini sarsacak bu yanlış uygulamalara bir an önce son verilmesi gerekmektedir.

ise, şirketin pay sahipliği yapısında değişiklik gerçekleşecek, böyle bir durumda pay devri olmamasına rağmen şirkete yeni pay sahiplerinin girmesi söz konusu olacak, böylece şirketin pay sahipliği yapısındaki pay dağılımı değişmiş olacaktır. Aynı şekilde, önlisans sahibi şirketin paylarının bir kısmı veya tamamı üzerinde intifa veya rehin hakkı tesis edilmesi de benzer şekilde sonuç doğuran işlemler arasında sayılabilir. Bahsedilen bu işlemler, EPK ve EPLY’de yer alan hükümlerle yasaklanan pay devri ve pay sahipliği yapısında değişikliğe yolaçan işlemler mahiyetinde olacağından önlisansın iptali sözkonusu olabilecektir³⁰⁹.

EPLY m.12/5-ç hükmü kapsamında, önlisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin, esas sözleşmesinde, önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin Yönetmelikte öngörülen hüküm ile şirket sermaye miktarının azaltılmasına ilişkin hükme yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK’nın onayının alınacağına ilişkin hükme yer verilmesi zorunlu olduğundan, esas sözleşmeye hükmün konulmaması, konulmasına rağmen uyulmaması gibi durumlar için yukarıda esas sözleşmelere yönelik müdahalelere ilişkin olarak yeralan açıklamalarımız³¹⁰ geçerli olacaktır. Bu nedenle mezkur açıklamalara burada tekrar yer vermeyeceğiz.

Doğal gaz piyasası açısından, piyasa faaliyetleri için önlisans verilmesi gibi bir uygulama olmadığından, DPK’da ve DPLY’de, EPLY m. 57/1 benzeri bir hükme yer verilmemiştir. Zaten lisans edinme öncesi önlisans edinmesi uygulaması yalnızca elektrik üretim faaliyeti için kabul edilmiş olup, pay sahipliği yapısının değiştirilmemesine yönelik kısıtlama yalnızca üretim faaliyeti için önlisans alan şirketler için geçerlidir. Diğer elektrik piyasası faaliyetleri için bu hüküm uygulanabilir değildir.

³⁰⁹ Özdamar M. 2014, a.g.m, s.121, 122.

³¹⁰ Bkz. 2.4.9 Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları başlığı altında yeralan açıklamalarımız s. 148 v d.

4.2.4. Lisansı İptal Edilen Şirketteki Pay Sahiplerinin Lisans Başvurusu Yapan Şirkette Pay Sahibi Olabilmesine Yönelik Kısıtlamalar

EPK m.5/8 hükmünde lisansı iptal edilen tüzel kişinin, bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dâhil, yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamayacağı, lisans başvurusunda bulunamayacağı, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamayacağı, yönetim kurullarında görev alamayacağı belirtilmiştir.

EPK'ya dayanılarak çıkarılan EPLY m. 27/3 hükmünde de, lisansı iptal edilen tüzel kişinin, bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dahil, yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, limited şirketlerde müdürlerin, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle, mevcut önlisansları kapsamındaki üretim lisansı başvuruları hariç olmak üzere, önlisans ve lisans alamayacağı, önlisans ve lisans başvurusunda bulunamayacağı, önlisans ve lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamayacağı, yönetim kurullarında görev alamayacağı, önlisans ve lisans başvurusundan sonra bir tüzel kişinin ortakları ve yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, limited şirketlerde müdürlere ilişkin yasaklılık halinin olması halinde, bu aykırı durumun giderilmesi için doksan gün süre verileceği, aykırılığın giderilmemesi halinde ilgili başvurunun Kurul kararı ile reddedileceği hususu belirtilmiştir.

Bu regülasyon müdahalesinin dayanağı olan EPK m. 5 hükmü, lisans esaslarına ilişkin genel hükümler içermekte olup, elektrik piyasasında lisansa tabi bütün şirketlere uygulanacaktır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, lisansı iptal edilen tüzel kişi ile bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar, lisansın iptalini takip eden üç yıl süreyle önlisans ve lisans alamayacağı gibi önlisans ve lisans başvurusunda bulunamayacaklar, önlisans ve lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde de doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamayacaklardır.

Doğal gaz piyasası ile ilgili olarak, pay sahiplerinde bahse konu koşulun arandığına ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte, payların devrinin düzenlendiği DPLY m.42 hükmünde, kurul onayının, hisseyi devralan gerçek veya tüzel kişinin,

lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması kaydıyla verileceği belirtilmekte, sözkonusu hükmün, tüzel kişi ortağın yönetimini belirleyen sermaye paylarının bir başka tüzel kişiye ait olması halinde, gerçek kişi ortak ya da ortakları kapsayacak şekilde uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu hükme rağmen, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartlara ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, doğal gaz piyasasında faaliyet göstermek için lisans alacak şirketlerdeki pay sahipleri için de böyle lisansı iptal edilen şirkette pay sahibi, yönetim kurulu üyesi, müdür olunmamış olması şeklinde bir şartın arandığına ilişkin DPK'da ve DPLY'de hüküm bulunmamaktadır.

4.2.4.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Yukarıda da açıklandığı üzere, TTK, anonim ve limited şirketlerde pay sahibi olabilmeye yönelik özel bir ehliyetin aranmasına ilişkin hükümler içermemektedir. TMK'nın ehliyet hükümleri kapsamında ise, her tüzel ve gerçek kişi, anonim ve limited şirketlerde pay sahibi olabilmektedir.³¹¹ Anonim ve limited şirketler de, sermaye şirketi olmaları nedeniyle, sermaye ön planda, pay sahiplerinin kimliği ikinci planda tutulmuştur. Bu şirketlerde, pay sahiplerinin kişiliğinden ziyade sermaye taahhüdünde bulunarak bu taahhütlerini yerine getirmeleri önemlidir.

Anonim şirketlerde pay sahibi olabilmenin en önemli koşulu, sermaye taahhüdünde bulunulmasıdır. Bu husus, TTK m. 335 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Anonim şirketler için öngörülen bu hükümler TTK m. 585 hükmü kapsamında limited şirketler için de uygulama alanı bulmaktadır. Görüldüğü üzere, sermaye şirketlerinde pay sahipliği sıfatının kazanılması ile sermaye taahhüdünde bulunulması arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

Her ne kadar, TTK m.330 hükmünün EPK m.5/8 hükmü ile EPLY 27/3 hükmündeki zorunluluğa dayanak olacağı ileri sürülse de, TTK kapsamında pay sahipliğine ilişkin şartlara dair açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu hüküm

³¹¹Arsılanlı, a.g.e, s.143; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.257; Tekinalp (Poroy /Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.810, s.577; İmregün 1989, a.g.e, s.281;Ahmet Düşünür, Anonim Şirketlerde Pay Sahipliğinin Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s.39.

TTK'nın diğer hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira, TTK kapsamında, daha önce lisansı iptal edilen şirkette pay sahibi olsun veya olmasın, ehliyet hükümleri kapsamında, her tüzel ve gerçek kişi, anonim ve limited şirketlerde pay sahibi olabilir.

Bu hükümlere aykırılığın TTK hükümleri açısından şirketin mevcudiyetine yönelik bir etkisi bulunmayacaktır. Zorunluluğa uyulmamış olması nedeniyle lisans alamayacak veya lisansı iptal edilen enerji şirketi, hukuki varlığını sürdürecektir ve tüzel kişiliğe sahip olmaya devam edecektir. Bununla birlikte, şirket, lisansa tabi piyasa faaliyetini de gerçekleştiremeyecektir.

Tezimizin farklı başlıkları altında, gerek doğal gaz gerekse elektrik piyasalarına ilişkin kanun ve yönetmelikler arasındaki mevcudiyetini tespit ettiğimiz uyumsuzluk, maalesef burada da karşımıza çıkmaktadır. EPK m.5/8 hükmünde, lisansı iptal edilen tüzel kişinin, pay sahiplerinin, müdürlerin ve yönetim kurulu üyelerinin üç yıl süre ile lisans alamayacağı belirtilmişken, kanuna dayanarak çıkarılan EPLY'nin m. 27/3 hükmünde, lisansı iptal edilen tüzel kişinin, pay sahiplerinin, müdürlerin ve yönetim kurulu üyelerinin üç yıl süre ile hem lisans hem de önlisans başvurusunda bulunamayacağı, alamayacağı, belirtilmiştir. Kanunda sadece lisans alınamayacağından bahsedilirken, yönetmelik hükmü ile bu genişletilmiş ve önlisans da alınamayacağı belirtilmiştir. Böylelikle, Kanunda olmayan bir yasaklamanın, Yönetmelikle getirildiğini görmekteyiz. EPLY'nin m. 27/3 hükmünün, EPK'ya açık bir şekilde aykırı olması, kanunla öngörülmeleyen bir yasaklamanın yönetmelikle ihdas edilemeyeceği gibi bir temel ilke ile bu ilkenin vurgulandığı Danıştay tarafından verilen bir karar³¹² ışığında ele alındığında, önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişilere, pay sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve müdürlere uygulanamayacağı, yalnızca lisans başvurularına uygulanabileceği kanaatindeyim.

Diğer yandan, pay sahipliği için hükümde belirtilen şekilde bir koşulun niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle regülasyona tabi piyasalarda, piyasaya giriş-çıkışların kontrolü, piyasa faaliyetinde devamlılığın sağlanması gibi

³¹² Danıştay 9. Dairesince verilen 02.12.2010 tarihli 2008/7221 E.,2010/6322 K. Nolu kararın kısmi metni ve tartışmalar için bkz. 4.2.2.1 *Kısıtlamaların TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altındaki değerlendirmelerimiz s. 234 vd.

amaçlarla, kamu yararı gözetilerek, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerdeki pay sahipleri için (yukarıda örnek gösterilen bankacılık, sigorta ve finansal kiralama ve finansman şirketlerindeki pay sahipleri) serbest piyasa ekonomisi ilkelerine uygun gözükmeyen birtakım ekonomik yaptırım ve cezaların öngörüldüğü bilinmektedir. Bu ekonomik yaptırımların veya cezaların varlığı, yerindeliği, ceza hukukuyla ilişkisi tartışılmıştır³¹³. Enerji şirketlerindeki pay sahipleri için aranan bu koşulun, ekonomi ceza hukuku ile idari ceza hukuku arasında kalan düzenleyici (regülatif) idari cezalar veya yaptırımlar³¹⁴ olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Gerçekten de, regülasyona tabi diğer alanlarda da faaliyet gösteren şirketler için benzer şekilde düzenleyici idari ve cezai yaptırım öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin regülasyona tabi banka kurucu ortakları için³¹⁵, sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin kurucu ortakları için³¹⁶, finansal kiralama, faktoring, finansman ve tasarruf finansman şirketlerinin kurucu ortakları için³¹⁷ enerji şirketlerindeki pay sahipleri için aranan şartlardan idari yaptırım veya ceza niteliğinde daha ağır şartlar aranmaktadır³¹⁸. Kamu hizmeti olarak görülen regülasyona tabi alanlarda kamu yararı amacıyla öngörülen bu yaptırım ve cezaların ilgili piyasaların işleyişini sağlama açısından gerekli olduğu ve birçok hukuk siteminde benzer yaptırım ve cezaların

³¹³ Ekonomik ceza ve ekonomi ceza hukukuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, “Ekonomik Suçlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, (Haziran 2020), s. 119-163; Gülsüm Ayhan Aygörmez, “Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 14, (Aralık 2010), s. 67-88; Gülsüm Ayhan Aygörmez, “Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş III”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 22, (Ağustos 2013), s.61-84; Gizem Dursun, ““Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi” ve Bu Kapsamda 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175, (Mart 2019), s.853-885; Cenker Değirmenci, “6103 Sayılı TTK’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Madde 24/11 (Pay sahiplerinin ve Limited Şirket Ortaklarının Şirkete Borçlanma Yasağı) Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesine Uygun mudur?” Prof.Dr.Ersin Çamoğluna Armağan Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.654-664.

³¹⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Taşdemir, “Ekonomi Ceza Hukuku ile İdari Ceza Hukuku Arasındaki Gri Alan: Düzenleyici (Regülatif) İdari Cezalar”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, (Ocak 2020), s. 99-156

³¹⁵ Bkz. Bankacılık Kanunu m.8 hükmü.

³¹⁶ Bkz. Sigortacılık Kanunu m.3 hükmü.

³¹⁷ Bkz. Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu m.6 hükmü.

³¹⁸ Bu üç alanda faaliyet gösteren şirketlerin ortak özelliği, yalnızca regülasyona tabi olmaları değil, aynı zamanda, TB tarafından çıkarılan, Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğin, m.5 hükmünde belirtilen kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi şirketler olmalarıdır. Enerji şirketleri kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi şirketlerden değildir.

öngörüldüğü görülmektedir. Bu yaptırım ve cezalar, Anayasa'nın 167. Maddesi hükmü doğrultusunda, Devletin para kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma görevi içerisinde görülecektir.

Diğer yandan, bankaların, sigorta ve reasürans şirketleri ile finansal kiralama gibi, regüle edilmediği veya edilip te kuralların ihlal edildiği takdirde, piyasaya, sözkonusu alanlardaki şirketlerle ilişkide bulunan gerçek ve tüzel kişilere, Devlete, zarar verme potansiyeli oldukça yüksek olan, bu nedenle de yoğun bir şekilde düzenlenmesi ve denetlenmesi elzem olan finans alanları için öngörülen düzenleyici (regülatif) idari cezalar veya yaptırımların, enerji gibi nispeten çok daha hafif regülasyona tabi bir alanda faaliyet gösterecek şirketlere uygulanması eleştiri konusu olabilir. Buna ilaveten, enerji şirketleri için pay sahiplerinde aranan koşulun, ayırım yapılmaksızın tüm enerji şirketleri için öngörüldüğü görülmektedir Oysa, enerji piyasası faaliyetleri arasında ayırım yapıldığı, kamu hizmeti yönü ağır basan faaliyetlerin daha fazla regülasyona tabi kılınırken, diğer faaliyetlerin daha az regülasyona tabi kılındığı bir gerçektir. Hal böyleyken, piyasada faaliyet gösteren tüm şirketlerin, aynı yaptırıma tabi kılınması şeklinde bir düzenlemenin varlığı, regülasyonu kendi içinde tutarsız hale getirdiği söylenebilecektir.

Bu açıklamalardan hareketle, bir enerji şirketinin sırf lisansı iptal edildi diye, tüzel kişi ortaklarının, üç yılla sınırlı olsa da, enerji piyasasında lisanslı faaliyet gösterecek başka bir şirkette pay sahibi olmasının engellenmesi sonucuna yolaçan düzenleyici (regülatif) idari cezalar veya yaptırımların konuluş amacını sağlamada katkısı olup olmadığı, uygulamadaki sonuçları da irdelenmek suretiyle tespit edilmesi, sonuca göre, bu hususun, enerji şirketlerinde pay sahibi olma koşulu olarak aranmasına ilişkin düzenlemenin aynı şekilde uygulamasına devam edilmesi veya değiştirilerek koşul olmaktan çıkarılabileceği konusunun yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini değerlendirmekteyim³¹⁹.

³¹⁹ Yukarı da belirtildiği gibi, doğal gaz piyasasında faaliyet göstermek için lisans alacak şirketlerdeki pay sahipleri ve yönetim kurulu için, elektrik piyasasında öngörüldüğü gibi, daha önce lisansı iptal edilen şirkette pay sahibi, yönetim kurulu üyesi, müdür olunmamış olması şeklinde bir şartın arandığına ilişkin DPK'da ve DPLY'de hüküm bulunmamaktadır. Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketler için böyle bir hüküm öngörülmemesine rağmen, EPDK tarafından kötü yönetilmesi nedeniyle mali durumu kötüleşen, bu nedenle de DPK m.9 ile DPLY m.17 hükümleri doğrultusunda yönetimine el

4.2.5. Piyasa Faaliyeti Gösteren Diğer Tüzel Kişilerde Doğrudan Pay Sahibi Olunabilmesine ve Bu Tüzel Kişilerde Doğrudan Pay Sahibi Olabilmeye Yönelik Kısıtlamalar

Hem elektrik piyasasında hem de doğal gaz piyasasında, piyasada faaliyet gösteren diğer tüzel kişilere ortak olunmasına ilişkin kısıtlamalar bulunmaktadır. Söz konusu kısıtlama, elektrik piyasasındaki dağıtım faaliyetine yönelik hükümlerde öngörülmektedir. EPK m. 9/1 hükmünde, dağıtım faaliyetinin, lisansı kapsamında, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütüleceği, şirketin, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olduğu ifade edilerek, piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilerin bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketinin piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamayacağı belirtilmektedir. Bu hüküm, dağıtım şirketinin yükümlülüklerine ilişkin EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerinde de yer almış, dağıtım şirketinin piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olmamakla ve piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer vermemekle yükümlü olduğu hususu yer almıştır. Her ne kadar söz konusu kısıtlama, yalnızca dağıtım şirketine yönelik olarak gözüksün de, aslında dağıtım şirketini bağlayan kısıtlama, piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olmamasıdır. Dağıtım şirketinin aynı zamanda, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer vermemekle yükümlü kılınmış olmasına ilişkin kısıtlamanın muhatabı yalnızca dağıtım şirketi olmayıp, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerdir.

Doğal gaz piyasasında iştirak yasağının kanuni dayanağının DPK m. 7/a-3 hükmünün olduğu görülmektedir. Hükme göre, doğal gaz piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişi, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebilir; ancak ayrı bir şirket kuramaz. İştirak ettiği tüzel kişi

konulan bir doğal gaz şirketi örneğine bugüne kadar rastlanmamıştır. Aynı şeyi, elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından söylemek mümkün değildir. Zira Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş'nin kötü yönetilmesi nedeniyle borçlarını ödemediği acele düşmüş olması nedeniyle Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, 01.12.2016 tarihli kararıyla EPK m.16 hükmünde yer alan regülasyon tedbirleri kapsamında, bu şirketin yönetim kurulu üyelerini görevden alarak, yerine yeni yönetim kurulu üyeleri atamıştır. Bu durum da, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyelerinde aranan şartların, ulaşılmak istenen amaca gerçekte hizmet etmekte midir sorgulamasının yapılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. (Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş'nin yönetimine yönelik müdahaleye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dn. 362, s.317)

üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak o tüzel kişinin sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasını veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma hakkına ya da yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama hakkına ya da işlerini idare etme hakkına sahip olamaz. Tüzel kişi kendi faaliyet alanında, faaliyet gösteren hiçbir tüzel kişiye iştirak edemez ve şirket kuramaz. BOTAŞ'ın mevcut iştirakleri, uluslararası projeler için kurulacak şirketleri ve gerçekleştireceği iştirakleri için bu madde hükmü uygulanmaz. Maddenin devamında kısıtlama belirli açılardan esnetilmiştir. Buna göre belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin teknik ve ekonomik gerekçeleri dikkate alınarak Kurul tarafından uygun bulunması hâlinde kendi faaliyet alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak etmesi mümkündür. İştirake ilişkin şartlar ve uygulamaya ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği hükümde belirtilmiştir.

DPLY m. 44 hükmünde, DPK m. 7/a-3 hükmü tekrarlanmıştır. Maddenin devamında, belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin hangi şartlara sahip olması gerektiği hususu detaylandırılmıştır.

Hükümde belirtilen şartların sağlanmasıyla dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler, teknik ve ekonomik gerekçeler dikkate alınarak Kurul tarafından uygun bulunması halinde kendi faaliyet alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebilir. Maddede, DPK'da olduğu gibi, BOTAŞ'ın mevcut iştiraklerinin, uluslararası projeler için kurulacak şirketleri ve gerçekleştireceği iştirakleri için bu madde hükmünün uygulanmayacağı vurgulanmıştır.

DPLY m. 31/g hükmünde de, iştirak yasağının özel bir görünümü düzenlenmiştir. Hükümde, tüzel kişilerin, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyet gösterilen her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak kaydıyla piyasada birden fazla faaliyette bulunabileceği, ancak doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştirak eden tüzel kişinin iletim veya dağıtım faaliyeti yapamayacağı, iletim veya dağıtım faaliyet yapan tüzel kişiye iştirak edemeyeceği hususu yer almıştır.

4.2.5.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

TTK'da, bir şirketin, başka şirkette doğrudan pay sahibi olması yasaklanmamıştır. Ancak, bir şirketin başka bir şirkette doğrudan payı olması ve bu durumun hakim-bağlı şirket ilişkisi oluşturması halinde, bu şirketlerin kendi aralarındaki ilişki ile üçüncü kişilerle ilişkilerini düzenlemek üzere şirketler topluluğuna ilişkin m.195-208 hükümleri öngörülmüştür. EPK 9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerinde dağıtım şirketinin, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde doğrudan pay sahibi olması veya diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin dağıtım şirketinde doğrudan pay sahibi olması yasaklanmakla birlikte, dağıtım şirketinin diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde dolaylı pay sahibi olması ve diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin dağıtım şirketinde dolaylı pay sahibi olabileceği çıkarılmaktadır. Yani, dağıtım şirketi, pay sahibi olduğu başka bir şirket vasıtasıyla, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde dolaylı pay sahibi olabilecek, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketler de aynı şekilde pay sahibi olduğu başka bir şirket vasıtasıyla dağıtım şirketinde, dolaylı pay sahipliğine ilişkin tam veya kısmi bir kısıtlamanın da olmadığı düşünüldüğünde, yüzde yüz oranında dolaylı pay sahibi olması mümkündür.

Doğrudan pay sahibi olunmasına ilişkin yasağa karşın dolaylı pay sahipliğinin yasaklanmamış olması nedeniyle, piyasa faaliyeti gösteren şirketler arasında hakim-bağlı şirket ilişkisi oluşması halinde, EPK ve DPK'da aksine hüküm bulunmaması durumunda, TTK'daki m.195-208 hükümleri uygulanacaktır.

Dağıtım dışında diğer piyasa faaliyetlerinden, elektrik üretimi, iletimi, piyasa işletimi, toptan satış, perakende satış, ithalat ve ihracat faaliyetleri kastedilmektedir. Halihazırda Türkiye'de, iletim hizmeti, tekel olarak bir devlet şirketi olan TEİAŞ tarafından, piyasa işletim hizmeti de tekel olarak bir devlet şirketi olan EPIAŞ tarafından verildiğinden, tümüyle özelleştirilmiş olan dağıtım hizmeti görevini yerine getiren şirketlerin bu şirketlerde pay sahibi olması yürürlükteki mevzuat çerçevesinde mümkün gözükmemektedir. TEİAŞ veya EPIAŞ'ın, dağıtım şirketlerinde pay sahibi olması ise iştirak yasağına ilişkin belirtilen hükümlere tabi olmakla birlikte, özel hükümlere tabi olarak kurulan ve faaliyet gösteren ve TTK'ya tabi olan bu şirketlerin, piyasadaki özel sektör şirketleri için öngörülen birçok yasaktan muaf tutulduğu da bir

gerçektir. Bu durumda, teoride, dağıtım şirketi ile doğrudan pay sahibi olmak suretiyle iştirak ilişkisine girme ihtimali olan şirketler üretim, toptan satış, perakende satış, ithalat ve ihracat faaliyeti gerçekleştiren şirketler olacaktır.

Dağıtım hizmetine ilişkin değişikliklerin, diğer piyasa faaliyetlerinden belirgin bir şekilde ayırtırmaya yönelik olduğu görülmektedir. Dağıtım şirketleri için öngörülen diğer piyasa şirketlerinde doğrudan pay sahibi olma ve bu şirketlere doğrudan pay sahipliğinde yer verilmesine yönelik yasağın gerekçesinin ne olduğu hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Öncelikle, doğal tekel ve ağırlıklı olarak kamu hizmeti olarak görülmesi nedeniyle diğer piyasa faaliyetlerinden farklılık arzeden dağıtım hizmetini yerine getiren şirketin, özellikle pay sahipliği yapısında bulunan üretim şirketleri vasıtasıyla, sunacağı hizmet üzerinde maliyeti artıracak ve tüketiciye yansıtılacak olumsuz etkiler doğuracağı haklı olarak öngörüldüğünden, dağıtım hizmeti, diğer piyasa faaliyetlerini yerine getiren faaliyetlerden bağımsız bir konuma oturtulmak istenmiştir. Ancak tek gerekçe bu değildir. Zira, dağıtım şirketinde doğrudan pay sahibi olamayan üretim şirketi, şirkette yüzde yüze kadar dolaylı pay sahibi olabilecek ve dağıtım şirketini yönetir konuma gelebilecektir. Dağıtım şirketinin, diğer piyasa faaliyetlerden izole edilmesinin bir diğer nedeni, dağıtım faaliyeti hesaplarıyla, başka faaliyetlere ilişkin hesapların karıştırılmak istenmemesidir. Dağıtım hizmetinin kamu hizmeti olarak görülmesi nedeniyle, hizmet bedelini oluşturan tüm kalemler net bir şekilde belirlenmekte ve EPDK tarafından verilen onayla yürürlüğe girmektedir. Bu nedenle de dağıtım hizmetinin maliyeti ve gelirlerinin başka hiçbir gelir ve maliyetle karıştırılmaksızın belirlenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Dağıtım hizmeti için getirilen gerek hesap ayırtırması, gerekse hukuki ayırtırma zorunluluğu da, belirtilen amacı gerçekleştirmeye yönelik değişikliklerdir.

Doğal gaz piyasasındaki iştirak yasağının elektrik piyasasından farklı düzenlendiği görülmektedir. Öncelikle, yalnızca dağıtım faaliyetine yönelik bir yasaklama değil, bütün faaliyetlere uygulanacak sınırlı bir yasaklama öngörülmüştür. Bu bağlamda, doğal gaz piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişi, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebilir ancak ayrı

bir şirket kuramaz. İştirak etme imkanı verilen tüzel kişiye, sınırsız bir şekilde iştirak etme imkanı tanınmamıştır. Buna göre, doğal gaz piyasa faaliyeti gösteren şirketin, iştirak ettiği tüzel kişi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak o tüzel kişinin sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasını veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma hakkına ya da yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama hakkına ya da işlerini idare etme hakkına sahip olamayacağı öngörülmüştür. İştirak yasağının bir diğer sınırı ise, iştirak eden tüzel kişinin kendi faaliyet alanında, faaliyet gösteren hiçbir tüzel kişiye iştirak edememesi ve şirket kuramamasıdır. Ancak bu kuralın mutlak olmadığı ve istisnasının olduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemede, belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin teknik ve ekonomik gerekçeleri dikkate alınarak, Kurul tarafından uygun bulunması hâlinde, kendi faaliyet alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak etmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Örneğin, kural olarak, bir doğal gaz dağıtım şirketi, başka bir doğal gaz dağıtım şirketi kuramayacağı gibi, başka bir doğal gaz şirketine iştirak edemeyecektir. Ancak Kurul tarafından, şartların mevcut olması halinde, istisnai olarak, iştirak ilişkisine girilmesine uygunluk verilebilmektedir. Buna karşın, dağıtım şirketi, başka piyasa faaliyeti gösteren örneğin doğal gaz depolama faaliyeti yapan bir şirkete, yukarıda belirtilen sınırlamalar içerisinde kalmak koşuluyla iştirak edebilecektir.

Elektrik piyasasında olduğu gibi, tez konusu boyunca ele alınan ve piyasa faaliyeti gösteren özel sektör temsilcilerine uygulanan regülasyon müdahalelerinin, TTK'ya tabi olarak kurulmuş devlet şirketlerine (TEİAŞ, EPIAŞ, TEDAŞ, EÜAŞ) uygulanmadığı ve bu suretle devlet şirketlerinin kayırıldığını vurgulamıştık. Bu yaklaşımın, doğal gaz piyasasında da benimsendiği anlaşılmaktadır. DPLY m. 44 hükmü kapsamında, doğal gaz ulusal iletim faaliyetinde tekel, doğal gaz ithali piyasasında hakim olan devlet şirketi BOTAŞ'ın, iştirak yasağından muaf tutulduğu görülmektedir. Elektrik piyasasından farklı olarak, DPLY m. 31/g hükmünde de, tüzel kişilerin, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyet gösterilen her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak kaydıyla piyasada birden fazla faaliyette bulunabileceği hususu düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin de sınırı da, doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştirak eden tüzel kişinin iletim veya dağıtım faaliyeti yapamaması, iletim veya dağıtım faaliyeti yapan tüzel kişiye iştirak edememesi olarak belirlenmiştir.

Doğal gaz piyasası açısından getirilen iştirak ilişkisine yönelik olarak getirilen bu düzenlemelerin, piyasa faaliyetinde bulunan şirketi sınırlandırdığı, şirkette pay sahibi olan tüzel ve gerçek kişilerin bu sınırlamalara tabi olmadığı görülmektedir. Söz konusu hükümlerin, serbest piyasaya ve rekabet ortamına olumsuz etkisi olacağı düşüncesiyle öngörüldüğü kanaatindeyim. *Yılmaz*, bu hükümlerin piyasada rekabet üzerinde çok fazla bir etkiye sahip olmayacağını, rakip şirketlerin, karşılıklı hisse sahibi olduğu durumlarda her zaman doğrudan rekabet sınırlamalarına sebep olmadığını, olsa bile, Rekabet Kurulunun özellikle ortak kontrol ya da tek kontrol sağlayacak şekilde sonuç doğuracak şekilde pay devirlerinin Rekabet Kurulu tarafından birleşme ve devralma hükümlerine göre denetleneceğini, bu iştiraklerin, uyumlu eylemlere sebep olması halinde ilgili teşebbüslere buna ilişkin yaptırımların uygulanabileceğini, Rekabet Kurulunun, oluşacak riskli durumları, yapısal yaptırım uygulama yetkisinin olmaması nedeniyle önlemede yeterli olmayabileceğini, bazı istisnai durumlarda bahsedilen iştirak yasağının küçük katkısı olabilecek ise de, yasaklamanın kapsamının sadece tüzel kişinin kendisi ile sınırlı olması ve pay sahiplerini kapsamaması nedeniyle hiçbir işe yaramayacağını ifade etmektedir³²⁰. Yazarın görüşlerinin isabetli olduğu kanaatindeyim.

Elektrik piyasası için EPK m. 9/1 hükmü ile doğal gaz piyasası için DPK m. 7/a-3 hükmündeki iştirak sınırlandırmaları ve yasakları özel kanun hükümleriyle düzenlenmiş olduklarından TTK m.330 hükmüne göre, TTK hükümlerinden önce uygulanacaklardır.

EPK 9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerindeki yasaklara rağmen, dağıtım şirketi, piyasa faaliyeti gösteren başka bir şirkette pay sahibi olur veya piyasa faaliyeti gösteren başka bir şirketin pay sahibi olmasına neden olacak bir işlem gerçekleştirdiği takdirde sözkonusu işlemin akıbetinin ne olacağı da merak konusudur. EPK ve EPLY'deki yasaklama hükümlerine rağmen, belirtilen sonuçları doğuran işlemler TTK nezdinde geçerli olarak kabul edilecektir. Zira EPK ve EPLY'de iştirak yasağını doğuran işlemlerin geçersiz olacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğal

³²⁰Aslan, a.g.e, s.262, 263.

gaz piyasasındaki iştirak ilişkisine aykırı davranılmasının TTK açısından sonucu, elektrik piyasasındaki gibidir. Yani yasağa rağmen, yapılan pay devri işlemleri, DPK’da açıkça geçersiz olacağına yönelik düzenleme olmaması nedeniyle geçerlidir.

4.2.6. Pay Sahipliği ve Pay Devri Kısıtlamalarına İlişkin Hükümlere Uymamanın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları

EPK m.16 hükmünde, Kanuna aykırı işlemlere karşı idari para cezasından alınan lisansların iptaline kadar çeşitli genel yaptırımlar düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul izni olmaksızın yapılan pay devirlerinde enerji şirketlerine yönelik olarak öncelikle EPK m. 16/1-b hükmü kapsamında idari para cezası uygulanabilecek, şartları mevcutsa, EPLY m. 16/1-g ve f hükümler doğrultusunda lisansın iptali yaptırımının uygulanabilecektir. EPLY m.27/ 6 hükmünde de YEKA için verilen üretim lisanslarının, üretim tesisi işletmeye geçene kadar, lisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının Bakanlıktan yazılı onay alınmadan doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılmasının lisansın iptalini yaptırımının uygulanmasını gerektireceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Doğal gaz piyasası açısından da, Kurul izni olmaksızın yapılan pay devri yapılan doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlere öncelikli olarak DPK m.9/b hükmü kapsamında idari para cezası yaptırımının uygulanmasına ilave olarak DPLY m. 9/g hükmü ve maddenin devamındaki hükümler doğrultusunda lisansın iptali yaptırımının uygulanması söz konusu olacaktır

EPK m. 6/3 hükmüne göre, lisans alınıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, hisselerinin devri veya hisselerin devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması veya Kurum tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi önlisansın iptal sebeplerinden sayılmıştır.

Aslında pay devrinin kısıtlanmasına yönelik EPLY 57/1 hükmünün ihlalinin, aynı zamanda EPK m. 16 hükmünde belirtilen idari para cezasına ilişkin yaptırımı

uygulanmasını gerektirecek aykırılık teşkil ettiği ve öncelikle bu yaptırımların uygulanması gerektiği ileri sürülebilirse de, gerek EPK'da gerekse EPLY'de önlisans sahibi şirketler için ayrı bir maddede özellikle önlisansın iptali yaptırımı öngörüldüğü hususu gözönüne alındığında, EPK m. 16 hükmündeki daha hafif idari para cezalarının uygulanması olanağının kalmadığı kanaatindeyim. Belirtilen hükümlerin ihlali halinde, önlisans sahibi şirketin önlisansı doğrudan iptal edilecektir. EPK m.5/8 hükmü ile EPLY m.27/3 hükmündeki zorunluluğa uyulmaması halinde ne yapılacağı hususu EPLY m. 27/3 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre, önlisans ve lisans başvurusundan sonra bir tüzel kişinin ortakları ve yönetim kurulu başkan ve üyeleri, limited şirketlerde müdürlere ilişkin yasaklılık halinin olması halinde, bu aykırı durumun giderilmesi için doksan gün süre verilecek, aykırılığın bu süre içerisinde giderilmemesi halinde ise, ilgili başvuru Kurul kararı ile reddedilecektir. EPLY m. 27/4 hükmü doğrultusunda, bu konumda olan şirketin lisansının iptali ile ilgili olarak Kanununun 16 ncı maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

EPLY m. 20/4-a hükmünde üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, EPLY m. 20/6-e hükmünde ise üretim lisansı başvurusu sırasında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlere yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Doğal gaz piyasasında faaliyet gösterebilmek için ise, lisans sahibi tüzel kişilerin DPLY m. 42 hükmü kapsamında, maddede belirtilen yükümlülüklerin, ana sözleşmelerinde ve ilgili lisanslarında yer alması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Aynı husus, DPLY'nin eki olan Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler'de de (EK-4) esas sözleşmelere DPLY m. 42 hükmünde hisse devirleri açısından öngörülen hükümlerin derc edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hem elektrik hem de pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından bu Yönetmeliklerde öngörülen hükümlere yer verilmesine yönelik esas sözleşmeye hüküm konulması zorunluluğuna rağmen, esas sözleşmeye hüküm konulmaması halinde lisans başvurusunda bulunan şirket lisans alamayacaktır. Şöyle ki; lisans başvurusunda, şirketin esas sözleşmesi, başvuru dilekçesi ekinde EPDK'nın Önlisans

Başvurusunda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesine³²¹ göre sunulması gereken evraklardan biridir. Sunulan esas sözleşmede yer alması gereken hükümlerden birinin yer almadığının tespit edildiği durumda, EPDK tarafından mevzuatta yeralan hükümler doğrultusunda başvuran şirkete lisans verilmeyecektir.

EPK 9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerine aykırılığın yaptırımını EPK m. 16/d hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre, lisans süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması hâlinde, otuz gün içinde iştirak ilişkisinin düzeltilmesi ihtar edilir. Yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere dokuz yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Hükümün dilinden, hem dağıtım şirketinin hem de şirketle EPK 9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerine aykırı olarak pay sahipliği ilişkisine giren diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketin yaptırımının muhatabı olacağı anlaşılmaktadır. Aykırılığın giderilmemesi halinde ise, EPK m. 16/2 hükmü kapsamında, şirketlere verilen idari para cezalarının, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanması ve cezaların maddede belirtilen düzeye ulaşması hâlinde ise lisansın, Kurul tarafından iptal edilmesi gündeme gelecektir.

DPK açısından ise, m.9/e hükmü kapsamında, lisans müracaatı sırasında iştirak ilişkisi konusunda yanıltıcı bilgi verilmesi veya faaliyet süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması halinde, beşyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verilecek ve otuz gün içerisinde iştirak ilişkisinin düzeltilmesi ihtar edilecektir. Aykırılığın giderilmemesi halinde ise, DPK m. 9 hükmü kapsamında, şirketlere verilen idari para cezalarının, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanması ve cezaların, maddede belirtilen düzeye ulaşması hâlinde ise lisansın, Kurul tarafından iptal edilmesi gündeme gelecektir.

Lisansı iptal edilen şirketin, TTK'ya aykırı davranmamasına rağmen, lisansa tabi faaliyeti yerine getirmesi engellenmiş olacaktır. Böylece, şirket varlığını sürdürüyor olsa bile kuruluş amacı olan piyasa faaliyetini gerçekleştiremeyecek bir konuma düşmüş olacaktır.

³²¹ Karar no: 7828, tarih: 10/05/2018.

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN YÖNETİM YAPISINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

5.1. TTK'YA GÖRE ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERDE YÖNETİM YAPISI VE ORGANLAR

TMK'nın m.47-50 arasında yer alan hükümlerinde tüzel kişiler tanımlanmış olup, tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olacakları, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanacakları, iradelerini, organları aracılığıyla açıklayacakları, organların, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacakları ve kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olacakları hususları düzenlenmiştir. Anonim ve limited şirketler, tüzel kişi olmaları nedeniyle TMK'daki bu hükümlere tabidirler. Bu durum, TTK m. 126 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Hükümde, her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, TMK'nın tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda TBK'nın adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanacağı hususu ifade edilmiştir. Bu hükümler ile TTK'nın ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümleri ve anonim ve limited şirketlere ilişkin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, anonim ve limited şirketlerde, karar alma, yönetim, icra, denetim v.b gibi konuların tamamını içeren geniş anlamda yönetim kavramı izah edilebilecektir³²².

Anonim ve limited şirketler, organları aracılığıyla yönetilmektedirler. Anonim şirketlerde yönetim yetkisi, yönetim kurulu ve genel kurul olmak üzere iki zorunlu organ tarafından kullanılmaktadır³²³. TTK m. 365 hükmünde, kanundaki istisnai

³²²Kırca (Şehirli Çelik Manavgat) 2013, a.g.e, s.388.

³²³TTK'nun m. 399 ve 400 hükümleriyle, bağımsız denetim sistemine geçilmiştir. Ancak denetçinin şirketin organı olup olmadığına yönelik TTK'nun Genel Gereği ile TTK m. 530 hükmünün

hükümler saklı kalmak kaydıyla anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil olunacağı hususuna yer verilmiştir. Hükümden, anonim şirketi yöneten organın yalnızca yönetim kurulu olduğu anlaşılmamalıdır. Yönetim kurulu, şirketin haklarını kullanabilmesi, yapacağı hukukî işlemleriyle ve diğer fiilleriyle tüzel kişiyi hak sahibi yapabilmesi ve borç altına sokabilmesi gibi yetkilere sahip olması ve şirketi fiilen yönetip, temsil etmesi nedeniyle icrai bir organ olduğundan, diğer organlarla kıyaslandığında ön plandadır. Hüküm, anonim şirketlerde, sadece yönetim kurulunun, şirketin yönetim organı olduğu anlamına gelmemektedir.

Yönetim kurulunun görev ve yetkisinin sınırı, TTK m.374 hükmü tarafından çizilmiştir. Hükme göre, yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Bununla birlikte, TTK m. 375 hükmünde, yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri sayılmıştır.

Yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve niteliklerinin düzenlendiği TTK m. 359 hükmüne göre, anonim şirkette, esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Üyelerin görev süreleri en fazla üç yıl olarak belirlenmiştir. Üye seçilebilmek için tam ehliyetli olunması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, TTK 363/2 hükmünde, üyenin iflasına karar verilmiş olması ve gerekli kanuni şartların kaybedilmesi hususlarının, üyeliğin sona erme nedenleri olarak belirtilmiş olması nedeniyle, üyeliğe seçilebilmek için üyenin iflasına karar verilmemiş olması ve gerekli kanuni şartları taşıması da gerektiği açıktır.

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin belirli vasıflara sahip olması gerektiğine yönelik hüküm öngörülmemiştir. Bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin belirli

gereğesinde çelişkili ifadeler bulunması nedeniyle, denetçinin organ olup olmadığı hususu tartışılmıştır. (Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Aytaç Köksal, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 309 ile 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt:I, Ankara, 2010, s.387-1419.; Suat Yıldırım, "Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Denetçi", Mali Çözüm Dergisi, (Temmuz-Ağustos 2011), s.43-52; Erdoğan Arslan, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Denetçinin Niteliği", Mali Çözüm Dergisi, (Mart-Nisan 2011), s.84; Korkut Özkorkut, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları", Serbest Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:XXIII, Sayı:2 (2005), s.31.)

vasıflara sahip olması (örneğin belirli alanlarda mesleki tecrübe, yüksek öğrenim görmüş olma v.b) şirket esas sözleşmesine konulacak hüküm ile öngörülebilir mi sorusunun cevabının bulunması gerekmektedir. Bu konuda TTK'da hüküm bulunmamasıyla birlikte, TTK m. 363/2 hükmünde, esas sözleşmede öngörülen vasıfların kaybedilmesinin, üyeliğin sona erme nedenleri arasında belirtilmiş olmasından dolayı, TTK m. 340 hükmüne istisna olarak esas sözleşmeye konulacak hükümle, üyelikle ilgili belirli vasıflara sahip olma koşulunun aranabilmesi mümkün gözükmemektedir³²⁴.

Anonim şirkette bir diğer zorunlu organ ise, TTK m. 407 hükmünde de belirtildiği gibi, kanuni istisnalar saklı kalmak kaydıyla, pay sahiplerinin şirket işlerine ilişkin haklarını kullandıkları genel kuruldur. Genel kurul, TTK m. 407 hükmüne göre kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş olduğu hallerde karar almaya yetkilidir. Genel kurulun devredilmez görev ve yetkileri de, hükmün devamında sayılmıştır. Genel kurul, olağan olarak yılda en az bir kez, gerektiğinde ise olağanüstü olarak toplanan bir organdır. Genel kurul, görev ve yetkisinde kalan konularda karar alarak geniş anlamda şirket yönetimine ilişkin görevini yerine getirmektedir. Almış olduğu kararlar şirketi, organlarını, pay sahiplerini bağlar.

Limited şirketlerde yönetim, anonim şirkettekine benzemektedir. Limited şirketlerde organlar, TTK m.616 hükmünde düzenlenen genel kurul ile TTK m. 623 ve m. 624 hükmünde düzenlenen müdürler veya müdürler kuruludur. TTK m. 616 hükmünde şirketin karar organı olan genel kurulun devredilmez görev ve devredilmez görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Genel kurulun toplantıya çağırılması, toplantı ve karar yeter sayıları ve ilgili diğer hususlar m. 616-622 arası hükümlerde düzenlenmiştir.

³²⁴ Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s.466; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.217; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp) 2014, a.g.e, p.548-c, s.358, 359; Ansay, a.g.e, s.97; Pulaşlı 2013, a.g.e,s.395; Akdağ Güney 2012, a.g.e, s.18; Yadigar İzmirli, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2001, s.43.; A. Alber Yüce, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.11; Kayıhan, a.g.e, s.207; Muharrem Tütüncü, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Cinsiyete Dayalı Kota Uygulamaları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, (Ocak 2016), s. 825-851; Mehmet Ali Aksoy, "Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XVII, Sayı: 1-2, (2013), s.58.

Limited şirketin yönetim ve temsil organı müdürler/müdürler kuruludur. TTK m. 625 hükmünde müdürlerin/müdürler kurulunun görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Müdürler ya kuruluşta şirket sözleşmesi ile ya da genel kurul kararı ile belirlenmektedir. Müdürlerin niteliklerinin ne olacağı hususu TTK'da açıkça düzenlenmemiştir TTK m. 623 hükmünde şirket sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebileceği belirtilmiştir. Ancak bu hususta sınırı olmayan bir seçim hakkı verilmemiştir. Hükümde, en azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekeceği açıkça yer almaktadır. Hükme göre, şirketin müdürlerinden biri, anonim şirketlerde yönetim kurulunda olduğu gibi, tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişinin bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler. TTK m. 624 hükmünde de şirketin birden fazla müdürünün bulunması hâlinde, bunlardan birinin, şirketin ortağı olup olmadığına bakılmaksızın, genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanacağı hususuna yer verilmiştir. Başkan olan müdürün veya tek müdürün bulunması hâlinde bu kişinin, genel kurulun toplantıya çağırılması ve genel kurul toplantılarının yürütülmesi konularında olduğu gibi, genel kurul başka yönde bir karar almadığı ya da şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme öngörülmediği takdirde, tüm açıklamaları ve ilanları yapmaya da yetkili olduğu ifade edilmiştir. Birden fazla müdürün varlığı hâlinde, bunların çoğunlukla karar alacakları, eşitlik hâlinde ise başkanın oyuna üstünlük sayılacağı belirtilmiştir. Şirket sözleşmesi, müdürlerin karar almaları konusunda değişik bir düzenleme öngörebilecektir

5.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN YÖNETİM YAPISINA VE ORGANLARINA YÖNELİK REGÜLASYON MÜDAHALELERİ

5.2.1. Lisans ve Önlisans Sahibi Enerji Şirketlerinin Yönetim Kurulu Üyelerine Ve Üst Yönetiminde Görev Alan Yöneticilere Yönelik Kısıtlamalar

Elektrik piyasasında, lisans ve önlisans başvurusunda bulunan veya halihazırda edinilen lisans ve önlisans çerçevesinde faaliyet gösteren şirkette yönetim kurulu üyesi

olacak kimselerin lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar da dâhil olmak üzere yönetim kurulu başkan ve üyeliği yapmamış olmaları şartı aranmaktadır. Bu kimselerin, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamayacağı, lisans başvurusunda bulunamayacağı, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamayacağı, yönetim kurullarında görev alamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hususlar EPK m.5/8, EPLY m.12/4 ve EPLY m. 20/3-c hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunun dışında, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek şirketin yönetim kurulunda görev alacak kimseler için başka nitelikler aranmamıştır. EPK'nın m.5/8 hükmü, lisans esasları başlığı taşıdığından, lisansa tabi tüm elektrik piyasa faaliyetlerini yerine getirecek şirketleri kapsamaktadır.

EPLY m. 20/3-c hükmü de, EPKm. 5/8 hükmünün detaylandırılmış halidir. Hükümde, piyasada faaliyet göstermek üzere lisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişinin, doğrudan veya dolaylı payına sahip olan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerin ve yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile limited şirketlerde müdürlerin, EPK m.5/8 hükmü kapsamında yasaklı olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Üretim faaliyetinde bulunmak isteyen tüzel kişilere yönelik olan ve önlisans başvuru usulü başlığını taşıyan EPLY m.12/4 hükmünde önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişinin veya tüzel kişilikte, doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerin ve yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile limited şirketlerde müdürlerin, EPK m.5/8 hükmü kapsamında yasaklı olmaması zorunludur. Madde, yalnızca elektrik üretim faaliyetinde bulunmak üzere önlisans başvurusunda bulunan şirketler için uygulanabilir.

5.2.1.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

TTK'da anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin belirli vasıflara sahip olması gerektiğine yönelik hüküm öngörülmediğinden, şirket yönetim kurulu üyelerinin belirli vasıflara sahip olması (örneği belirli alanlarda mesleki tecrübe, yüksek öğrenim görmüş olma v.b) ancak şirket esas sözleşmesine konulacak hüküm ile öngörülebilecektir. TTK m. 363/2 hükmünde, şirket yönetim kurulu üyelerinden

birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceğine yönelik düzenleme buna imkan vermektedir.

Anonim şirkette görev yapacak yönetim kurulu üyeleri ya kuruluşta esas sözleşme ile ya da genel kurul toplantısında alınan karar ile belirlenmektedir. Her iki durumda da, yönetim kurulu üyeleri, şirketteki pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda belirlenmektedir. Elektrik piyasasında faaliyet gösterecek olan lisans ve önlisans sahibi şirketler, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde yönetim kurullarında görev alamayacağı hususuna ilişkin yasağa uymakla yükümlü kılınmıştır. Söz konusu yükümlülüğün dayanağı, EPK ve EPLY’de bulunan hükümdür. Bu hususa, genel olarak diğer regülasyon müdahalelerinin aksine, şirketin esas sözleşmesinde de yer verilmesi zorunlu kılınmamıştır.

TTK m. 363/2 hükmünde, şirket yönetim kurulu üyelerinden birinin üyelik için gerekli kanuni şartları kaybetmesi halinde bu kişinin üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği hususunun bulunduğu görülmektedir. TTK m.363/2 hükmünde belirtilen şirket yönetim kurulu üyeleri için öngörülen üyelik için gerekli birtakım kanuni özel şartların özellikle regülasyona tabi tutulmuş enerji dışında diğer faaliyetleri yerine getiren şirketlerin yönetim kurulunda görev yapacak kişilerin sahip olmaları gereken vasıflara yönelik düzenlemelerde de yer aldığı görülmektedir. Örneğin, Bankacılık Kanunu m.7/d hükmünde banka yönetim kurulu üyelerinin, Kanunun kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri ve plânlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek meslekî tecrübeyi haiz olması şartı arandığı açıkça belirtilmiştir. Kanunun m. 23 hükmünde de yönetim kurulu üyelerinin Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şartları taşıması gerektiği ifade edilmiştir.³²⁵ Yine, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.4/2 hükmünde de, yönetim kurulu üyelerinin malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan şartları³²⁶ taşıması; çoğunluğunun en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş olması ve sigortacılık, iktisat, işletme, muhasebe, hukuk, maliye,

³²⁵Bkz. Bankacılık Kanunu m.23/8 hükmü.

³²⁶Bkz. Sigortacılık Kanunu m.4/2 hükmü.

matematik, istatistik, aktüerya veya mühendislik alanlarında en az üç yıl deneyimi olan kişilerden seçilmesinin şart olduğu öngörülmüştür.

Elektrik piyasasında faaliyet gösterecek olan şirketlerde ise, EPK m.5/8 hükmün kapsamında yasaklı olmamaya ilişkin zorunluluk içeren hükmün, TTK 363/2 hükmünde belirtilen yönetim kurulu üyeliği için öngörülen kanuni şart niteliğinde olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Hükümde, kanuni şartlar ifadesiyle, yalnızca TTK tarafından, yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken niteliklerin kastedilip, edilmediği, aynı zamanda yukarıda da belirttiğimiz Bankacılık Kanunu, Sigortacılık Kanunu ve EPK gibi özel kanunlar tarafından üyelik için öngörülen niteliklerin de kastedilip, edilmediği hususunun tartışılması gerekmektedir. Kanaatimce, TTK m.363/2 hükmündeki kanuni ifadesi dar yorumlanmalıdır. Zira, TTK, birçok hükmüyle (m.333, m.340), özel kanunların şirketler konusundaki düzenlemelerini sınırlama veya geçersiz kılma şeklinde bir yaklaşıma sahip olduğunu göstermektedir. Yani, TTK, bir yandan m.330 hükmü kapsamında özel kanun hükümlerine uygulama önceliği verirken, diğer yandan belirli konularda, kendi düzenlediği alana diğer kanunların müdahale etme ihtimalini asgari düzeyde tutmaya çalışmıştır. Bu nedenle, TTK m.363/2 hükmündeki kanuni ifadesiyle, yalnızca TTK'nın kastedildiği, özel kanunların öngördüğü şartların kastedilmediği görüşündeyiz³²⁷. Bu gerekçeyle, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükmü doğrultusunda öngörülen yönetim kurulu üyelerinde aranan niteliklerin uygulama alanı bulabilmesi için TTK m.363/2 hükmü kapsamında esas sözleşmeye hüküm olarak konması gerektiği görüşündeyim³²⁸.

EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünün TTK m.330, m.333 ve m.340 hükümleri karşısındaki durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Hükümleri, TTK m.330 hükmü karşısında değerlendirdiğimizde, şirket yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine yönelik EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünün, özel kanunların genel kanunlardan öncelikli olarak uygulanacağına yönelik TTK m. 330 hükmü kapsamında öncelikli olarak uygulanacağı

³²⁷ Karşıt görüş için bkz. Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.393.;

³²⁸ Aynı yönde görüş için bkz., Gözde Engin Günay, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 6, (Kasım 2013), s.179.

söylenilecektir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine ilişkin bu hükümler, TTK 363/2 hükmü kapsamında kanuni şart olarak görülemeyeceğinden, TTK 363/2 hükmü kapsamında esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle uygulama alanı bulabilecektir. Zira hükümde *üyelik için gerekli kanuni şartları ve yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri* kaybettiği takdirde yönetim kurulu üyeliğinin sona ereceği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünce öngörülen niteliklerin, esas sözleşmeye mutlaka hüküm olarak konması gerektiği kanaatindeyim.

EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünün TTK m.333 hükmü karşısındaki durumuna gelince, sözkonusu hükümlerin, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen niteliklerin, esas sözleşmeye hüküm olarak konulması gibi bir zorunluluğun EPK'da öngörülmediği gibi buna ilişkin esas sözleşme değişikliklerinin EPDK onayına tabi olacağına ilişkin bir zorunluluğun da EPK'da öngörülmediği anlaşılmaktadır Enerji piyasasının TTK m.333 hükmünde belirtilen, kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri TB'nın iznine tabi olan sektörlerden olmadığını daha önce vurgulamıştık. Bu durumda, EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmü, esas sözleşmeye hüküm olarak konması halinde, buna ilişkin esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık veya başka bir kurumun iznine tabi olmayacaktır. Bu itibarla, EPK, m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmü, TTK m.333 hükmüne aykırılık teşkil etmemektedir.

Sözkonusu hükümlerin TTK m.340 hükmü karşısındaki konumları ise şu şekildedir. Elektrik piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin yönetim kurulu üyeleri için özel kanun niteliğinde olan EPK m. 5/8 hükmünde öngörülen niteliklerin, TTK m.363/2 hükmü kapsamında öngörülen kanuni şart olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüşümüzü belirtmiştik. Kanuni şart olarak nitelendirilmemesi nedeniyle, TTK m.363/2 hükmü kapsamında esas sözleşmeye bu niteliklere ilişkin bir hüküm konmasına gerek bulunmaktadır. Ancak bu durumda, esas sözleşmeye bu niteliklere ilişkin hüküm konulacak olması durumunda, bu hüküm, TTK m.363/2 hükmü kapsamında esas sözleşmede düzenlenebilecek hususlardan biri olarak görüleceğinden, TTK m.340 hükmünün, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanunda izin verilmişse sapabileceğine ilişkin düzenlemesiyle

çelişmediği, zira sözkonusu hususun esas sözleşmede düzenlenmesine TTK 363/2 hükmü tarafından izin verildiği söylenebilecektir. Böylece, yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine ilişkin esas sözleşme hükmünün TTK m.340 hükmünün ilk cümlesine aykırılık teşkil etmediği ileri sürülebilir. Ancak EPK'nın diğer hükümlerinde, şirketlerin esas sözleşmelerinde EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerine yer vermesi gerektiğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Bir zorunluluk öngörülmemesine rağmen, TTK m.363/2 hükmü kapsamında sözkonusu hükümlerin uygulanabilmesini sağlamak için esas sözleşmeye hüküm olarak konulması gerekecektir. Bu durumda, esas sözleşmede yer verilecek olan hükümler, TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesindeki diğer kanunların öngörülmesine izin vereceği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgü olarak hüküm doğuracağına ilişkin düzenleme karşısında, tamamlayıcı hüküm olarak görülecek³²⁹ ve EPK'nın düzenlediği alana özgü olarak hüküm doğurabilecektir. Yani TTK karşısında geçerli kabul edilmeyecektir. Bu açıdan, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri, TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesiyle uyumlu gözükmemektedir.

EPK'da ve EPLY'de düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin yasaklı olmama hallerine rağmen, enerji şirketinin yönetim kurulunda, yasaklı olan kişiye yer verilmesi durumunda, buna ilişkin işlemin TTK nezdinde geçerliliğinin nasıl olacağı konusunun da netleştirilmesi gerekecektir. Aykırılık, şirket kuruluşunda tescil için sunulan esas sözleşme ile doğmuşsa, yukarıda ilgili başlık altında³³⁰ yapılan tartışmalar ışığında bu konuda çeşitli ihtimaller sözkonusu olacaktır. Aykırılık, genel kurul kararı ile meydana gelmişse, bu durum, TTK m. 363/2 hükmündeki şirket yönetim kurulu üyelerinden birinin üyelik için gerekli kanuni şartları veya esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmesi halinde bu kişinin üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceğine yönelik düzenlemeye aykırı olacaktır. Bu düzenlemeye göre aykırılığın kaynaklandığı genel kurul kararının üyeliğe ilişkin kısmı doğrudan geçersiz olacaktır. Kararın tescil edilmiş olmasının geçerlilik kazanması açısından bir önemi bulunmamaktadır.

³²⁹ *Karasu*, diğer kanunların öngördüğü hükümlerin de emredici olabileceği ve esas sözleşmede aksine bir düzenleme yapılamayacağını ileri sürerek Bankacılık Kanunu'nun m.23 hükmü doğrultusunda m. 25 hükmü kapsamında banka genel müdürlerinin taşınması gereken nitelikleri diğer kanunların öngördüğü emredici hüküm olarak değerlendirmektedir. (Karasu 2015, a.g.e, s.64).

³³⁰ Bkz. 2. Bölüm 2.4.9 *Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altındaki değerlendirmemiz s.148 v.d.

TTK m. 363/2 hükmünde, üyelik için gerekli kanuni şartları veya esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmesi halinde bu kişinin üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği belirtilmiş olsa da, enerji şirketinin genel kurulunun veya yönetim kurulunun, aykırılığın neden olduğu sonuçları giderme noktasında harekete geçmemesi veya en başından EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri kapsamında belirlenen şartları taşımayan bir veya birden fazla üyenin, üyelik için esas sözleşmede öngörülen niteliklere sahip olmamasına rağmen, genel kurul kararıyla yönetim kuruluna atanmış olması durumu sözkonusu olabilecektir. Bu durumda, böyle bir aykırılığı içeren genel kurul kararının karşılaşılabileceği yaptırımın yokluk mu, butlan mı yoksa iptal edilebilirlik mi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri kapsamında düzenlenen elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken niteliklerin, TTK m. 363/2 hükmü kapsamında kanuni şart olarak kabul edilemeyeceğine yönelik görüşümüz doğrultusunda, bu niteliklerin esas sözleşmede düzenlenmiş olması gerekeceği kabul edilerek esas sözleşmeye ve TTK m.363/2 hükmüne aykırılık olarak değerlendirmelerimizi yapacağız.

EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri kapsamında belirlenen şartları taşımayan bir üyenin, üyelik için esas sözleşmede öngörülen niteliklere sahip olmamasına rağmen, bir veya birden fazla üyenin genel kurul kararıyla yönetim kuruluna atanmış olması durumunda genel kurul kararının karşılaşılabileceği yaptırımın yokluk olma ihtimalinin tartışılması gerekmektedir. Yokluk yaptırımında, bir hukuki işlemin kurucu unsurları eksik olduğundan, işlem hiçbir şekilde varlık kazanamamış olup yok hükmündedir³³¹. Yani yoklukla malul olan hukuki işlem şeklen dahi olsa varlık kazanamamaktadır³³². Butlanda ise, hukuki işlem şekli olarak varolmakla birlikte, işlemle amaçlanan hükümlerini en baştan beri hiç kimseye karşı doğurmamaktadır. Yani hem yoklukta, hem butlanda hukuki işlem kendiliğinden geçersiz olduğundan, işlemin geçersiz kılınması için iptal edilebilirlikte olduğu gibi bir dava açılması zorunlu değildir. Ancak, yokluk veya butlanın tespitine yönelik dava

³³¹ İsmail Kırca (Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku Cilt:2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s.4.

³³²Moroğlu 2014, a.g.e, s.31.

açılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Bu davada, adından da anlaşılacağı gibi yalnızca yokluk veya butlanın varlığı tespit ile yetinilmekte, işlemin geçersiz kılındığına yönelik bir karar alınmamaktadır. Bununla birlikte, yokluk yaptırımını butlandan farklı olarak TTK'da düzenlenmemiştir. Düzenlenmemiş olması, genel kurul kararlarına bu yaptırımın uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira TTK'nın m.1/1 hükmünde Kanununun TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilmiştir. TMK m.83/2 hükmünde derneklerle ilgili olan genel kurul kararlarının yok sayıldığı durumların saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu hükmün, anonim şirketlerin genel kurul kararlarının yokluğu konusunda genel nitelikte bir dayanak oluşturduğu şüphesizdir³³³. TTK m.363/2 hükmüne aykırı olarak alınan bir genel kurul kararının, kurucu unsurlardan yoksun bir karar olarak (örneğin genel kurulun fiziki veya elektronik olarak toplanmaksızın almış olduğu kararlar, TTK m.414 hükmüne aykırı olarak yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurul tarafından alınan kararlar, azledilmiş yahut seçimine dair karar kesinleşmiş mahkeme hükmüyle geçersiz olan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması üzerine toplanan genel kurulda alınan kararlar, TTK m.407/3 hükmündeki gönderme gereği Bakanlık temsilcisinin hazır bulunmadığı genel kurulda alınan kararlar ile temsilci tarafından imzalanmamış olan tutanakta yer alan kararlar)³³⁴ nitelenebilir mi sorusuna cevap aranmalıdır. Kanaatimce, usulüne uygun olarak yetkili yönetim kurulu tarafından genel kurulun, toplantıya çağırılması, toplanması, kararların alınması ancak böyle bir kararla seçilen yönetim kurulu üyelerinin TTK m.363/2 de belirtilen kanuni şartları ve esas sözleşmedeki niteliklere sahip olmaması halinde, yalnızca bu aykırılığın, kurucu unsur eksikliği olarak görülmesi mümkün değildir. Ayrıca, TTK m.363/2 hükmü, yalnızca genel kurul tarafından, yönetim kurulu üyesinin seçilmesiyle sınırlı olduğundan, genel kurul tarafından usulüne uygun olarak alınan diğer kararların geçerliliğini etkilemeyecektir. Yokluk yaptırımında, sakat işlem, bütünüyle etkilendiğinden, işlemin tamamı geçersiz olup, yokluk yaptırımının kısmi olarak uygulanamayacağı görüşündeyiz. Bu nedenle, usulüne uygun olarak toplanmış olan genel kurulun, yalnızca TTK m.363/2 hükmüne aykırı olarak yönetim kurulu üyesi seçimine ilişkin kısmın varlığı nedeniyle, kararının tümüyle yokluk ile malul olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyim.

³³³Moroğlu 2014, a.g.e, s.33.

³³⁴Moroğlu 2014, a.g.e, s.71-146.

İptal edilebilirlikte, bir hukuki işlem şekil veya içerik açısından malul olsa bile iptaline ilişkin karar verilip, bu karar kesinleşinceye kadar geçerli bir işlem olarak kabul edilmektedir³³⁵. Yani iptal edilebilir şekilde malul olan bir genel kurul kararı mevcut ise kararın iptali için dava açılıp kesinleşmedikçe, karar geçerli olarak kalmaya ve hukuki sonuç doğurmaya devam edecektir. TTK m.363/2 hükmündeki şartları ve nitelikleri kaybeden üyenin, üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. TTK m.363/2 hükmüne aykırı bir genel kurul kararının bu yönüyle, iptal edilebilirliğe tabi kararlara benzemediği görülmektedir. Zira iptal edilebilir bir karar, iptal davası açılarak iptal edilmediği sürece kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecek, geçerli olmaya ve hukuki sonuç doğurmaya devam edecektir. Diğer yandan TTK m.445 hükmünde kanun ve esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararlarının iptal edilebilir olduğuna ilişkin düzenleme karşısında, TTK 363/2 hükmüne aykırılık, hükmün lafzı ve sonuçları itibariyle emredici hüküm olmasına rağmen, esas sözleşmeye hüküm olarak konması durumunda, aynı zamanda esas sözleşme hükümlerine aykırılık olarak ta değerlendirilebilme ihtimali de sözkonusu olabilecek ve böyle bir genel kurul kararının iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğu ileri sürülebilecektir. Nitekim, anonim şirketlerde TTK m.447 hükmünde belirtilen nedenlere ek olarak TBK 26-27 uyarınca emredici hükümlere aykırı genel kurul kararlarının yaptırımı butlan olarak belirlenirken, aynı zamanda iptal edilebilirlik (TTK m.445) gerekçesi olarak belirlenmesinin, iptal ile butlan arasındaki sınırın açık bir şekilde belirlenmesini zorlaştırdığı ifade edilmiş ve bu sorunun çözümünde TTK'daki yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümlerin aksi açıkça belirtilmedikçe emredici nitelikte olduğuna ilişkin TTK m.340 hükmündeki kuralın dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir³³⁶.

TTK m.363/2 hükmü kapsamında, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerinde görev yapacak yönetim kurulu üyelerinin EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri gereği sahip olması gereken niteliklerine esas sözleşmeye konulmasına izin verildiği görülmektedir. Öte yandan EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerine,

³³⁵Moroğlu 2014, a.g.e, s.24.

³³⁶Kırca (Şehirali Çelik Manavgat), 2016, a.g.e, s.16,17; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.203.

şirketlerin esas sözleşmelerinde yer vermesi gerektiğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Bir zorunluluk öngörülmemesine rağmen, TTK m.363/2 hükmü kapsamında sözkonusu hükümlerin uygulanabilmesini sağlamak için esas sözleşmeye hüküm olarak konulması TTK açısından gerekecektir. Bu durumda, sözkonusu niteliklerin esas sözleşmeye, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde yer alması bile TTK m.363/2 hükmüne bağlı olarak konabilmesi TTK m.340 hükmünün lafzı karşısında izin verilen bir durum olup, TTK m.363/2 hükmünde, bu hükme aykırılığın doğrudan geçersizlik olarak görüleceğine yönelik ifadeler ise TTK m.363/2 hükmünün TTK m.340 hükmü karşısında, yalnızca izin verilen bir durum değil, aksine, emredici nitelikte görüldüğünün kanıtıdır. Kanaatimce, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinin öngördüğü niteliklere aykırılık içerecek şekilde oluşturulan yönetim kuruluna ilişkin bir genel kurul kararı, bu kapsamda, emredici nitelikte olan TTK m.363/2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Emredici hükme aykırılığın yaptırımının ise iptal edilebilirlik mi yoksa butlan mı olduğu konusu öğretilerde tartışılmıştır³³⁷. Bu

³³⁷ *Tekinalp*, TTK m.447 hükmünün bugüne kadar uygulamaya hakim olan TBK'dan kaynaklanan butlan sebeplerini özellikle de emredici hükümlere aykırılığı sınırlandırdığını ve TTK m.447 hükmü dışında kalan kanuna aykırı genel kurul kararının TTK m.445 gereği iptal yaptırımına tabi olduğunu savunmaktadır. (Tekinalp 2015, a.g.e, pr.15-12, s.398,399) *Çamoğlu*, TTK m.447 hükmünün, TBK m.27 hükmünü sınırlamadığını, m.447 dışındaki emredici hükümlerin de TBK m.27 uyarınca halen butlan sebebi olduğunu belirtmektedir. (Çamoğlu (Poroy / Tekinalp) 2014, a.g.e, s.529). *İmregün*, eski TTK m.381 hükmünde tüm emredici hükümlere aykırılığın iptal yaptırımına tabi kılınmasını isabetli bulmamaktaydı. Buna gerekçe olarak ta mehaz Alman yasasında olduğu gibi batıl ve iptal edilebilir kararlar şeklindeki ayrıma gidilmemiş olmasını, bu ayrımın TTK'ya da alınması gerektiğini belirterek, bu yönde değişiklik yapılana kadar kamu düzenine, ahlaka ve adaba anonim şirketlerin yapısı ve niteliklerine aykırı genel kurul kararlarının butlan yaptırımına tabi olmasını önermekteydi. (İmregün 1989, a.g.e, s.158,159). *Moroğlu*, emredici hükümlere aykırılığın doğrudan butlan olarak görülmesi butlanın kural olduğu anlamına gelir ki, bu TTK m.445 hükmünde kural olarak iptal edilebilirliğin öngörülmüş olduğu ve butlanın istisna olduğuna ilişkin tespiti aykırı olduğunu, bu nedenle, emredici hükümlere aykırılığın hangi hallerde butlana hangi hallerde iptal edilebilirliğe neden olacağı konusunda hükmün mutlak emredici nitelikte olup olmadığına bakılması gerektiğini savunmaktadır. (Moroğlu 2014, a.g.e, s.62,63.) *Tekil* de ihlal edilen emredici hükmün kamu düzenini ilgilendiriyorsa uygulanacak yaptırımın butlan olacağını, tarafların özel menfaatlerine ilişkinse uygulanacak yaptırımın iptal edilebilirlik olacağını ifade etmektedir. (Fahiman Tekil, "Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları", Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, s.1110) *Şehirali Çelik*, TTK m.340 hükmünün aksi açıkça kabul edilmediği sürece anonim şirketlere ilişkin bütün hükümlerin emredici kabul edilmesi suretiyle, başta yatırımcılar ve alacaklılar olmak üzere, şirketle ilişki içinde bulunan farklı grupların menfaatlerinin korunması olduğunu, düzenlemenin uygulanma alanının sınırlarının mümkün olduğunca net bir şekilde çizilmesinin amaçlandığı, konuya bu açıdan bakıldığında da, esasen bu amaca fiilen ulaşılabilmesinin ancak hükmün yaptırımının butlan olarak kabul edilmesi halinde mümkün olabileceğini iddia etmiştir. Ayrıca hükme aykırılığın yaptırımının her olaya ve ihlal edilen hükmün niteliğine ve koruduğu menfaate göre değerlendirilmesinin hükmün uygulanma alanında esnekliğe ve belirsizliğe neden olacağını ileri sürmüştür. (Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.173 v.d); *Karasu* ise emredici hükümlere aykırılığın yaptırımının tespitinde genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin hükümlere göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini. Yani her emredici hükme aykırılığın butlan yaptırımına tabi olmayacağını, ihlal edilen hükmün niteliğine bağlı olarak bir değerlendirme yapılarak neticeye ulaşılması gerektiğini, TTK m.447 hükmünde öngörülen butlan

bağlamda, *Moroğlu* tarafından savunulan görüşü isabetli bulduğumu, emredici hükme aykırılıkta, hükmün mutlak emredici olup olmadığına bakılması gerektiği görüşündeyim. Her emredici hükme aykırılık durumunda butlan yaptırımının uygulanacağına iddia edilmesi butlanın ikincilliği ilkesine aykırıdır. TTK m. 363/2 hükmünün mutlak emredici olup olmadığına baktığımızca, hükme aykırılığın yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilmesi veya ehliyetinin kısıtlanması ya da bir üyenin üyelik için gerekli kanuni şartları kaybetmesi yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmesi halinde bu kişinin üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği hususunun açıkça ifade edildiği görülmektedir. Hükmün mutlak emredici hüküm mahiyetinde olduğu, bu nedenle de, esas sözleşmeye sözkonusu hükme aykırı bir hüküm konulmasının mümkün olamayacağı kanaatindeyim. Hükme aykırılığın sonucunun da, hükmün içerisinde kesin bir şekilde başka bir işleme gerek kalmadan üyeliğin sona ermesi olacağı açıkça ifade edilmiş olması karşısında, bu sonucun iptal edilebilirliğe tabi olarak nitelendirilemeyeceği görüşündeyiz.

Butlan müessesesinin TTK'da düzenlendiği görülmektedir. Bir aykırılığın butlan olarak nitelendirilebilmesi için TTK m. 447 hükmünde belirtilen butlan sebeplerinden herhangi biri ile ilintilendirilmesi gerekmektedir. Hükmün gerekçesinde³³⁸ batıl genel kurul kararlarının sınırlı sayı prensibine göre yapılmadığı açıkça ifade edilmiştir. Yani hükümde belirtilenler dışında da batıl genel kurul kararları sözkonusu olabilecektir. TMK'nın ayrılmaz parçası olarak nitelendirilen TBK m.27 hükmün doğrultusunda, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan genel kurul kararlarının da kesin hükümsüz olarak nitelendirilmektedir³³⁹. Şayet, hükümdeki butlan sebepleri ile doğrudan ilintilendirilemeyen bir karar sözkonusu ise, bu durumda TTK m.447 hükmünün Gerekçesinde yer alan ve butlan sebepleri dışında bătıl genel kurul kararlarının tespitinde uygulanacağı belirtilen ve özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşıyan butlanın ikincilliği

nedenleri dışında kalan hallerde batıl genel kurul kararlarının tespitinde butlanın ikincilliği ilkesinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.(Karasu 2015, a.g.e, s.69 v.d)

³³⁸Bkz TTK Madde Gerekçeleri, m.447 hükmünün gerekçesi.

³³⁹Moroğlu 2015, a.g.e, s.147.

ilkesi ışığında karar verilebilir. TTK m.363/2 açık hükmü kapsamında şirket yönetim kurulu üyelerinden birinin üyelik için gerekli kanuni şartları veya esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmesi halinde bu kişinin üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceğine ilişkin düzenleme karşısında, aykırılık teşkil edecek bir genel kurul kararı alınması durumunda, bu karar, geçersiz olacaktır. TTK m.363/2 açık hükmü kapsamında doğrudan geçersiz olarak görülen ve butlanla malul olduğu ima edilen bir genel kurul kararının, daha hafif bir yaptırım olan ve iptal edilene kadar geçerli olarak kabul edilen kararlar gibi kabul edilerek iptal edilebilir karar olarak nitelendirilmesi isabetli olmayacaktır. Bir aykırılığın sonucunun açıkça veya ima ile butlan yaptırımı olduğuna yönelik ifadeler sözkonusu olduğu durumda, yani butlanın birincil yaptırım olarak belirlendiği bir durumda, butlanın ikincilliği ilkesinin uygulanması sözkonusu olmayacaktır. Butlanın ikincilliği ancak, aykırılığa uygulanacak yaptırımın butlan mı, iptal edilebilirlik mi olduğu noktasında bir tereddüt olması halinde uygulanabilecektir. Bu nedenle TTK m.363/2 hükmüne aykırılık teşkil edecek bir genel kurul kararı TTK m.363/2 hükmündeki açık ifadeler karşısında doğrudan butlanla malul olacaktır. Bu kapsamda, kararın butlanla sakatlığı için dava açılması zorunlu olmamakla birlikte, butlanın tespiti için dava açılacaktır. Böylece, mahkeme kararıyla yönetim kurulu üyeliği için kanuni şartı veya esas sözleşmede öngörülen nitelikleri taşımayan kişinin üyeliğinin kaybedildiği veya hiç kazanılmadığı tespiti yapılacak, mahkeme kararının icrasıyla, yönetim kurulu tarafından ilgili yönetim kurulu üyesi görevden uzaklaştırılarak yerine üyelik için gerekli kanuni şartları taşıyan bir kişinin ve ilk genel kurulda onaya sunulmak üzere seçilmesi mümkün olacaktır.

Yargıtay'ın, konu ile ilgili vermiş olduğu birçok kararında, anonim şirketlere ilişkin yönetim kurulu üyeliği için sahip olunması gerek niteliklere aykırı olarak seçilen genel kurul kararının kararın yaptırımının iptal edilebilirlik olduğuna hükmettiğini görmekteyiz³⁴⁰. Aynı doğrultuda kooperatif yönetim kurulu üyeliğine

³⁴⁰ “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalı şirketin ana sözleşmesinin 7. maddesinde yönetim kurulunun 4 kişiden oluşacağı belirtildiği halde dava konusu genel kurulda sözleşmeye aykırı olarak 5 kişi seçildiği, genel kurulun almış olduğu bu kararın ana sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olduğu, oysa ana sözleşmenin değiştirilebilmesi için yasaca öngörülen prosedürün takip edilmesi gerektiği, bu nedenle genel kurulda yönetim kurulunun seçimine dair alınan kararın yok hükmünde olup iptali gerektiği, kaldı ki vasi ...'in şirket ortağı ...'in vasisi sıfatıyla yönetim kurulu üyeliğine seçildiği, ancak şirket ortağı ...'in kısıtlı olup vesayet altında bulunduğu, fil ehliyetinin bulunmaması nedeniyle kararın bu yönden de iptali gerektiği, yine yönetim

kurulu üyeliğine seçilen ...'in ağır hapis cezası ile cezalandırıldığı, bu durumda TTK'nın 315/2.maddesi hükmü dikkate alındığında bu mahkumiyet kararının yönetim kurulu üyeliğine engel bir hal teşkil ettiği anlaşıldığından genel kurulda yönetim kurulunun seçimine dair alınan kararın bu yönden de iptali gerektiği, yönetim kurulu üyeleri ve murakıp için ücret kararlaştırılması ve murakıp seçimine ilişkin kararların ise kanun, ana sözleşme ve afaki iyiniyet esaslarına aykırı olmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalı şirketin olağanüstü genel kurul toplantısında 3.madde ile alınan "şirketin yönetim kurulu üyeliklerine 3 yıl süreyle görev yapmak üzere ..., ..., hissedar olmayan ve toplantıda bulunmayan ..., ..., hissedar olmayan ve toplantıda hazır bulunan ...'nun seçilmelerine" ilişkin kararın TTK'nın 381. maddesi uyarınca iptaline, diğer kararların iptaline yönelik istemlerinin ise reddine karar verilmiştir.

...esasen davalı şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulunun dört kişiden ibaret olmasına rağmen dava konusu genel kurulda beş kişinin yönetim kuruluna seçilmiş bulunması nedeniyle bu hususta alınan kararın yok hükmünde olmasına göre.....usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA,oybirliğiyle karar verildi” (11.HD. 03.06.2013 t.li, 2012/12102 E., 2013/11468 K. (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:23.10.2019)); Yargıtay başka bir kararında aşağıdaki şekilde karar vermiştir: “Mahkemece asil davada; davalı...

A.Ş.'nin 29/06/2013 tarihli genel kurul toplantısında ..., yönetimkurulu üyeliğine atanan ... in pay sahibi olmadığı, ana sözleşmenin maddesine aykırı olarak yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının hukuken yerinde olmadığı anlaşılmalı, bu toplantıda ...in yönetim kurulu üyesi olarak atanmasına ilişkin kararın iptali gerektiği, bu karara dava açan ortakların şirket ortağı olmadığından bahisle itiraz ettikleri, dava açma koşulunun oluştuğu, diğer kararlarla ilgili iptal talebinin yerinde olmadığı anlaşılmalı, ...in yönetim kurulu üyesi olarak atanmasına ilişkin karar kısmının iptaline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir. ...usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA,oybirliğiyle karar verildi. (11.HD. 22.02.2017 t.li, 2015/12841 E: 2017/997 K. Nolu kararı, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:23.10.2019);

Yargıtay başka bir kararında aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

“Dava, anonim şirket genel kurul kararlarının iptali istemine ilişkin olup, mahkemece, genel kurulun 3. ve 7. maddelerinin iptaline ilişkin istemlerin reddine karar verilmiş ise de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun emredici mahiyette bulunan 28. maddesi gereğince devlet memurunun anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi mümkün değildir. TTK'nın 315. maddesinde, dönem içinde boşalan yönetim kurulu üyesinin yerine yönetim kurulunca kanuni şartları taşıyan bir kişinin geçici olarak seçilerek ilk toplanacak genel kurulun onayına sunulacağı ve seçilen kişinin bu toplantıya kadar görevini yapacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, TTK'nın 315. maddesi gereğince yönetim kurulu üyeliğine getirilen ve genel kurulda yeniden yönetim kurulu üyesi seçilen D.C.P.'in, genel kurul tarihi ve yönetim kurulu üyeliğine atandığı tarihte devlet memuru olup olmadığı üzerinde durularak genel kurulun iptali istenen 3. ve 7. maddelerinin bu çerçevede değerlendirilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile bu maddelere yönelik iptal isteminin reddine karar verilmesidoğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...(11.HD. 14.03.2011 t.li, 2009/10138 E. 2011/2606 K. Nolu kararı, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:23.10.2019))

Yargıtay başka bir kararında aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

“...Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu genel kurul toplantısının 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girdikten sonra yapıldığı, 6103 Sayılı TTK Yürürlük Kanunu'nun 25. maddesinde “Anonim şirketlerde Türk Ticaret Kanununun 363üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca seçim yapılan durumlarda, anılan Kanunun 359 uncu maddesindeki şartları taşıyan yönetim kurulu üyelerinin seçilmeleri şarttır. Görevdeki yönetimkurulunun görevinin sona ermesinden sonra seçilecek üyelerin, anılan 359 uncu maddedeki şartları taşımaları zorunludur.” hükmü gereği 6102 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte aynı Yasa'nın 359. maddesinin yönetim kurullarının seçiminde uygulanmasının zorunlu bulunduğu belirtiltiği, anılan maddeye göre yönetim kurulu üyesi seçilmek için hissedar olmaya gerek olmadığı, bu nedenle davacının ortak olmadığı halde yönetim kurulu üyesi seçilmesinde bir usulsüzlük ve yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir..

Davacı, ana sözleşmeye aykırılık iddiasıyla genel kurul kararının butlanına karar verilmesini talep etmiş olup, 6102 sayılı TTK'nın 445. maddesine göre ana sözleşmeye aykırılık butlan değil iptal sebebidir. Aynı Yasa'nın 446. maddesi uyarınca iptal davasının yönetim kurulu üyelerinden her birinin açabileceği düzenlenmişse de davacı dava tarihi itibarıyla yönetim kurulu üyesi olmadığından bu davayı açamaz. Bir an için bu davayı açabileceği kabul edilse de, TTK'nın 445. maddesine göre iptal davasının karar tarihinden itibaren üç ay içinde açılması gerekir. Ancak geçirildikten sonra 05.07.2013 tarihinde açıldığından davanın bu sebeplerle reddi gerekirken yerinde olmayan yazılı gerekçeyle reddi

seçilme yeterliliği taşımayan üyenin seçilmesine ilişkin kararın iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁴¹. Kanaatimce, Yargıtay'ın, TTK m.363/2 hükmüne aykırılık teşkil eden kararların iptal yaptırımına tabi olduğuna ilişkin görüşü yerinde değildir. Zira, hükmün içeriğinde, hükümde belirtilen niteliklere sahip olmayan üyenin üyeliğinin herhangi bir işleme gerek kalmadan sona ereceği açıkça ifade edilmiştir.

doğru değilse de sonucu itibariyle doğru bulunan mahkeme kararının yukarıda açıklanan gerekçeyle HUMK'nın 438. maddesinin son fıkrası uyarınca onanmasına karar vermek gerekmiştir.(11.HD. 11.03.2015 t.li, 2015/16817 E. 2011/3322 K. Nolu kararı, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:23.10.2019))

Yargıtay başka bir kararında ise aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

"..Davacı vekili, birleşen davada da, asıl davada ileri sürüldüğü şekliyle usulsüz seçilen yönetim kurulunun işlem yapamayacağını ileri sürerek yeni yönetim kurulunun 10.03.2011 tarihinde olağan genel kurul toplantısı yapılmasına dair kararının hükümsüzlüğünün tespitini, iptalini ve icrasının geri bırakılmasını talep ve dava etmiştir.

...Mahkemece, iddia, savunma, uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, davalı şirket ana sözleşmesinin 7'nci maddesi değiştirilmek suretiyle yönetim kurulu üyesi sayısının en az dört kişi olacağını kararlaştırıldığı, bu tarihten sonra şirket ana sözleşmenin ilgili maddesinin değiştirildiğinin iddia ve ispat edilmediği, davaya konu genel kurul kararının, ana sözleşme ile belirlenen sayıdan eksik bir şekilde yönetim kurulu üyesi seçimini içermesi nedeniyle iptali kabil kararlar arasında bulunduğu, 02.02.2011 tarihli genel kurulun 4'üncü maddesinde alınan kararın ana sözleşmenin anılan maddesine aykırılık taşıdığı, asıl davada genel kurul kararının iptali gerekmişse de, uyumsuzlukla ilgili uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 382'nci maddesi uyarınca, genel kurul kararının geri bırakılmasına dair bir karar verilmediği müddetçe iptal edilinceye kadar sonuçlarını doğuracağı, genel kurul toplantısında seçilen yönetim kurulu üyelerinin kendi aralarında toplanarak şirket genel kurul gündem ve tarihini tespit edebilecekleri, bu konuda alınan kararın, toplanma ve karar alma nisaplarına da uygun olması nedeniyle yok hükmünde bulunmadığı, yönetim kurulu kararının iptalini gerektiren başka şartların varlığının da iddia ve ispat edilmediği gerekçesiyle asıl davanın kabulü ile davalı şirketin 02.02.2011 tarihli genel kurulunda 4. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin seçilmesine ilişkin kararın iptaline, birleşen davanın reddine karar verilmiştir....mahkeme kararının düzeltilerek onanmasına oybirliğiyle karar verildi. (11.HD. 20.04.2015 t.li, 2015/425 E., 2017/5539 K. Nolu kararı, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:23.10.2019)).

³⁴¹ Yargıtay, kooperatifin yönetim kurulu üyesi olarak seçilen kişinin seçilmesine engel durumunun olduğu durumda aşağıdaki şekilde hüküm vermiştir."*...Davacılar vekili, müvekkillerinin üyesi bulunduğu davalı kooperatifin 10.03.2012 tarihli genel kurulunda, yeniden seçilen kooperatif başkanı ...'in zimmet ve yüz kızzartıcı suçtan dolayı aldığı cezası bulunduğunu,ileri sürerek, 11.03.2012 tarihli genel kurulda alınan kararların batıl olduğunun tespitini, olmadığı takdirde 3, 4, 5, 6 no'lu kararların iptalini talep ve dava etmiştir...*

....Dairemizin 08.12.2014 tarih ve 3756 E., 7938 K. sayılı ilamıyla, somut olayda, davacılar ..., ... ile ...'un usulüne uygun olarak çağrıldıkları halde genel kurula katılmadıkları, diğer davacılar ..., ... ile ...'in ise, genel kurula katıldıkları ancak, iptalini istedikleri kararlara muhalefet şerhi koymadıkları, genel kurulda alınan kararların emredici kurallara da aykırı olmadığı, bu haliyle davanın, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı belirtilerek, davalı yararına bozulmuştur....

Dava konusu 10.03.2012 tarihli genel kurulun 4. gündem maddesinde yönetim kurulu asıl üyeliğine seçilen ... hakkında Mersin 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 18.04.2011 tarih ve 61 E., 403 K. Sayılı ilamıyla verilen mahkumiyet hükmünün, 1163 sayılı Kanun'un 56/1. maddesinin 4. bendi ve ana sözleşmenin 43/1. maddesinin 4. bendi hükümlerine göre yönetim kurulu üyesi olmasına engel teşkil ettiği anlaşıldığından, mevcut yönetim kurulunca bu husus dikkate alınarak, adı geçen yönetim kurulu üyeliğine her zaman son verilebileceği tabidir.

Bu açıklamalara, Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere göre, HUMK'nın 440. Maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.

(11.HD. 16.02.2017 t.li, 2015/2216 E. 2017/440 K. Nolu kararı (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi:23.10.2019)).

İptal yaptırımına tabi olduğu takdirde, kararın kendiliğinden geçersiz hale gelmesi mümkün olmayıp, iptal edilebilirlikle malul olan karar iptal edilene kadar geçerli olacaktır. Kararlarda esas sözleşmeye aykırı genel kurul kararlarının TTK m.445 gereği iptal edilebilirliğe tabi olduğuna vurgu yapılmış olsa da, böyle bir kararın TTK m.363/2 hükmünün emredici niteliğine aykırı olacağı açıktır. Zaten hüküm içeriğinde, aykırılığın yaptırımının iptal edilebilirlik olmadığı açıkça belirtilmiştir. TTK m.363/2 hükmü mevcut olmasaydı, Yargıtay'ın verdiği kararın isabetli olduğu kanaatinde olabilirdik. Ayrıca, Yargıtay'ın kooperatiflerle ilgili üyelik niteliklerine sahip olmayan üyenin seçildiği genel kurul kararının 1163 sayılı Kooperatifler Kanun'unun 56/1. Maddesine aykırı olduğu hususuna gönderme yaparak, böyle bir kararın iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğu şeklindeki kararı tutarlıdır. Zira Kooperatifler Kanununda, TTK m.363/2 benzeri bir hüküm bulunmamaktadır.

Gerek, örnek olarak verdiğimiz banka ve sigorta şirketlerinde gerekse enerji şirketlerinde yönetim kurulu üyelerinin tabi oldukları kanunda belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı hususunun TTK açısından kontrolünün nasıl sağlanacağı hususunun da aydınlatılması gerekmektedir. Bankacılık ve sigorta alanları, TTK m.333 kapsamında belirtilen ve TB tarafından çıkarılan Tebliğde belirtilen sektörlerden olması nedeniyle, bu sektörlerde şirketlerin kurulması ve esas sözleşme değişiklikleri, Bakanlığın iznine tabidir. Zaten bu duruma ilişkin başvuru, sicil müdürünün inceleme yükümlülüğü kapsamında, TSY 34/1-f hükmü çerçevesinde tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı açısından incelenecektir. Şirket kuruluşu sözkonusu ise, TSY m.69/1-ğ hükmü gereği, şayet, esas sözleşme değişikliğinde ise TSY m.71/1-a hükmü gereği, esas sözleşme değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı başvuruda sunulması gerekmektedir. Bu durumda TSY m.34/2 hükmü doğrultusunda eksikliğin giderilmesi için Müdürlükçe süre verilmekte, giderilmediği takdirde, tescil başvurusu reddedilmektedir.

Enerji sektöründe faaliyet gösteren şirketler açısından bu durum aynı değildir. Zira, enerji, Tebliğde belirtilen kuruluş izni ve esas sözleşme değişikliği izni açısından Bakanlık iznine tabi değildir. Bu nedenle ki, EPDK'nın, EPLY hükümleri

kapsamında enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine, esas sözleşme değişiklikleri için EPDK'nın uygun görüşünün alınacağına ilişkin hükmün konulmasını zorunlu kılarak, tescil başvuruları sırasında, onaya veya izne tabi kılınan sözkonusu durumların sicil müdürlüğü tarafından da gözönüne alınmasını sağlamayı amaçladığı kanaatindeyim. Bu açıdan, mevcut düzenlemeler kapsamında enerji şirketlerinde öngörülen yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine ilişkin EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri, diğer hükümlerden ayrılmaktadır. Zira ne EPK'da ne de EPLY'de, bu hükümlerin, esas sözleşmeye hüküm olarak konulmasını öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir hüküm olmamasına rağmen, TTK 363/2 hükmü kapsamında, sözkonusu EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinin uygulanabilmesi için esas sözleşmede düzenlenmesi gerektiği şeklindeki görüşümüz doğrultusunda, esas sözleşmede hüküm olarak yer verilmelidir. Bu noktada, bu hükümlerin TTK açısından kontrolü gerek kuruluş, gerekse, esas sözleşme değişikliği durumlarının tescili sırasında, sicil müdürlükleri tarafından yapılabilmektedir. Enerji şirketleri açısından, sicil müdürünün inceleme yükümlülüğü özellikle iki noktada ön plana çıkmaktadır. Bunlardan biri TSY m.34/1-f hükmü çerçevesinde tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı iken diğeri, TSY m.34/1-ç hükmü kapsamında tescil edilecek olgunun şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığı hususlarıdır. Şirket kuruluşu sözkonusu ise, TSY m.69/1-ğ hükmü gereği, şayet, esas sözleşme değişikliğinde ise TSY m.71/1-a hükmü gereği, esas sözleşme değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısının başvuruda sunulması gerekmektedir. Bu durumda TSY m.34/2 hükmü doğrultusunda eksikliğin giderilmesi için Müdürlükçe süre verilmekte, giderilmediği takdirde, tescil başvurusu reddedilmektedir. Enerji şirketlerinin ne kuruluşu ne de esas sözleşme değişikliği TTK m.333 hükmünde belirtilen izne tabi değildir. Sicil müdürlüğü, bu noktada EPDK'nın, şirketin EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde belirtilen niteliklere uygun yönetim kurulu üyeleri seçip seçmediğini kontrol ederek, izin veya uygunluk onayı verip vermediğini araştırmayacak ve buna ilişkin belge talep edemeyecektir.

Diğer yandan, sicil müdürlüğünce ticaret şirketinin tescilinde, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde belirtilen niteliklere uygun yönetim kurulu üyeleri

seçip seçmediğine ilişkin hususun TSY m.34/1-ç hükmü kapsamında, özellikle, ticaret şirketinin tescilinde, şirket sözleşmesinin, Kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı, Kanunun bulunmasını zorunlu kıldığı hükümleri içerip içermediğine yönelik hüküm açısından incelendiğinde ne olacağının tespiti de önemlidir. Öncelikle, konuya, esas sözleşmenin Kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı açısından, EPK m.5/8 hükmünün de bir kanun hükmü olduğu gözönüne alındığında, hükmün olmaması kanunun emredici hükümlerine aykırılık değerlendirilebilir mi hususuna bakılmalıdır. TSY m.34/1-ç hükmünde kullanılan Kanun sözcüğünün başharfi büyük yazılmış olup, bu durum, Yönetmelikte Kanunun sözcüğünün tanımlandığı anlamına gelmektedir. Yönetmeliğin 4. Maddesindeki tanımlara bakıldığından, Kanun ifadesi ile TTK'nın kastedildiği ifade edilmiştir. O halde, sicil müdürü, şirket yönetim kurulu üyelerinin EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde belirtilen niteliklere uygun olup olmadığını inceleyemeyecek, yalnızca TTK açısından emredici hükümlere uygunluğuna bakacaktır. Şirkette, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde belirtilen niteliklere uygun yönetim kurulu üyeleri belirlenmesine ilişkin esas sözleşmeye hüküm konulduğunda ise, yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesine ilişkin genel kurul kararının esas sözleşmede yer verilen sözkonusu hükme uygun olup olmadığına bakacaktır. Ancak bu noktada, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde belirtilen niteliklere uygun yönetim kurulu üyeleri belirlenmesine ilişkin hükmün etkisinin TTK m.340 hükmü açısından sınırlandırıldığı gözdürüldüğü edilmemelidir. TTK m.340 hükmünün ikinci cümlesi açısından, hükmün konulmasının yasal dayanağı, EPK m. 5/8 hükmü olarak değerlendirildiğinde, bu hükmün, emredici değil diğer kanunların öngörülmesine izin vereceği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgü olarak hüküm doğuracağına ilişkin düzenleme karşısında, tamamlayıcı hüküm olarak görüldüğü takdirde, EPK'nın düzenlediği alana özgü olarak hüküm doğurabileceği gerekçesiyle TTK karşısında geçerli kabul edilmeyebilecek ve buna ilişkin tescil talebi, sicil müdürlüğünce reddedilebilecektir. Bununla birlikte, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümlerinde belirtilen niteliklere uygun yönetim kurulu üyeleri belirlenmesine ilişkin konulan esas sözleşme hükmüne aykırı olan bir genel kurul kararı, kanaatimce, emredici nitelikte olan TTK m.363/2 hükmüne aykırı olarak değerlendirilebilecek ve bu açıdan ise, emredici hükme aykırı

olan bir genel kurul kararı, sicil müdürü tarafından TSY m.34/1-ç hükmü kapsamına da aykırı olduğu tespit edildiğinde, genel kurul kararının tescilini reddedebilecektir³⁴².

5.2.2. Şirketleri Kontrol Eden Pay Sahipleri Tarafından Şebeke İşleyişine ve Yönetimine Müdahale Edilmesine Yönelik Kısıtlamalar

EPLY m. 33/4 hükmüne göre, elektrik dağıtım şirketi, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlüdür. Dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişiler, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemez. Görüldüğü üzere hüküm, özelleştirilmiş olmasına rağmen halen kamu hizmeti olarak görülen ve bölgesel tekel olarak, görevli özel şirketler tarafından belirlenen bölge ile sınırlı olarak elektrik dağıtım hizmetini yerine getiren şirketlere yönelik olup, diğer elektrik piyasa hizmetlerini kapsamamaktadır.

Elektrik dağıtım şirketinin, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlü olması ile dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerin, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edememesinin ne anlama geldiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Öncelikle, iş ve işlemlerde bağımsızlık ifadesi genel bir ifade olup, şirketin yapmış olduğu tüm iş ve işlemleri kapsamaktadır. EPK m.3. hükmünde dağıtım şirketi “*Belirlenen bir bölgede elektrik dağıtım ile iştigal eden tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. EPK m.9. hükmü kapsamında dağıtım faaliyetinin, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütüleceği ve dağıtım şirketinin, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi gibi temel hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Maddenin devamında, dağıtım şirketlerinin görevleri, sorumlulukları detaylı bir şekilde düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerde, dağıtım şirketinin, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemeyeceği hususu vurgulanmıştır. Bu hükümden hareketle, dağıtım şirketinin yapacağı bütün iş ve işlemleri ile alacağı kararlarının dağıtım hizmetine yönelik olması gerekeceği açıktır. Bu özellik nedeniyledir ki, elektrik dağıtım şirketinin, herhangi bir sınırlandırma yapmaksızın,

³⁴² *Moroğlu* da, baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmaması sonradan da ıslahının mümkün olmaması nedeniyle yokluk veya butlanla malul genel kurul kararlarının ticaret siciline tescili mümkün olmadığı ve sicil müdürünün bu kararların tescili talebini reddetmekle yükümlü olduğu görüşündedir. (*Moroğlu* 2015, a.g.e, s.359 v.d)

tüm iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Şirketin iş ve işlemlerinde ve karar almada bağımsız olması ile hizmetin kamu hizmeti olarak görülmesi nedeniyle, kamu hizmetinin gerektirdiği şekilde ve EPK m.1 hükmünde belirtildiği şekilde elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması amacıyla hareket etmesi kastedilmektedir. EPK m.1 hükmünde mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amaçlandığı da ifade edilmiştir. Bu açıklamalardan hareketle, dağıtım şirketinin bütün iş ve işlemlerini yaparken ve kararlarını alırken, öncelikli olarak EPK m.1 hükmündeki amaçlara uygun olmasına dikkat etmesi gerekecektir. Örneğin, dağıtım şirketine, fiyat teklifi aleyhine olmasına rağmen, belirli bir elektrik üretimi şirketinden elektriği tedarik etmesi yönünde talimat verilmesi, dağıtım şirketine, diğer grup şirketleri veya pay sahipleri lehine kefalet vermesi yönünde talimat verilmesi, dağıtım şirketine, teklif edilen faiz oranının avantajlı olmamasına rağmen, kredi talebinin belirli bir bankadan karşılanması yönünde talimat verilmesi gibi iş ve işlemler, dağıtım şirketinin bağımsızlığına aykırı olarak değerlendirilebilecektir.

Dağıtım şebekesinin işleyişi ve yönetimi ile şu husus kastedilmektedir. EPLY m.4/4-g hükmünde, dağıtım sistemi, bir dağıtım şirketinin, lisansında belirlenmiş dağıtım bölgesinde işlettiği elektrik dağıtım tesisleri ve şebekesi olarak tanımlanmıştır. Hükümdeki tanıma göre, dağıtım sistemi, şebekeyi kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. EPLY m.33/4 hükmündeki dağıtım şebekesinin işleyişi ve yönetimi kavramları ile dağıtım sisteminin kastedildiği kanaatindeyim. Dağıtım şebekesinin işleyişi ve yönetiminde diğer regülsayonların yanısıra, teknik regülasyonların daha yoğun olarak uygulama alanı bulduğu görüşüdeyiz. EPLY m.33/4 hükmü ile ağırlıklı olarak sözkonusu işleyiş ve yönetim için belirlenen teknik regülasyonlara uygun olarak hareket edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Örneğin, dağıtım bölgesi içerisinde kalan belirli bir bölgeye verilen elektriğin teknik regülasyonlara aykırı olarak yükseltilmesi veya düşürülmesi yönünde talimat verilmesi, teknik regülasyonlar gereği belirli bir bölgede şebeke bakımı için belirli bir süre kesilmesi gereken elektriğin kesilmemesi yönünde talimat verilmesi, belirli abonelerin veya bölgenin keyfi olarak elektriğinin kesilmesine yönelik talimat verilmesi, belirli kimselerle abonelik sözleşmesi

yapılmamasına yönelik talimat verilmesi gibi durumların dağıtım şebekesinin işleyişi ve yönetimine müdahale teşkil edeceği kanaatindeyim.

Daha önce ifade edildiği üzere, elektrik dağıtım hizmetinin doğal tekel ve bir şebeke sistemi işletimi gerektiren faaliyet olması nedeniyle, diğer piyasa faaliyetlerine kıyasla, özel ve daha ağır bir regülasyon müdahalesine tabi kılınmıştır. Bu gerekçeyle ki, sözkonusu regülasyon müdahaleleri ile dağıtım şirketi tarafından, dağıtım faaliyetinin, alelade ticari bir faaliyet gibi görülmesi ve şirket tarafından gelişigüzel ve keyfi bir şekilde alınacak kararlarla hizmetin sürekliliğini zedeleyecek kararlar verilmesi engellenmek, her koşulda, artık tüketiciler için vazgeçilmez bir şekilde hayatımıza giren elektrik dağıtım hizmetinin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulmasının sürekliliği sağlanmak istenmiştir. EPLY m.33/4 hükmü gibi dağıtım şirketlerinin yönetimine müdahale teşkil edecek tedbirlerin bu kaygılardan hareketle, öngörüldüğü kanaatindeyim.

5.2.2.1. Kısıtlamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

TTK'ya göre, anonim ve limited şirketlerde, şirketteki pay sahipleri, doğrudan yönetim ve denetim hakkına sahip olmasalar da, şirketin organları olan genel kurulda aldıkları kararlar ve seçtikleri yönetim kurulu aracılığıyla şirketi yönetme ve denetleme haklarını kullanmaktadırlar³⁴³. Bu nedenle yönetim ve denetleme hakkı, pay sahiplerinin şirketteki en temel haklardan biridir.

TTK'da anonim ve limited şirketlerde pay sahiplerinin yönetim hakkının kısıtlandığı bazı durumlardan bahsedilmektedir. Örneğin, ticaret şirketlerinde TTK m. 202 hükmünde bahsedilen hakim-bağlı şirket ilişkisi oluşması halinde, hâkim şirketin, hâkimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı ve maddede belirtilen şirketin verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği, durumlar açıkça belirtilmiştir. Dağıtım şirketi, TTK m.195

³⁴³Bahtiyar 2019, a.g.e, s.308; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.754.

anlamında dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerle arasında bir hakim şirket-bağlı şirket ilişkisi sözkonusu olduğu, dağıtım şirketinin bağımsız hareket etmediği veya bağımsız olmayacak şekilde yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların aynı zamanda hakim şirket-bağlı şirket ilişkisine dair öngörülen hükümlere aykırı olduğu takdirde, TTK m. 202 ile m.209 arasındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır³⁴⁴.

Dağıtım şirketinin, bağımsız hareket etmediği veya yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olmadığı EPDK tarafından belirlenmesi yani EPLY m. 33/4 hükmüne aykırı davranılması halinde, yapılan iş ve işlemler ile alınan kararların TTK açısından akıbetinin ne olacağı sorusunun cevabı aranmalıdır. Dağıtım şirketi tarafından yapılan iş ve işlemler ile alınan kararlar, bağımsız olarak nitelendirilmese dahi geçerliliğini sürdürecektir. Zira, şirket tarafından yapılan iş ve işlemler ile alınan kararların bağımsız olmaması halinde geçerli olmayacağına yönelik herhangi bir hüküm EPK'da veya EPLY'de bulunmamaktadır. Sözkonusu iş, işlem ve kararların TTK'ya göre geçerli olarak kabul edilmesi, şirkete, EPK m.16 hükmünde belirtilen uygun olan yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

EPLY m. 33/4 hükmü, EPK'da bir dayanağa sahip olmadığından, doğrudan yönetmelik kapsamında ihdas edilmiş bir yükümlülüktür. Bu nedenle hüküm, TTK m.330 anlamında TTK'ya göre öncelikli olarak uygulanacak özel kanun hükmü de değildir.

Şebeke regülasyonunun, doğal tekel niteliğinde olan ve bir şebeke sistemi işletimi gerektiren, iletim ve dağıtım faaliyetlerinde sözkonusu olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu nedenle şebeke regülasyonu, bu faaliyetlerde, şebekeye bağlanmada veya şebekeden ayrılmada şebeke işleticisi tarafından ayrımcılık yapılmasını ve uygulanacak tarifelerin gelişigüzel ve keyfi bir şekilde belirlenmesinin önlemesi işlevi nedeniyle oldukça önemlidir. Bu kaygılardan hareketle olsa gerek, elektrik dağıtım hizmeti faaliyetine yerine getiren şirketin, EPLY m. 33/4 hükmü kapsamında iş ve

³⁴⁴ Dağıtım şirketinin TTK m.195 anlamında dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerle arasında bir hakim şirket-bağlı şirket ilişkisi sözkonusu olduğu durumlar *Altıncı Bölümde* yeralan 6.4.2 *Enerji Şirketlerinde Şirketler Topluluğu Uygulaması* başlığı altında değerlendirileceğinden burada değerlendirilmeyecektir, s.380 v.d.

işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmekle ve karar almakla yükümlü kılındığı anlaşılmaktadır. Aynı hükümlerle, dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerin, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemeyeceğine yönelik bir yasak da getirildiği görülmektedir. Ancak hükmün uygulanması konusunda birtakım soru işaretleri belirmektedir. Dağıtım şirketinin iş ve işlemlerinde ve aldığı kararlarda, kimden, nasıl bağımsız hareket edeceği hususu belirtilmemiştir. Bu nedenle, dağıtım şirketinin yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olduğunun nasıl tespit edileceği anlaşılamamaktadır.

EPDK'nın denetleme ve düzenleme görevine bakıldığında, dağıtım şirketinin bağımsız hareket edip etmediğinin, yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olup olmadığının, regülasyon kurumu olan EPDK tarafından değerlendirileceği ve bağımlılık veya bağımsızlık konusunda nitelendirmenin bu kurum tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır. Burada EPDK'ya, dağıtım şirketinin bağımsız hareket edip etmediği ile yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olup olmadığı konusunda sınırları belirli olmayan çok geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir. EPDK tarafından, kendisine zaten geniş bir şekilde tanınan regülasyon yetkisine ek olarak sözkonusu takdir yetkisinin de kullanılmasının, elektrik dağıtım piyasasına yönelik regülasyon baskısının dozunu artıracacağı ve piyasa faaliyeti için öngörülen kabul edilebilir sınırlardaki regülasyon sınırını aşacağı kanaatindeyim. Bu nedenle, dağıtım şirketinin bağımsız hareket edip etmediği ile yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olup olmadığının belirlenmesi konusunda somut ölçütlerin ortaya konulması gerekmektedir.

5.2.3. Dağıtım, Tedarik ve Üretim Şirketlerinin Yönetimine Yönelik Müdahaleler

EPK m. 16/3 hükmüne göre, bir dağıtım bölgesinde lisansı kapsamında faaliyet gösteren dağıtım şirketinin, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini, EPDK tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edindiğinin veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin

Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda, madde kapsamında belirtilen yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilir. Bu yaptırımlardan yalnızca, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek yerlerine Kurul tarafından atama yapılması konumuzu ilgilendirmektedir.

Yukarıda sözü edilen hükümlerle, dağıtım şirketinin mevcut yönetiminde görev yapanların görevlerinin pay sahiplerinin herhangi bir talebi, dahli olmaksızın EPDK tarafından sona erdirilerek, yeni yönetim kurulu oluşturulmasının yolu açılmıştır.

Diğer yandan tedarik şirketlerinin yönetimine müdahale teşkil edecek benzer hükümler de mevcuttur. EPK m. 10/7 hükmüne göre, görevli tedarik şirketinin piyasada rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici etki doğuran davranış veya ilişkilerinin tespiti hâlinde ilgili tedarik şirketi, Kurulca öngörülecek tedbirlere uymakla yükümlüdür. Kurul, bu tedarik şirketinin yönetiminin yeniden yapılandırılması veya dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dâhilinde kısıtlandırılmasını ya da sonlandırılmasını da içeren tedbirleri alır.

EPK m. 16/4 hükmüne göre ise, bir görevli tedarik şirketinin, mevzuat ihlallerinin düzenlemeye tabi faaliyetlerini EPDK tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin düzenlemeye tabi faaliyetlerin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edindiğinin veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda aşağıdaki yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabileceği belirtilmiştir. EPK m.16 hükmü kapsamında gerekli koşulların oluşması halinde, tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için alınacak tedbirlerin belirlenmesi ve elektrik piyasasında dağıtım veya tedarik lisansı sahibi tüzel kişilerin faaliyetlerinin sona erdirilmesi ve ilgili dağıtım bölgesinde dağıtım veya son kaynak tedariki faaliyetini yürütecek tüzel kişinin belirlenmesi amacıyla *Elektrik Piyasasında Dağıtım Ve Tedarik Lisanslarına İlişkin Tedbirler Yönetmeliği*³⁴⁵ çıkarılmıştır. Bu yaptırımlardan yalnızca, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu

³⁴⁵ 02/08/2013 tarihli 28729 sayılı RG.

üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek yerlerine Kurul tarafından atama yapılması konumuzu ilgilendirmektedir.

Yönetim kuruluna, Kurul tarafından atama yapılması halinde, EPK m. 16/7 hükmü gereği, Kurulca dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyeler aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan davalar, atamayı yapan ilgili merci olan EPDK aleyhine açılmış sayılacak olup, bu davalarda husumet EPDK'ya yöneltilecektir.

EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümleri, yaptırım olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, aynı zamanda bir regülasyon müdahalesi teşkil ettiğinden, konu ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Doğal gaz piyasasında biraz farklılık içerse de benzer bir düzenleme mevcuttur. DPLY m. 17 hükmünde, lisansların DPK m. 9 hükmündeki düzenleme çerçevesinde iptal edilebileceği, bir lisansın iptali halinde, yeni bir lisans verilene kadar verilen hizmetin aksamaması için Kurulun gereken önlemleri alacağı, dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda da, lisans iptalinden önce alınacak Kurul kararıyla, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu veya tüzel kişiyi idare edenlerin; lisans sahibinin anonim şirket olmaması halinde ise ortaklar genel kurulu ve/veya tüzel kişiliği idare edenlerin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, Kurum tarafından yerlerine yeni atama yapılabileceğinin kabul edildiğine ilişkin hükümlere dağıtım lisanslarında ve dağıtım lisansı sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde yer alacağı ifade edilmiştir.

Doğal gaz piyasasında dağıtım şirketinin yönetimine müdahale teşkil eden DPLY m. 17 hükmü elektrik dağıtım şirketine yönelik EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinden özellikle aykırılığın gerçekleşmesi halinde, lisansın iptali yolunun tercih edilmesi, sadece yönetim kurulunun değil, tüzel kişiyi idare edenlerin de bir kısmının veya tamamının geçici olarak değiştirilmesi, yeni üyelerin atanmasına EPDK'nın karar vermesi, lisans sahibi şirketin limited şirket olma ihtimalini gözönüne

olarak hükmün düzenlenmiş olması, üye değişikliklerinin geçici olarak yapılacağına belirtilmesi, müdahalenin limited şirkete yönelik olması halinde ilk etapta pay sahiplerine uzaması, müdahaleye ilişkin hükümlere esas sözleşmede yer verilme zorunluluğunun öngörülmüş olmasına yönelik olmak üzere belirli noktalarda farklılık gösterdiği görülmektedir.

Regülasyon müdahalelerine ilişkin hükümlerin, özel kanunlarda bir zorunluluk olarak öngörülmesi halinde, özel kanunların, genel kanunlardan önce uygulanacağına yönelik ilke ile bu ilkenin tekrar edildiği TTK m. 330 hükmü kapsamında, ilgili zorunluluk, yönelik olduğu enerji şirketlerine uygulanmaktadır. Bu durumda, zorunluluğun yasal dayanağı özel kanunlar ile TTK m. 330 hükmü olacaktır. Ancak öngörülen zorunluluğun, ilgili piyasada faaliyet gösterecek şirketin esas sözleşmesine hüküm olarak dercedilmesinin zorunlu kılınması halinde, sözkonusu zorunluluğun uygulanmasının dayanağı zorunluluğun yasal dayanağı, yalnızca özel kanunlar ile TTK m. 330 hükmünden ibaret olmayacak, aynı zamanda TTK'da esas sözleşmeye ilişkin yer alan hükümler de olacaktır.

5.2.3.1. Müdahalelerin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Anonim şirkette görev yapacak, yönetim kurulu üyeleri ya kuruluşta esas sözleşme ile ya da genel kurul toplantısında alınan karar ile belirlenmektedir. Her iki durumda da, yönetim kurulu üyeleri, şirketteki pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda belirlenmektedir. Yönetim kurulu üyeliğinin ise, TTK m.363/2 hükmü kapsamında, yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilmesi veya ehliyetinin kısıtlanması ya da üyelik için gerekli kanuni şartların yahut esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybedilmesi halinde, bu kişinin üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği hususu düzenlenmiştir. Diğer yandan TTK m. 364/1 hükmü kapsamında, yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilmektedirler. Ayrıca, yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin görev

sürelerinin sona ermesi ile birlikte, tekrar seçilmedikleri takdirde, yine görevleri sona ermektedir.

Limited şirket açısından ise, TTK m. 630 hükmü gereği, genel kurul, müdürü veya müdürleri görevden alabilir, yönetim hakkını ve temsil yetkisini sınırlandırabilir. Hükümde, ayrıca her ortağın, haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebileceği de belirtilmiştir. Devamında, yöneticinin, özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi veya şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesinin haklı sebep olarak kabul olunacağı ifade edilmiştir. Görevden alınan yöneticinin tazminat haklarının saklı olduğu da belirtilmiştir.

Kurulun, tedarik şirketinin yönetiminin yeniden yapılandırılması veya dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dâhilinde kısıtlandırılmasını ya da sonlandırılmasını da içeren tedbirleri alabileceğine yönelik düzenleme kapsamında, limited şirketlerde ortaklığın hangi hallerde sona ereceği hususuna bakılması gerekmektedir. Limited şirketlerde ortakların ortaklığının sona ermesi, TTK m.636 hükmünde şirketin sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi yoluyla veya TTK m. 638 hükmü kapsamında, şirket sözleşmesinde düzenlenmesi veya haklı neden olması halinde şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açılması yoluyla olabilir. Diğer ortakların, TTK m. 639 hükmü kapsamında haklı sebep kendileri açısından geçerliyse, çıkmaya katılacağını müdüre/müdürlere bildirmek veya açacağı dava ile çıkma davasına katılmak suretiyle ortaklıktan çıkabilmesi mümkündür. Diğer yandan, TTK m. 640 hükmü gereği şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği öngörülmüşse veya şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılabilmesi yolu da kullanılmak suretiyle ortaklık sona erdirilebilmektedir. Bunun dışında, limited şirkette müdürlerin ve ortakların ortaklığının sona erme nedeni bulunmamaktadır.

EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümleri ile elektrik dağıtım ve tedarik hizmeti yerine getiren şirketlerin, hükümde belirtilen durumların Kurul

kararıyla belirlenmesi durumunda, şirketlerdeki yönetim kurulu üyelerinin tamamına bir kısmına görevden el çektirilmektedir. TTK kapsamında, anonim veya limited şirketlerin, elektrik dağıtım ve tedarik şirketi açısından hükümlerde belirtilen durumlara benzer sonuçlara yolaçacak şekilde hareket etmiş olması, şirketlerdeki yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesini gerektirecek nedenlerden biri olarak sayılmamıştır. TTK m. 364/1 hükmü kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilmesi hususu düzenlenmiştir. Hükme göre, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, yönetim kurulu üyeleri genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilmektedirler. Hüküm kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması için haklı bir sebebin varlığı ile genel kurul kararının gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Yani haklı bir sebep mevcut olsa bile, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilmeleri kararını, başka bir kurum, kuruluş değil yalnızca genel kurul alabilmektedir. EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinde elektrik dağıtım ve tedarik hizmeti yerine getiren şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin görevden el çektirilmelerine gerekçe olarak belirtilen hususlar TTK m. 364/1 hükmü haklı neden teşkil etse bile, yönetim kurulu üyelerinin görevden el çektirilmelerine şirketin genel kurulunun değil, Kurulun karar vermesi TTK hükümleriyle çelişki oluşturmaktadır.

Anonim şirketlerde boşalan yönetim kurulu üyeliklerinin nasıl doldurulacağı hususu da TTK m. 363/1 hükmünde düzenlenmiştir. Hükümde, m.334 hükmü saklı kalmak üzere, herhangi bir sebeple bir yönetim kurulu üyeliğinin boşalması halinde, yönetim kurulunun, kanuni şartları haiz birini, geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunacağı, bu yolla seçilen üyenin, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapacağı ve onaylanması hâlinde, selefinin süresini tamamlayacağı hususu ifade edilmiştir. İstisna bırakılan TTK m.334 hükmü ise, Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinden birine, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurma hakkının verilebileceğine ve bu şirketlerde pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, ancak bunlar tarafından görevden alınabileceğine yönelik bir düzenleme içermektedir. EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4

hükümlerinde elektrik dağıtım ve tedarik hizmeti yerine getiren şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin Kurul kararı ile görevden el çektirilmeleri sonrasında yerlerine Kurul kararı ile şirketin genel kurulunun dahli olmaksızın yönetim kurulu kararı üyelerinin atanması da TTK hükümleriyle yine çelişkiye neden olmaktadır.

Piyasa faaliyeti gösteren enerji şirketlerine yönelik olarak regülasyon müdahaleleri karşılaştırıldığında, bazı piyasa faaliyetlerinin daha fazla regülasyona tabi kılındığı görülmektedir. Örneğin elektrik iletimi faaliyeti, bütünüyle kamu hizmeti olarak görüldüğünden, özelleştirilmemiş, Devlet eliyle, özel hukuk kurallarına göre kurulmuş TEİAŞ aracılığıyla yerine getirilmektedir. Diğer yandan, daha önce Devlet eliyle özel hukuk kurallarına göre kurulmuş TEDAŞ aracılığıyla yerine getirilen elektrik dağıtım faaliyeti de³⁴⁶ özelleştirilmiş ve özel şirketlere devredilmiş olmasına rağmen, özel kanun niteliğinde EPK'ya ve EPLY'ye konulan hükümlerle, faaliyetin ve faaliyeti yerine getiren şirketlerin diğer faaliyetlere oranla sıkı bir regülasyona tabi tutulduğu görülmektedir.

DPLY m. 17 hükmünde, lisansların DPK m. 9 hükmündeki düzenleme çerçevesinde iptal edilebileceği, bir lisansın iptali halinde, yeni bir lisans verilene kadar verilen hizmetin aksamaması için alınacağı belirtilen tedbirlerin, TTK'da dayanağı bulunup bulunmadığı hususu irdelenmelidir. Elektrik dağıtım hizmetin şirketlerine yönelik yönetime müdahale teşkil eden hükümler kapsamında yönetim kurulu üyelerinin değiştirilmesi bağlamında anonim şirketlere yönelik hukuki değerlendirmemiz anonim şirket olarak kurulan doğal gaz dağıtım şirketleri için de geçerlidir. Doğal gaz dağıtım şirketinin limited şirket olarak kurulmuş olması halinde ise, DPLY m. 17 hükmünün, müdürlerin veya diğer idare edenlerin değiştirilmesi konusunda, yine anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin görevden el çektirilmelerine dair değerlendirmelerimizin geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak aynı hükmün, doğal gaz dağıtım lisansı sahibi limited şirkette, lisans iptali öncesi, ortaklar genel kurul üyelerinin de değiştirilmesine imkan verdiği gözönüne alındığında, ortaklığın sona ermesine ilişkin TTK hükümlerine de bakılması gerektiği

³⁴⁶ Hukuki ayrıştırma öncesi dağıtım faaliyeti, tedarik veya perakende satış faaliyetini kapsamakta ve bu faaliyetlerin tamamı dağıtım şirketi tarafından yerine getirilmekteydi. Bu nedenle, dağıtım faaliyeti ifadesi, tedarik faaliyetini de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

kanaatindeyim. TTK m.636 hükmüne bakıldığında, hükümde limited şirketin sona erme sebepleri sayılırken kanunda öngörülen diğer sona erme hallerinin sayıldığı görülmektedir. DPK m.9 hükmüne dayanılarak çıkarılan DPLY m. 17 hükmünün de³⁴⁷ kanunda öngörülen diğer haller kapsamına giren nedenlerden biri olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim.

Doğal gaz dağıtım hizmetinin de doğal tekel ve bir şebeke sistemi işletimi gerektiren faaliyet niteliğinde olması nedeniyle, özel ve ağır bir regülasyon müdahalesine tabi kılınmıştır. Bu nedenle, şebeke regülasyonu ile dağıtım şirketi tarafından, dağıtım faaliyetinin, alelade ticari bir faaliyet gibi görülmesini ve şirket tarafından gelişigüzel ve keyfi bir şekilde alınacak kararlarla hizmetin sürekliliğini zedeleyecek kararlar verilmesini engellemek, her koşulda, artık tüketiciler için vazgeçilmez bir şekilde hayatımıza giren doğal gaz dağıtım hizmetinin devamını sağlamak istenmiştir. Bu kaygılardan hareketle, DPK m.9 ile m. 17 hükümleri

³⁴⁷ DPK m. 9 hükmünde; “Doğal gaz şehir içi dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle, lisansı iptal eder. Dağıtım şebekesinin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüz yirmi gün içerisinde ilgili şebekenin satışı ve yeni lisans sahibinin belirlenmesi için ihaleye çıkılır. Uygulamaya ilişkin usul ve esaslar yönetmeliklerde belirlenir.” düzenlemesinin bulunduğu görülmektedir. Bu hükmeye dayanılarak çıkarılan DPLY’nin m.17 hükmünde ise; “Lisanslar Kanununun 9 uncu maddesi hükümleri çerçevesinde iptal edilebilir. Bir lisansın iptali halinde, yeni bir lisans verilene kadar verilen hizmetin aksamaması için Kurul gereken önlemleri alır.

Dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda;

a) Lisans iptalinden önce alınacak Kurul kararıyla, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu veya tüzel kişiyi idare edenlerin; lisans sahibinin anonim şirket olmaması halinde ise ortaklar genel kurulu ve/veya tüzel kişiliği idare edenlerin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, Kurum tarafından yerlerine yeni atama yapılabileceğinin,

b) Kurumun, lisans sahibinin nam ve hesabına yüz yirmi gün içerisinde ilgili şebekenin satışı ve yeni lisans sahibinin belirlenmesi için ihaleye çıkacağı ve bu süreçte, şebekenin yeni lisans sahibine satış bedelinin ve ihaleye ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından belirleneceğinin, kabul edildiğine ilişkin hükümler dağıtım lisanslarında ve dağıtım lisansı sahibi tüzel kişinin ana sözleşmesinde yer alır.”

düzenlemesinin bulunduğu görülmektedir. Dayanak kanun DPK m.9 hükmünde Kurulun, hizmetin aksamaması için önceden alması gerekli tedbirlerin, Yönetmeliğin m. 17 hükmünde, şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin tamamen veya kısmen görevden alınması, yerlerine atama yapılması, hatta limited şirketlerde ortaklara genel kurulunun değiştirilmesi, yani şirketlere el konulması ve nihayet şirketin ihaleye çıkarılarak devredilmesi şeklinde formüle edildiği görülmektedir. Kanunda yalnızca tedbirler olarak belirtilen hususun, Yönetmelikte, Kanunla hiçbir şekilde ilgi kurulamayacak şekilde ağır regülasyon müdahaleleri şeklinde formüle edilmesi, kanunda sınırları belirli olmayacak şekilde bırakılan büyük boşlukların, yönetmelikle sınırsız bir şekilde doldurulması, normlar hiyerarşisine aykırıdır. Yönetmelikte öngörülen tedbirlerin, kanunda da ayrıntılı olmaksızın zikredilmesi, yönetmelikte bu tedbirlerin ayrıntılandırılması gerekirdi. Bu nedenle DPLY m.17 hükmünün hukuk güvenliğini tehdit edecek şekilde kaleme alınmış olup, normal hiyerarşisine uygun olmadığı kanaatindeyim.

kapsamında, dağıtım şirketlerinin yönetimine EPDK tarafından doğrudan müdahale ile şirket yönetim kurulu üyelerinin, idare edenlerin, ortaklar genel kurulu üyelerinin görevlerinden el çektirilmesi ve yönetim kuruluna EPDK tarafından atanacak üyelerle yönetimin bizzat ele alınması gibi tedbirlerin öngörüldüğü kanaatindeyim.

Elektrik dağıtım şirketlerinin EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümleri kapsamında, Kurul tarafından yönetim kurulu üyelerinin tamamen veya kısmen görevden el çektirilmelerine ve yerine yeni üyelerin atanmalarına ilişkin karar alabileceğine ilişkin regülasyon müdahalesinin TTK hükümleri karşısındaki durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anonim şirketler açısından TTK m.363/2 hükmü kapsamında, yönetim kurulu üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği hususu, TTK m. 364/1 hükmü kapsamında da, yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul kararıyla görevden alınabilmeleri hususları düzenlenmiştir. Bunun dışında, yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin sona ermesi ile birlikte, tekrar seçilmedikleri takdirde, yine görevleri sona ermektedir. Limited şirket açısından ise, TTK m. 630 hükmü müdürlerin görevlerinin sona ermesine ilişkin durumlar düzenlenmiştir³⁴⁸.

Öncelikle gerek elektrik piyasası, gerekse doğal gaz piyasası açısından bu düzenlemelerin temel dayanağı olarak özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanma imkanı veren TTK'nın m.330 hükmü karşımıza çıkmaktadır. Elektrik piyasası açısından bu müdahalenin EPK m. 10/7, EPK m. 16/3, EPK m. 16/4 hükümlerinden kaynaklanmış olması nedeniyle, özel kanun hükmü olarak yasal dayanağa sahip olduğu açıktır. Aynı şeyi doğal gaz piyasası açısından söylemek güçtür. Zira, doğal gaz dağıtım şirketine yönelik müdahalenin kaynağı DPK değil DPLY m. 17 hükmüdür. Dolayısıyla doğal gaz dağıtım şirketi için öngörülen bu müdahale TTK m.330 hükmünde belirtildiği gibi özel kanunda yer alan bir yasal

³⁴⁸ TTK'da, limited şirketler için, anonim şirketlerde olduğu gibi TTK m.363/2 benzeri bir hüküm olmadığından müdürlük sıfatının kendiliğinden sona ermesine TTK m.363/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışma konusu olmuştur. Öğretide, TTK 363/2 hükmünün limited şirket müdürleri açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.(Bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, p.17181; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.778; Yıldız Ş. 2007, a.g.e, s.247; Ali Haydar Yıldırım, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s.199; Çebi 2019, a.g.e, s.131.)

dayanağa sahip değildir. Daha önce de vurguladığımız gibi kanunda yer almayan ve doğrudan yönetmelik hükmüyle ihdas edilen bir müdahale, özel kanun hükmü olarak değerlendirilemeyeceğinden, bu hükmün, TTK m.330 hükmünden önce uygulanmasının hukuken mümkün olmadığı kanaatindeyim³⁴⁹.

Regülasyon müdahalesinin TTK'daki dayanağı açısından, ikinci olarak, TTK m.210/2 hükmü karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar, hükümde, açıkça regülasyondan bahsetmese de, enerji piyasasını ve piyasada faaliyet gösteren şirketleri regüle etmekle yetkili ve görevli olan EPDK'nın, m. TTK m. 210/2 hükmü anlamında bahsedilen kurumlardan biri olduğu, Kurulun da madde bağlamında bahsedilen kurullardan biri olduğu sonucuna ulaşmamızı engelleyen bir husus bulunmadığı ve TTK m.210/2 hükmü ile Kanun koyucu tarafından, diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların şirketlerle ilgili düzenleme yapma yetkisine bu yetkisine sınır getirilmesinin, yetkinin kaynağı ve dayanağı olan kanuna bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu noktada da, elektrik dağıtım şirketleri ile doğal gaz dağıtım şirketleri açısından farklı sonuçlara ulaşmaktayız. Zira, TTK m.210/2 hükmünün ortaya koyduğu çerçevede, enerji şirketlerinin regülasyonu ile yetkili ve görevli EPDK'nın, şirketlerle ilgili düzenlemeler yaparken ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilecektir. EPK'nın, kamu hizmeti olarak gördüğü elektrik dağıtım hizmetinin sürekliliğini sağlamak için elektrik dağıtım şirketlerine yönelik bu müdahaleyi öngördüğü dikkate alındığında, EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinde düzenlenen tedbirlerin TTK m.210/2 hükmünde belirlenen çerçeveye uygun olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim. Doğal gaz dağıtım şirketine yönelik müdahalenin amacının da aynı şekilde kamu hizmeti olarak gördüğü doğal gaz dağıtım hizmetinin sürekliliğini sağlamak için doğal gaz dağıtım şirketlerine yönelik bu müdahaleyi öngördüğü ancak müdahalenin DPK'da bir dayanağı olmadığı halde, doğrudan yönetmelik kapsamında DPLY m. 17 hükmünde düzenlendiği, dolayısıyla doğal gaz dağıtım şirketi için öngörülen bu müdahalenin TTK m.210/2 hükmünde belirtildiği gibi kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalınmaksızın kanunda bir yasal dayanağa sahip olmaksızın doğrudan yönetmelik hükmüyle

³⁴⁹Çelikdemir, a.g.m, s. 1271 v.d.

sözkonusu müdahalenin ihdas edildiği dikkate alındığında, doğal gaz dağıtım şirketleri için öngörülen müdahalenin, TTK m.210/2 hükmünde ortaya konulan çerçeveye uygun olmadığı kanaatindeyim³⁵⁰.

Doğal gaz ve elektrik dağıtım şirketlerine yönelik müdahalelerin TTK'daki dayanak maddelerinden biri de TTK m.333 hükmüdür. TTK m.333 hükmü karşısında, doğal gaz ve elektrik dağıtım şirketlerine yönelik olarak getirilen müdahalenin her iki piyasa açısından farklı sonuçları olacaktır. Şöyle ki; TTK m.333 hükmünde gönderme yapılan Tebliğde belirtilen faaliyet alanları dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı hususu düzenlenmiştir. Elektrik dağıtım şirketlerinin EPK m. 10/7, EPK m. 16/3, EPK m. 16/4 hükümlerinde düzenlenen müdahalenin dağıtım şirketinin esas sözleşmesinde hüküm olarak yer alması zorunlu kılınmamıştır. Ancak böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen, sözkonusu müdahalenin uygulanabilmesi için, TTK açısından esas sözleşmede konuya ilişkin hüküm bulunması zorunludur. Doğal gaz dağıtımına ilişkin DPLY m.17 hükmüne göre ise dağıtım şirketinin yönetim kurulu üyelerinin ve idarecilerinin, ortaklar genel kurulu ile idarecilerinin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, EPDK tarafından yerlerine yeni atama yapılabileceğinin kabul edildiğine ilişkin hükümlere, dağıtım lisanslarında ve dağıtım lisansı sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Elektrik dağıtım şirketleri açısından, müdahaleye ilişkin hükme, esas sözleşmede yer verilme zorunluluğu olmaması durumunda, lisans başvurusu veya esas sözleşme değişikliği sırasında, dağıtım şirketinin esas sözleşmesinin bu hüküm açısından EPDK tarafından incelenmesi ve izin verilmesi sözkonusu olmayacaktır. Doğal gaz dağıtım şirketi açısından ise, durum tam tersidir. DPLY m.17 hükmü kapsamındaki hükmüne, dağıtım şirketinin esas sözleşmesinde yer verilip verilmediği hususu, lisans başvurusu veya esas sözleşme değişikliği sırasında EPDK tarafından incelenecek ve yer verilmediği hususunun tespit edilmesi halinde, lisans verilmesi veya esas sözleşme değişikliğine izin verilmesi sözkonusu olmayacaktır. Bu, değerlendirmeler ışığında, EPK m. 10/7, EPK m. 16/3, EPK m. 16/4 hükümlerinde düzenlenen müdahale TTK m.333 hükmü

³⁵⁰ Çelikdemir, a.g.m, s.1274,1275.

ile uyumlu gözükmektedir, DPLY m.17 hükmünün TTK m.332 hükmü ile uyumlu gözükmemektedir³⁵¹.

Bu durumun, TTK m.340 hükmündeki düzenleme bakımından, her iki piyasa açısından farklı sonuçlara ulaşmamıza neden olup olmayacağı hususuna da bakılması gerekmektedir. TTK m.340 hükmünde, diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı ifade edilmiştir. Doğal gaz dağıtım şirketinin DPLY m.17 hükmünde, hükümdeki hususların kabul edildiğine ilişkin esas sözleşmesine hüküm konması zorunlu olduğundan, hüküm, TTK m.340 karşısında, diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükmü olarak değerlendirilecek ve dayanak kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracak, yani daha önce de ifade ettiğimiz gibi TTK karşısında geçersiz olarak görülecektir. Elektrik dağıtım şirketleri açısından ise, EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 ve EPK m. 16/4 hükümlerinde düzenlenen müdahalenin dağıtım şirketinin esas sözleşmesinde hüküm olarak yer alması zorunlu kılınmamıştır. Ancak böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen, sözkonusu müdahalenin uygulanabilmesi için TTK açısından konuya ilişkin hükmün zorunlu olarak esas sözleşmeye konulması bir gerekliliktir. Bu durumda, esas sözleşmeye konulacak hüküm, TTK m.340 anlamında emredici hüküm olarak görülemeyecek ancak diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükmü olarak nitelendirilebilecektir.

Elektrik dağıtım şirketlerine atanan yönetim kurulu üyelerinin, dağıtım veya tedarik şirketinin pay sahiplerine karşı hukuki sorumlulukların ne olacağı sorusunun cevabı bulunmalıdır. EPK m.16/7 hükmünde, Kurulca, dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyelerin aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan davaların, atamayı yapan ilgili merci olan EPDK aleyhine açılmış sayılacağı ve bu davalarda husumetin EPDK'ya yöneltileceği ifade edilmiştir. Yargılama sonucunda, EPDK aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi sebebiyle EPDK'nın ödeme yapması hâlinde bu meblağın ilgililerinden, kusurlu olduklarına dair mahkeme kararının kesinleşmesi hâlinde, kusurları oranında rücu edileceği de belirtilmiştir. Doğal gaz

³⁵¹ Çelikdemir, a.g.m, s.1280,1281.

dağıtım şirketine yönelik olarak, DPK'da ve DPLY'de benzer mahiyette özel bir hüküm öngörülmemiştir. EPK'da, elektrik dağıtım veya tedarik şirketlerinin, DPK'da doğal gaz dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyelerin veya limited şirkete atanan müdürlerin hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin herhangi özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu noktada, TTK hükümlerine bakıldığında, anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Hem elektrik dağıtım şirketi, hem de doğal gaz dağıtım şirketi, yönetim kurullarına atanan üyelerin hukuki sorumlulukları için, TTK'nın m.549- m.554 arasında yer alan hükümleri doğrultusunda, sorumlular aleyhine TTK m.555 kapsamında pay sahipleri, TTK m.556 kapsamında pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından, TTK m. 561 hükmü gereği şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir. Sorumluluğa ilişkin hükümler kapsamında, dağıtım veya tedarik şirketindeki pay sahipleri veya şirket alacaklıları belirtilen TTK hükümleri kapsamında sorumlu oldukları görevden el çektirilen yönetim kurulu üyelerine karşı hukuki sorumluluk davasını EPK m.16/7 hükmünde belirtildiği şekilde üyelerin kendilerine değil, EPDK tüzel kişiliğine yönelteceklerdir. EPK m.16/7 hükmünün öncelikli olarak uygulanmasına, TTK m.330 teki özel kanun hükmüne uygulanma önceliği veren hükmü izin vermektedir. Ancak, EPK m.16/7 hükmü kapsamında söz konusu davanın EPDK aleyhine açılacağına ilişkin hüküm hem TTK hükümlerine hem de HMK hükümlerine yönelik bir müdahale olarak görülmektedir. EPK m.16/7 hükmü HMK'ya da aykırılık teşkil etmektedir. Zira, bir davada, davanın, taraf sıfatına yani husumet ehliyetine sahip olan kişiye yöneltilmesi gerekmektedir. EPK m.16/7 hükmüyle TTK gereği husumetin yöneltilmesi gereken yönetim kurulu üyelerinin davadaki taraf sıfatı alınmakta, hükmün getiriliş amacına, özüne ve lafzına aykırı olarak EPDK'ya aktarılmaktadır. Diğer yandan EPDK'nın tüzel kişiliğe sahip BİO niteliğinde bir kamu kurumu olduğu ve 4628 sayılı Kanunun m.12 hükmündeki işlemlerine karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılacağı düzenlenmiştir. TTK hükümleri kapsamında, yönetim kurulu üyeleri aleyhine ise özel hukuk hükümlerine tabi olarak, asliye ticaret mahkemesinde hukuki sorumluluk davası açılmaktadır. Bu durumda, yönetim kurulu üyesine açılacak davanın, EPDK aleyhine yöneltilmesi gerektiğine ilişkin hüküm karşısında, 4628 sayılı Kanunun m.12 hükmüne göre idare mahkemelerinde mi, yoksa TTK m. 561 hükmü gereği şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret

mahkemesinde mi açılacağı hususu da belirsizdir. Oysa, kanaatimce, TTK kapsamında düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının EPDK'ya yüklenerek, davanın, doğrudan EPDK aleyhine açılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi hukuken uygun bir çözüm değildir. EPK m.16/7 hükmü yerine, Kurulca dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyelerin aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan davaların sonucundan, EPDK'nın sorumlu olacağı şeklinde bir hüküm konulabilir, böylece hem TTK m.549-554 arasındaki yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına müdahale edilmemiş olurdu hem de atanan yönetim kurulu üyelerine hukuki koruma sağlanmış olurdu³⁵².

Yönetim kurullarına atanan üyelerin sorumluluğu, hukuki sorumlulukla sınırlı değildir. Üyelerin cezai sorumlulukları için TTK'nın m. 562 hükmü kapsamında ceza soruşturması süreci başlatılabilecektir. EPK m.16/7 hükmünde Kurulca dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyelerin aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan davaların, atamayı yapan ilgili merci olan EPDK aleyhine açılmış sayılacağı ve bu davalarda husumetin EPDK'ya yöneltileceği ifadeleri ve üyelere karşı hukuk-ceza davası ayrımı yapılmadığından, ceza davasının da açılabileceği gerçeği karşısında, ceza davasının da, EPDK (temsilcileri) aleyhine yöneltilmesi gerekecektir. EPK m.16/7 hükmü bu yönüyle de sorunludur. Zira ceza sorumluluğu kişisel bir sorumluluğa dayanan bir sorumluluk olduğundan, sorumluluğa yolaçan fiili işleyen üyenin yerine, EPDK(temsilcileri) aleyhine ceza davası açılmasının hukuken mümkün olup olmayacağı tartışma konusu olacaktır. Ayrıca, davanın EPDK aleyhine yöneltildiği takdirde, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu ceza hukukunda tartışmalı bir konu olduğundan³⁵³, düzenleme bu yönüyle de tartışmalı sonuçları doğuracaktır. Hukuki sorumluluğa ilişkin EPK olarak m.16/7 hükmü yerine, Kurul tarafında dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyelerin aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan davaların sonucundan EPDK'nın sorumlu olacağı şeklinde bir hüküm konulabileceği şeklinde önerimiz, cezanın şahsiliği ilkesi gereği yönetim kurulu

³⁵² Çelikdemir, a.g.m, s.1290 v.d.

³⁵³ Tartışmalar için bkz. M Yasin Aslan, "Türk Hukukunda Tüzel kişilerin Ceza Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, (2010), s.233-246; Duygun Yarsuvat, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu," Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999 s. 889-918; F. Eda Baysal, "Güvenlik Tedbirleri ve Kabahatler Hukukundaki İlkesel ve Fiili Sorunlar Karşısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 61, (Aralık 2014), Sayfa: 17-26.

üyelerinin cezai sorumlulukları açısından uygulanabilir değildir. Bu nedenle, önerdiğimiz hükümde hukuki-cezai sorumluluk açısından ayırım yapılması ve yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu konusunda, TTK m.562 hükmüne gönderme yapılmasının yeterli olacağı kanaatindeyim³⁵⁴.

Anonim şirkete ilişkin sözkonusu hükümler, TTK m.644/1-a ile d hükümleri gereği, hükümde belirtilen şartlarla limited şirketlerde de uygulanacaktır.

Son olarak, regülasyon kapsamındaki sözkonusu düzenlemelerin, elektrik ve doğal gaz hizmetinde sürekliliği sağlamak için, çeşitli tedbirler öngörmesi elbette gereklidir. Ancak bahse konu düzenlemelerin, mümkün olduğu ölçüde tüm şirketler gibi enerji şirketlerinin de tabi olduğu TTK sisteminin temellerini hedef alacak şekilde tedbirleri öngörmemesine ilişkin beklenti haklı bir beklentidir. Buna rağmen yukarıda değinilen tedbirlerin yukarıda ayrı başlıklar altında ele aldığımız birçok TTK hükmüne aykırı durumları doğurduğu, hatta sermaye şirketlerini, sorumluluk açısından şahıs şirketine dönüştürecek kadar TTK'nın temel sistemine müdahale teşkil edecek boyutta sonuçlara yol açtığı görülmektedir. Bu sonuçlardan kaçınmak için regülasyon adı altında, alınması gereken tedbirleri içeren ve sistematik bir görünümünden uzak TTK'ya aykırı dağınık düzenlemeler yerine, hali hazırda TMK ve TTK sistemince kabul görmüş müesseselerin uygulanmasını içeren düzenlemelerin öngörülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, regülasyon kapsamında, EPK'nın ve DPK'nın sözkonusu hükümlerinde belirtilen mevzuat ihlalleri, hizmetin aksadığının ve bahsedilen diğer durumlarının Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda, elektrik ve doğal gaz dağıtım şirketleri için, EPK m. 16/3, m.16/6 ve m.16/7 hükümleri ile DPK m.9 ile DPLY m.17 hükümleri kapsamında öngörülen tedbirlerden özellikle yönetim kurulu üyelerinin görevden alınarak yerine yeni üyelerin atanmasına ilişkin tedbirin yerine, öncelikle, şirketlere, TTK'da organ yokluğu halinde mahkemece tedbir olarak atanan yönetim kayyımının EPDK tarafından atanması öngören bir düzenleme yapılabilecektir. Atanacak kayyım, EPDK tarafından belirlendiğine göre, dağıtım

³⁵⁴ Çelikdemir, a.g.m, s.1292.

hizmetlerinin devamını sağlamak için EPDK'nın öngördüğü her türlü tedbiri alabilecektir. Böyle bir düzenlemenin ise, kayyım müessesesinin, TMK ve TTK sistemi tarafından istisnai de olsa, kabul edilmiş olması nedeniyle, hukuken daha uygun olacağı ve regülasyon ile TTK arasında oluşan yukarıda ele alınan aykırılıkları ortadan kaldıracacağı, TTK sistemiyle daha uyumlu bir regülasyon oluşturulmasına katkıda bulunacağı kanaatindeyim³⁵⁵.

5.2.4. Belediyelerin veya Şirketlerinin Doğal Gazın Şehiriçi Dağıtım Şirketlerinin Yönetiminin Oluşturulmasına Müdahalesi

Doğal gaz piyasası mevzuatında, elektrik piyasasında olduğu gibi, piyasa faaliyeti gösterecek şirkette görev yapacak yönetim kurulu üyelerinin, sahip olmaları gereken niteliklere yönelik doğrudan bir hüküm öngörülmemiştir. Ancak DPK m. 4/4-g hükmüne göre, Kuruldan dağıtım lisansı alan şehir içi dağıtım şirketi, yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini, sermaye koyma şartı aranmaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorunluluğu karşısında, belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması³⁵⁶ halinde, EPDK, TTK m.334 hükmüne göre, belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilmektedir. Bu hükümle, doğal gaz şehir içi dağıtım şirketinin yönetim kurulunun oluşturulmasına müdahale edilmektedir. Hükmün, belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı koymaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet edilmesi ve şirkete ortak olunmasına ilişkin kısmı, yukarıda sermaye yapısına yönelik müdahaleler kapsamında³⁵⁷ incelendiğinden, bu başlık altında konu dışında bırakılacak, inceleme, yalnızca doğal gaz dağıtım şirketinde yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, EPDK'nın TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını talep etmesine ilişkin kısımla sınırlı olacaktır.

³⁵⁵ Kayyım çözüm önerisinin ayrıntılı gerekçeleri için bkz. Çelikdemir, a.g.m, s.1292-1302.

³⁵⁶ Hükümde yer alan belediye veya belediye şirketinin en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması ifadesi ile ilgili görüşlerimiz için bkz. *3.2.3.2 Zorunluluğun TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları* başlığı altındaki açıklamalarımız, s.204 v.d.

³⁵⁷ Bkz. *Üçüncü Bölüm, 3.2.3. Doğal Gaz Dağıtım Şirketlerinde Sermaye Şartı Aranmaksızın Belediye Ve Belediye Şirketinin Ortaklığa Davet Edilmesi* başlığı altındaki değerlendirmelerimiz s. 203 v.d.

5.2.4.1. Müdahalelerin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

DPK m. 4/4-g hükmüyle doğal gaz şehir içi dağıtım şirketinin yönetim kurulunun oluşturulmasına müdahale edilmekte ve hükümde, TTK m.334 hükmünden bahsetmektedir. TTK m.334 hükmünde, Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinden birine, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı verilebileceği, bu şirketlerde pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, ancak bunlar tarafından görevden alınabileceği, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haiz olduğu, kamu tüzel kişilerinin, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumlu olduğu, tüzel kişinin rücu hakkının saklı olduğu hususlarının düzenlendiği görülmektedir. Görüldüğü üzere, özellikle doğal gaz şehir içi dağıtım şirketinin belediye veya şirketinin yönetim kurulunun temsili açısından DPK m. 4/4-g hükmünün, TTK'da yasal dayanağı bulunmaktadır.

Ancak TTK m.334'teki hüküm, DPK m.4/4-g'deki hükmün neden öngörüldüğüne dair ipuçları vermektedir. TTK m. 334 hükmünde, konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurulmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla, şehir içi doğal gaz dağıtım faaliyetinin de bir kamu hizmeti olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu hizmeti olarak görülmesi nedeniyle, özelleştirilmiş olsa da, şehir içi doğalgaz dağıtım şirketlerinde, belediye veya belediye şirketlerinden birinin, kamu temsilcisi olarak şirkete sermaye koyma zorunluluğu olmaksızın en az yüzde on pay sahibi olma belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilme hakkı tanınmış ve bir anlamda, şirket, faaliyetini sürdürürken kamu denetimine tabi kılınmıştır.

Belediye veya şirketinin, dağıtım şirketi tarafından DPK m.4/4-g hükmü doğrultusunda daveti kabul ederek ortak olması ancak yasal ifadeyle payın en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda olması veya hiç pay almayı kabul etmemesi hallerinde, EPDK tarafından, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılması, dağıtım şirketinden istenecektir. EPDK'nın dağıtım şirketinden yapması istediği gerekli düzenlemelere ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak bu düzenlemenin, şirketten pay almayan belediye veya şirketinin, TTK m.334 hükmü kapsamında dağıtım şirketinin yönetim kurulunda temsiline yönelik olduğu gözönüne alındığında, şirketten, bunun sağlanması için esas sözleşmesine hüküm konulmasını talep edeceği sonucu çıkarılmaktadır. DPK'da, özellikle DPK 4/4-g hükümdeki düzenlemeyi teyid edecek şekilde esas sözleşmeye hüküm konmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bu husus ancak EPDK tarafından dağıtım şirketine yöneltilecek idari bir taleple sağlanabilecektir. Herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın, salt regülasyon yetkisine sahip bir kurum olan EPDK'nın kararı veya talebiyle, dağıtım şirketinin esas sözleşmesine, DPK 4/4-g hükmünün uygulanmasını sağlayacak şekilde hüküm konması talebi ise, açık bir şekilde TTK m.333 ile m.340 hükümlerine aykırı olacaktır. Bu durumda, dağıtım şirketi, EPDK tarafından talep edilen belediye veya şirketinin, TTK m.334 hükmü kapsamında dağıtım şirketinin yönetim kurulunda temsili için esas sözleşmesine hüküm koymadığı takdirde de, bu eylemin, TTK açısından bir sonucu veya yaptırımını bulunmayacaktır.

DPK m.4/4-g hükmünde, belediye veya şirketinin belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, şirketin, durumu, EPDK'ya bildirmesi gerektiğinden ve bu durumda, EPDK tarafından, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını dağıtım şirketinden istemesinden bahsedilmektedir. Bu ifade karşısında, belediye veya şirketinin şehiriçi dağıtım şirketinin davetini kabul ederek yüzde on oranında (veya bedelini ödemek şartıyla bu orandan daha fazla) şirkete ortak olmayı kabul etmesi halinde, dağıtım şirketinin TTK m.338 hükmü kapsamında izin verilmiş olan tek ortaklı anonim şirket olarak kalması mümkün olmayacak, zorunlu olarak çok ortaklı bir şirket olacaktır.

Belediye veya şirketinin bu daveti kabul ederek ortak olması ancak yasal ifadeyle payın en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda olması veya hiç pay almayı kabul etmemesi hallerinde, EPDK tarafından, TTK m.334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılması dağıtım şirketinden istenecektir. Bu hüküm karşısında, belediye veya şirketinin dağıtım şirketinden hiç pay almaması halinde dahi, dağıtım şirketi tek üyeli yönetim kurulu oluşturamayacaktır. Zira, EPDK, şirketten pay almayan belediye veya şirketinin, TTK m.334 hükmü kapsamında dağıtım şirketinin yönetim kurulunda temsili için, dağıtım şirketinden gerekli düzenlemeleri yapmasını talep edecektir. Bu durumda, dağıtım şirketi, talep edilen gerekli düzenlemeleri yaptığı takdirde, şirketin yönetim kurulu üyesi sayısı en az iki olacak, böylece, DPK m.4/4-g hükmünün TTK'nın alanına yönelik sözkonusu müdahalenin yan sonuçlarından biri ortaya çıkmış olacaktır.

EPDK'nın TTK m.334 hükmüne göre belediyeye veya belediye şirketlerine, şirket yönetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılması talebi ile, şirket esas sözleşmesine, belirli sayıda yönetim kurulu üyelerinin belediyeye veya belediye şirketleri tarafından belirlenmesine ilişkin özel hüküm konması anlaşılmakta olup, piyasadaki doğal gaz dağıtım şirketlerinin esas sözleşmelerinde belirtilen amaca yönelik hükümler bulunmaktadır.

DPK 4/g hükmüne rağmen, yönetim kurulunda belediye veya belediye şirketlerinin temsilcisine yer verilmemesi durumunda, buna ilişkin işlemin TTK nezdinde geçerliliğinin nasıl olacağı konusu da irdelenmelidir. Aykırılık, şirket kuruluşunda tescil için sunulan esas sözleşme ile doğmuşsa, yukarıda ilgili başlık altında³⁵⁸ yapılan tartışmalar ışığında, bu konuda çeşitli ihtimaller sözkonusu olacaktır. Aykırılık, genel kurul kararı ile meydana gelmişse, bu durum, TTK m. 334 hükmü kapsamında esas sözleşmeye konulan düzenlemeye aykırı olacaktır. Bu durumda, esas sözleşmeye aykırılığın tespiti ile genel kurul kararının iptali için yargı yolu açık bırakılmıştır. TTK m. 445 hükmünde, m. 446 hükmünde belirtilen kişilerin³⁵⁹, kanun

³⁵⁸Bkz. 2. Bölüm 2.4.9 Esas Sözleşme ile İlgili Hükümlere Uymamanın TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları başlığı altındaki değerlendirmelerimiz s.148 v.d.

³⁵⁹ II - İptal davası açabilecek kişiler

veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilecekleri hususu düzenlenmiştir. Böylece, mahkeme kararıyla, yönetim kurulu seçiminin, esas sözleşmeye aykırılığı tespiti yapılacak, mahkeme kararının icrasıyla, genel kurul tarafından ilgili esas sözleşmeye uygun bir yönetim kurulu oluşturulması mümkün olacaktır. Diğer yandan, bu aykırılığın karşılaşıacağı yaptırımın butlan olduğunun ileri sürülemeyeceği fikrindeyiz. Zira, bahse konu aykırılık, TTK m. 447 hükmünde sınırlı olarak belirtilen butlan sebeplerinden biri olarak değerlendirilemeyecektir.

Şayet EPDK tarafından TTK m. 334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını istemesine rağmen TTK m. 334 hükmünde öngörüldüğü gibi esas sözleşmede buna ilişkin gerekli düzenlemeleri gerçekleştirmemiş olması halinde, bu durumun tescil aşamasında ortaya çıkma ihtimalinin de tartışılması gerekmektedir. Burada, DPK m.4/4-g hükmü, TTK m. 334 hükmüne gönderme yapmaktadır. EPDK, sözkonusu şirketin TTK m. 334 kapsamında belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını talep edebilecektir. EPDK'nın, esas sözleşmede değişiklik yapılmasını gerektiren böyle bir talepte bulunmuş olması durumunda, sicil müdürü, EPDK'nın bu karardan haberdar olup olamayacağı ile sözkonusu esas sözleşme değişikliğinin yapılıp yapılmadığını resen inceleyip inceleyemeyeceği hususu netleştirilmelidir.

Gerek DPK, gerekse EPK ile bu Kanunlara dayanarak çıkarılan ikincil mevzuat kapsamında, elektrik ve doğal gaz piyasalarında faaliyet gösterecek olan şirketlerce, belirli hususların, esas sözleşmeye hüküm olarak konulmasını ve bu hususlara ilişkin esas sözleşme değişiklikleri için EPDK'nın onayının gerektiği bilinmektedir. Bu

MADDE 446- (1) a) Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçiren,

b) Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula atılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri,

c) Yönetim kurulu

d) Kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri,

iptal davası açabilir.

nedenle, esas sözleşme değişikliğinin tescili sırasında, esas sözleşme değişikliklerinin, esas sözleşmede bulunan hükümlere uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediği ile EPDK onayını gerektirip gerektirmediği hususları, kararın tescili için yapılan başvuru sırasında, TSY'nin³⁶⁰ m. 71 hükmü doğrultusunda sicil memuru tarafından resen incelenmekte, belirtilen hususlara aykırılık halinde, sicil memuru, tescil talebini reddetme hak ve yetkisini kullanabilmektedir. Ancak burada, sicil memurunun, EPDK'nın, şirketten, TTK m. 334 kapsamında belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını talep ettiğine dair yazıdan haberdar olması mümkün gözükmemektedir. Böyle bir durumda, EPDK tarafından talep edilen düzenlemenin yer almadığı esas sözleşme değişikliğinin tescili kabul edilebilecektir.

5.2.5. Enerji Şirketlerinin Yönetim Yapısına Ve Organlarına Yönelik Hükümlere Aykırılığın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları

Enerji şirketlerinin yönetimine yönelik regülasyon müdahalelerine aykırılık halinde, yaptırımlar ve lisans iptali başlığını taşıyan EPLY m. 27/3 hükmünde, aykırılık halinde, aykırılığın giderilmesi için doksan gün süre verileceği, aykırılığın giderilmemesi halinde ilgili başvurunun, Kurul kararı ile reddedileceği belirtilmiştir. Hükümde, EPLY m.27/3 hükmünde belirtilenler dışında, lisans iptali ile ilgili olarak EPK m. 16 hükümlerinin uygulanacağı hususuna da yer verilmiştir. Lisans alındıktan sonra, böyle bir aykırılığın ortaya çıkması durumunda ise doğrudan bu hususa ilişkin bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, lisans iptali ile ilgili olarak EPK m. 16 hükümlerinin uygulanacağına yönelik hüküm doğrultusunda, EPK m. 16/f hükmünde yer alan, lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığı saptanması hâlinde lisansın iptal edileceğine yönelik düzenleme doğrultusunda, lisansın iptali sözkonusu olacaktır.

Enerji şirketlerinde yönetim kurulu üyelerinin tabi oldukları kanunda belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı hususunun kontrolünün, EPDK tarafından nasıl sağlanacağı hususunun da aydınlatılması gerekmektedir. EPDK tarafından yayınlanan kararla³⁶¹ ilan edilen *Ön Lisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması*

³⁶⁰ 27/01/2013 tarihli, 28541 sayılı RG.

³⁶¹ EPDK Kararı Sayı:7828, Tarih:10/5/2018

Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi ekinde Ek-3-a olarak adlandırılan ekte, lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve bu tüzel kişilikte doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerin yönetim kurulu üyelerinin limited şirket olması halinde müdürlerinin de EPK m.5/8 hükmü kapsamında yasaklı olmadığına ilişkin beyan belgesinin de sunulması zorunlu kılınmıştır. EPDK tarafından, EPK m.5/8 hükmü kapsamında yasaklı olan kişileri içeren bir sicil tutulmadığından, şirketlerin pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri arasında yasaklı olan kişiler olup olmadığının tespit edilebilmesi zor olacağından, konuya ilişkin lisans başvurusunda bulunan şirketten, beyan belgesi alınmaktadır. Beyanın içeriğinde, lisans başvurusunda bulunan şirket tarafından, sözkonusu bilgi, belgelerin doğru, eksiksiz ve tam olduğu, EPDK tarafından yapılacak inceleme ve değerlendirme neticesinde beyan kapsamında sunulan bilgi, belgelerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin tespit edilmesi halinde elektrik piyasasına ilişkin hükümler çerçevesinde şirkete uygulanacak idari işlemlere ilişkin yükümlülüklerin yerine getirileceği, aksi takdirde sorumluluğun şirkete ait olacağı, bu konuda herhangi bir hak ve tazminat talep etmeyeceği taahhüt ve kabul edilmektedir. Taahhüdün gerçeğe aykırı olması halinde, yukarıda belirtildiği şekilde, EPDK tarafından lisans sahibi şirkete, idari para cezası yaptırımının veya duruma göre lisansın iptali yaptırımının uygulanmasına karar verilecektir.

Dağıtım şirketinin, bağımsız hareket etmediği veya yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olmadığına EPDK tarafından belirlenmesi halinde, EPK'nın m.16-b hükmündeki, lisans sahibi şirketin, EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmamasının ihtar edileceği ve yapılan yazılı ihtar rağmen aykırı durumlarını devam ettirmeleri veya tekrar etmeleri halinde, şirkete, beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verileceği düzenlemesine bakılacaktır. Şayet, EPK m. 16- c hükmündeki lisans sahibi şirketin EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumu olarak nitelendirilmesi halinde, şirkete, ihtar gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verileceğine ilişkin yaptırım uygulanabilecektir. Yaptırımların uygulanması, aykırılık, şirket tarafından tesis edilen

yeni iş, işlem veya kararlarla giderilmediği sürece, aykırılığı ortadan kaldırmadığı gibi, sözkonusu iş ve işlemler ile aldığı kararları kendiliğinden geçersiz hale getirmeyecektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, elektrik piyasası açısından EPK m.16/3 EPK m.16/4 hükümleri, doğal gaz piyasası açısından da DPK m.9 ile m. 17 hükümleri tedbir mahiyetinde yaptırım niteliğindedir³⁶². Hükümlerde belirtilen ihtimallerin gerçekleşmesi halinde yaptırım, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin, idare edenlerin, ortaklar genel kurulunun bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek yerlerine atama yapılmasıdır. Böyle bir kararın, Kurulca alınması halinde, elektrik ve doğal gaz dağıtım şirketinin bu karara karşı ne yapabileceği sorusu akla gelmektedir.

Kurul kararları ile uygulanan idari yaptırımların yargısal denetime tabi olduğu, kararlara karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilmesi ve Kurul kararlarına

³⁶² Bu maddenin uygulanmasına örnek teşkil edecek bir uygulama son dönemde yaşanmıştır. Şöyle ki; 2010 yılında özelleştirilmek üzere ihaleye çıkarılan Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş., özelleştirmede en yüksek teklifi veren Yıldızlar SSS Holding bünyesindeki Eti Gümüş A.Ş.'ye verilmiş ve şirket hisseleri Holding bünyesindeki Dedeli Yatırım İnşaat Taahhüt Elektrik Dağıtım Sanayi Ticaret A.Ş. tarafından devralınmıştır. Daha sonra EPDK'nun dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrıştırılması doğrultusunda Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş.'nden ayrıştırılarak Osmangazi Elektrik Perakende Satış A.Ş şirketi kurulmuştur. Şirketlerin EÜAŞ'tan satın aldığı 120 milyon liralık borcu ödeyememesi nedeniyle EÜAŞ tarafından şirketlere ihbarname gönderilmesi ve EPDK'na mevzuatın bu durumda öngördüğü işlemleri gerçekleştirilmesi talebiyle resmi yazı yazılmasının ardından, EPDK, hem dağıtım, hem perakende şirketi hakkında soruşturma açarak savunma istemiştir. Mali durumu hakkında EPDK'ya savunma yapan Holding, bazı gayrimenkullerini satarak borçlarının bir bölümünü ödemiş ancak borcun tamamını kapatamamıştır. Bunun üzerine EPDK, “*Özel sektör tarafından işletilen elektrik dağıtım şirketleri, ilgili tüm taraflara karşı üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirerek, tüketicilere daha nitelikli ve kaliteli hizmet vermesi esasına göre faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu hükümler aykırı davranışlar halinde, dağıtım ve perakende satış faaliyetleri ile piyasa mekanizmasının işleyişinin sağlıklı olarak sürdürülebilmesi için ne tür tedbirler alınacağı 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve mevzuatımızla belirlenmiştir. Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş. ve Osmangazi Elektrik Perakende Satış A.Ş şirketlerinin 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16. Maddesi'nin 4. fıkrası gereğince faaliyetlerini yerine getiremediği belirlenerek, yatırımların devamlılığını sağlamak, tüketicilere nitelikli ve kesintisiz hizmet verilmesini sürekli kılmak gibi amaçlarla, tedbiren şirketlerin mevcut yönetim kurulu başkan ve üyeleri görevden el çektirilmiş ve yerlerine yeni atamalar yapılmıştır*” açıklamasını içeren bir karar alarak, şirketlerin yönetimine elkoymuştur. EPDK, üçü TEDAŞ'nden, ikisi EÜAŞ'tan, biri de dışarıdan olmak üzere altı üyeyi Şirketlerin yönetim kuruluna atamıştır. (Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, 01.12.2016 tarihli kararı) Tekrar satışa çıkarılan şirketler, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, 01.12.2016 tarihli toplantısında Osmangazi EDAŞ ve Osmangazi EPSAŞ'ın ana hissedarı Dedeli Yatırım İnşaat Taahhüt Elektrik Dağıtım Sanayi Ticaret A.Ş.'nin tüm hisselerinin, şirketleri devralmak için teklif veren ve bu teklifi uygun bulunan Zorlu Holdinge ait Zorlu Osmangazi Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devredilebilmesine onay vermiştir. Böylece, Türkiye'de ilk kez elektrik piyasasında bir dağıtım ve perakende satış şirketinin yönetimine el konulmuştur

karşı açılan her türlü davanın öncelikli işlerden sayılacağı, 4628 sayılı Kanunun m.12 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Kurul tarafından verilen dağıtım şirketi yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek, yerlerine Kurul tarafından atama yapılma kararına karşı idari yargı yoluna başvurulabilecektir. Davada, Kurul değil, tüzel kişiliğe sahip olan EPDK davalı olarak gösterilecektir.

Belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümlerle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmamak hakkı verilebileceğine ilişkin hükme aykırılık şu şekilde olabilir. Şirket, bu durumun mevcudiyetine rağmen durumu EPDK'ya bildirmemiş ve EPDK tarafından, TTK m. 334 hükmüne göre belediyeye şirket yönetim kurulunda temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını istemesine rağmen esas sözleşmede buna ilişkin gerekli düzenlemeleri gerçekleştirilmemiş olabilir. Bu durumda, şirket lisans başvurusu aşamasındaysa, DPLY'nin Ek-3 te *Tüzel Kişilerin Lisans Başvurusunda Sunması Gereken Belgeler*'in 3. Maddesi kapsamında tüzel kişilik ana sözleşmesinin, tüm tadiller işlenmiş son halinin, Ticaret Sicili Müdürlüğüne veya EPDK tarafından tasdiklenmiş bir nüshası veya tüzel kişilik ana sözleşmesinin ve tadillerinin ilan edildiği Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin aslı veya EPDK'ca ya da Ticaret Sicili Müdürlüğüne onaylı nüshalarının başvuru dilekçesi ekinde sunulmasının zorunlu olması nedeniyle, esas sözleşmesinde sözkonusu hükmün yer almadığı, Kurul tarafından tespit edilebilecek ve lisans başvurusu reddedilecektir. Bununla birlikte, esas sözleşmenin, DPK m.4/4-g hükmü gereği, EPDK tarafından talep edilen düzenlemeyi içermeyecek şekilde tescil edilmiş olması, şirketin bu şekilde faaliyetine devam edebileceği ve bu zorunluluktan kurtulacağı anlamına gelmemektedir. Zira, EPDK'nın elektrik ve doğal gaz piyasasını denetlemesi belirli bir dönem ve zaman ile sınırlı değildir. EPDK'nın piyasayı denetleme ve gözetleme görevi her an için devamlılık arz etmektedir. DPK m.4/4-g hükmü gereği, şirketten düzenleme yapılmasını talep eden EPDK, şirketten esas sözleşmesinde gerekli düzenlemeleri yapmasını talep edecek ve neticesinde sözkonusu düzenlemeleri yapıp yapmadığını görmek için, değişikliklerin tescil edildiğine dair esas sözleşme nüshasının ibrazını talep edecektir. Talep doğrultusunda ibraz edilmesi

halinde, Şirketin, esas sözleşmelerinde talep edilen düzenlemeleri yapıp yapmadığı hususu açıklığı kavuŐacak, sonuca göre EPDK, DPK ve DPLY kapsamında, yukarıda da bahsettiğimiz yaptırımların uygulanmasına karar verecektir.

Lisans alındıktan sonra, böyle bir aykırılığın ortaya çıkması durumunda ise doğrudan bu hususa ilişkin bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, yaptırımlar ile ilgili olarak DPK m. 9 hükümlerin uygulanacağına göre, aykırılığın derecesine ve türüne göre hükümde ihtar edilmesi, aykırılığın düzeltilmesi, idari para cezası verilmesi ya da DPK m. 9/g hükmünde yer alan, lisans verilmesine esas olan Şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığının veya bu Şartların baştan mevcut olmadığının saptanması hâlinde lisansın iptal edileceğine yönelik düzenlemeler doğrultusunda lisansın iptali söz konusu olabilecektir.

ALTINCI BÖLÜM

6. ENERJİ ŞİRKETLERİNE YÖNELİK DİĞER REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

6.1. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE BİRLEŞME VE BÖLÜNME

6.1.1. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Birleşme ve Bölünme

TTK m. 134 hükmünde, TTK m.134 - m.194 arasındaki birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerin tüm ticaret şirketlerine uygulanacağı belirtilmiştir. Maddenin devamında, diğer kanunların, bu Kanunun 135 ilâ 194 üncü maddelerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Birleşme, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin hükümler, tüm ticaret şirketlerine uygulanacak olması nedeniyle, TTK m. 135 hükmünde, maddelerde kullanılacak kavramların her bir şirket türü için ne anlamda geldiği belirtilmiştir.

TTK m. 136 hükmünde şirketlerin birleşmelerinin ne şekilde gerçekleşebileceği hususu düzenlenmiştir. Hükme göre, şirketler, ya bir şirketin diğerini devralması (devralma şeklinde birleşme) ya da, yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri (yeni kuruluş şeklinde birleşme) yoluyla birleşebileceklerdir³⁶³. Hükümün devamında, birleşmenin, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca

³⁶³Ufuk Ünlü, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi ve Bölünmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, s.323; Ufuk Ünlü, "Sermaye Şirketlerinin Birleşmesi, Birleşme Türleri, Birleşme Nedenleri ve Kolaylaştırılmış Şekilde Birleşme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 133, (Eylül 2017), s.107-116, s.109 ; Aybüke Demir, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacakların Teminat Altına Alınması", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, (Aralık 2014), s.17-34, s.20; Kayıhan, a.g.e, s.87; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, Ortaklıklar Hukuku, p.141e,s.100; İbrahim Eldem, Anonim Şirketlerde Birleşme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, (Eylül 2001), s.956,957.

kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşeceği hususuna yer verilmiştir³⁶⁴. Birleşmeyle, devralan şirketin, devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralacağı, birleşmeyle devrolunan şirketin sona ereceği ve ticaret sicilinden silineceği ifade edilmiş, ayrıca birleşme sözleşmesinde TTK m.141/2 hükmü anlamında ayrılma akçesinin de öngörülebileceği hususu belirtilmiştir³⁶⁵.

TTK ticaret şirketleri arasında gerçekleşecek tüm birleşmeleri geçerli olarak kabul etmemektedir. TTK'na göre TTK m. 137 hükmünde belirtilen şirket birleşmeleri geçerli birleşmeler olarak kabul edilmektedir. Hükme göre, sermaye şirketleri; başka sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla³⁶⁶, kolektif ve komandit şirketlerle birleşebilirler. Şahıs şirketleri; başka şahıs şirketleriyle,

³⁶⁴ Düzenlemenin dilinin, sanki iki şirketin birleşebileceği şeklinde anlaşıldığı, oysa ikiden fazla şirketin de birleşmesine yasal bir mani olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. (Bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e, s.53,54; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.141e, s.100) Dolayısıyla hükümdeki birleşmenin yasal tanımı, ikiden fazla şirketin de birleşebileceği hususu dikkate alınarak anlaşılmalıdır.

³⁶⁵ Kayıhan, a.g.e, s.88; Ünlü 2017, a.g.m, s.109; Birleşmenin, yatay birleşme, dikey birleşme ve karma birleşme olarak sınıflandırıldığı görülmektedir. Birleşmenin, ölçek ekonomilerinden yararlanma, işletmelerde sinerji yaratma, çeşitlendirme, psikolojik nedenler, vergisel avantajlar gibi nedenlerle yapıldığı ifade edilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlü 2017, a.g.m, s.107-116.; Birleşme ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e, s.54.; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.24-15, s.685; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.63,64.; Demir, a.g.m, s.20; Ünlü 2017, a.g.m, s.109; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.141e ,s.107; Eldem, a.g.m, s.955.

³⁶⁶ Sermaye şirketlerinin ancak devralan şirket olması şartıyla şahıs şirketleriyle birleşebilmelerine yönelik kısıtlayıcı düzenlemenin nedeni madde gerekçesinde, sınırsız sorumlu bir şirketin, sınırlı sorumlu şirketi devralmasının yasa tarafından uygun görülmemesi olarak açıklanmıştır. Bu kısıtlama öğretilde eleştirilmiştir. *Yazıcı*, her ne kadar gerekçede şirket ortaklarının sorumluluk yapılarındaki farklılık sebebiyle şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerini devralmalarının uygun görülmediği ifade edilmekteyse de, böyle bir birleşmede sermaye şirketinin alacaklısı açısından bakıldığında, alacağın elde edilmesinin daha etkili bir güvenceye kavuşmakta olduğunu, zira sermaye şirketinin alacaklısının alacağın temini için daha önce şirket ortaklarına müracaat etme hakkına sahip değilken, devralan şahıs şirketinin sınırsız sorumlu ortaklarına müracaat edebilme imkanına eriştiğini, bu nedenle belirtilen gerekçenin birleşmeye engel olmaması gerektiğini, her ne kadar böyle bir birleşmenin sermaye şirketinin ortakları açısından olumsuz bir sonuç doğuracağı ileri sürülse de, bu olumsuz sonuç nedeniyle birleşmeye rıza göstermeyen sermaye şirketi ortağına, ortaklık ilişkisinden ayrılma imkânı tanınarak bu sakıncanın önüne geçilebileceğini belirterek, böyle bir kısıtlamanın yerinde olmadığını savunmaktadır. (Bkz. Hakkı Alper Yazıcı, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Şirket Birleşmeleri”, TAAD, Sayı:14, (Temmuz 2013), s.807-840, <http://www.taa.gov.tr/yayin/etiket/sirketler-hukuku/> (Erişim Tarihi: 23.04.2018).; *Moroğlu* da aynı şekilde şahıs şirketinin devralan olarak sermaye şirketiyle birleşmesi halinde, sermaye ve şahıs şirketinin alacaklarının güvencelerinin azalmayacağını aksine devralan sınırlı sorumlu ortaklığın şirket borçlarından sorumlu tutulmayan ortakları şahıs şirketinin sınırsız sorumlu ortaklarına dönüşeceklerinden alacaklıların güvencesinin artacağını, bu açıdan bakıldığında, Kanundaki birleşme sınırlaması veya yasağın anlamsız olduğunu bu şekilde bir devralma sözkonusu olduğu takdirde, bu durumun doğuracağı sakıncaların birleşmelerin yasaklanması yoluyla değil, Alman hukukunda olduğu gibi şahıs şirketi tarafından alınacak olan sermaye şirketi ortaklarına paylarının rayiç değerinin peşin olarak ödenmesi suretiyle şirketten çıkma hakkının tanınması suretiyle giderilmesi gerektiğini belirtmektedir. (*Moroğlu* 2016, a.g.e, s.93; Aynı yönde görüş için bkz. Necla Akdağ Güney, “Türk Ticaret Kanun Tasarısı Sempozyumuna Sunulan Tebliğ”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı I, s.499 v.d.

devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle birleşebilirler. Kooperatifler; başka kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle birleşebilirler³⁶⁷. Şirket türlerinden bağımsız olarak, TTK m. 138 hükmü gereği malvarlığı dağıtımına başlanmamış olmak şartıyla tasfiye halindeki bir şirkete ve TTK m. 139 hükmü doğrultusunda sermayesi ile kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlardan dolayı kaybolan veya borca batık durumdaki şirkete de, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe, tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşme imkanı verilmiştir

TTK m. 152 hükmü kapsamında, birleşmeye katılan şirketler tarafından TTK m. 151 hükmü gereği şirketlerin yönetim organlarıncı belirtilen yetersayılara uymak koşuluyla birleşme kararı alınır alınmaz, yönetim organları, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvurur. Birleşme kapsamında devrolunan şirket, birleşmenin ticaret siciline tescili ile infisah edecektir. TTK m. 153 hükmüne göre, birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır. TTK m. 154 hükmünde belirtildiği üzere, birleşme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Tescille birlikte, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer. Devrolunan şirketin ortakları devralan şirketin ortağı olur. Birleşmenin, rekabete yönelik olumsuz sonuçlar doğurması ihtimaline karşılık, TTK'da belirtilen birleşme sürecinden bağımsız olarak RKHK hükümlerinin saklı tutulduğu görülmektedir. Birleşme konusunda sermaye şirketlerinin birleşmesine özel olarak bazı kolaylıklar TTK m.155 kapsamında öngörülmüştür. Bu usul, bazı prosedürlerin yerine getirilmeksizin birleşmenin sonuçlandırılabilceği bir usul olup, kolaylaştırılmış birleşme usulü olarak isimlendirilmiştir. Kolaylaştırılmış birleşme usulünde sağlanan kolaylıklar TTK m. 156 hükmünde düzenlenmiştir³⁶⁸.

Birleşme işleminin çeşitli hukuki sonuçları mevcuttur. Sorumluluk açısından birleşmenin sonuçları TTK m. 157 ile m.158 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu

³⁶⁷Kayihan, a.g.e, s.88; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.141f,s.100; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.65; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.66 v.d.; Hülya Coştan, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Kararları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s.21.

³⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlü 2015, a.g.m, s.115 v.d.

sonuçlar, tasfiyesiz geçiş, birleşme öncesi borçlardan sorumluluk, alacaklıların korunması, çalışanların korunması başlıkları altında toplanmaktadır³⁶⁹.

Ticaret şirketlerinin bölünmesi³⁷⁰ TTK m.159-m.179 arasındaki hükümlerle düzenlenmiştir. TTK m. 134/2 hükmündeki diğer kanunların TTK'ya aykırı olmayan hükümlerinin saklı tutulmasına ilişkin sınırlandırma, bölünme açısından da geçerlidir. Bölünme, TTK m. 159 kapsamında tam veya kısmi olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Hükme göre, tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Kısmi bölünmede ise, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur³⁷¹.

TTK m. 160 hükmünde sermaye şirketleri ve kooperatiflerin sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilecekleri belirtilmiştir. Hükmün Gerekçesinde de belirtilen açıklama doğrultusunda sermaye şirketleri, başka tür sermaye şirketine veya kooperatife, kooperatifler de, kooperatife veya sermaye şirketlerine bölünebileceklerdir. Görüldüğü üzere, şirket birleşmesinde farklı türlere birleşme imkanı tanınmışken, bölünme de bu imkan yalnızca sermaye şirketleri ve

³⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, a.g.m, s. 20 v.d; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.68,69 2019; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.24-96, 24-97, s.720 v.d; Kayıhan, a.g.e, s.96,97; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.85,86; Ünlü 2014, a.g.m, s.325, 326.

³⁷⁰ Bölünme nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Çebi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s.8-13.

³⁷¹Pulaşlı 2013, a.g.e, s.100, 101; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, s.148, 149.; Ünal Tekinalp, "Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 Sayılı Kanunun İşlerliği", Mükellefin Dergisi, 2001, Sayı: 106, s.31; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.69,70; Çebi 2010, a.g.e, s.15; Kayıhan, a.g.e, s.98,99; Ünlü 2014, a.g.m, s. 323-330; Kadir Özdemir "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sermaye Şirketlerinde Bölünme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 55, (Mart 2011), Sayfa: 33-36;Yavuz Akbulak "Anonim Şirketlerde Bölünme: Yeni TTK, KVK ve SPK Düzenlemeleri, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 59, (Temmuz 2011), s.14-19; Sevgi Epçeli, "TTK Tasarısı'nın Bölünmeye İlişkin Maddeleri", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 84, Sayı: 1, (Ocak 2010), s. 193-216; Senem Saraç, "Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerin Birleşmesinde veya Bölünmesinde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayıları Düzenlemesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 69, (Mayıs 2012), s. 30-32; Rüknettin Kumkale, "Sermaye Şirketlerinde Bölünme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 44, (Nisan 2010), s.291-299.

kooperatiflerle sınırlı tutulmuştur. Bu hükme göre, şahıs şirketlerinin sermaye şirketine, sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine bölünmesinin yolu kapatılmıştır³⁷².

Bölünmenin unsurlarını ele aldığımızda, malvarlığının tamamen, veya kısmen bölünmesi, tasfiye yapılmaması, bölünen şirkete veya ortaklara pay ve haklarının verilmesi gibi unsurlarla karşılaşmaktayız³⁷³. Bölünme usulü, birleşmede izlenen usule oldukça benzemektedir.

TTK m. 179 hükmü kapsamında, bölünme kararının onaylanmasıyla, bölünmeye katılan şirketler tarafından bölünme kararı alınır alınmaz, yönetim organları, bölünmenin tescili için ticaret siciline başvurur. Kısmi bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması gerekiyorsa buna ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilir. Tam bölünme halinde devreden şirket, bölünmenin ticaret siciline tescili ile infisah edecektir. Bölünme, ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanır. Tescille birlikte, tescil anında envanterde yer alan bütün aktif ve pasifler kendiliğinden devralan şirkete geçer.

Bölünme, çeşitli hukuki sonuçları mevcut olan bir işlemdir. Sorumluluk açısından bölünmenin sonuçları TTK m. 174 ile m.178 arasındaki hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamdan, sözkonusu hükümlerde bölünecek şirket alacaklılarının korunmasına yönelik hükümler öngörüldüğü görülmektedir. Devrin iş hukuku açısından sonuçlarına ilişkin olarak, birleşmeye de uygulanacak olan TTK m.178 hükmü uygulanacaktır.

TTK m. 191 hükmünde, birleşme ve bölünme ile tür değiştirmeye uygulanmak üzere ortak hükümler öngörülmüştür. Birleşmede, bölünmede ve tür değiştirmede herbir ortağın uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebileceği hususu ile TTK m.134 ilâ m.190 hükümlerinin ihlali hâlinde birleşme, bölünme ve tür değiştirme

³⁷²Moroğlu 2016, a.g.e, s.102,103. Çebi 2010, a.g.e, s.23; Epçeli, a.g.m, s. 196,197; Özdemir K, a.g.m, s.34; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.105; Kayıhan, a.g.e, s.99; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.71;Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.160, s.147; Çebi 2010, a.g.e, s.15.

³⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e, s.70.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, s.149-154.; Pulaşlı 2013, a.g.e, s.105; Çebi 2010, a.g.e, s.23-26;Ünlü 2014, a.g.m, s. 328 v.d; Akbulak 2011, a.g.m, s.16,17.

kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş ortakların karara karşı iptal davası açabileceği hususu düzenlenmiştir.

Enerji şirketlerinde, şirketlerin bölünme ve birleşmesine yönelik özel hükümler öngörülmüş olması ve tür değiştirmeye yönelik hükümler öngörülmemiş olması nedeniyle, bu başlık altında sadece bölünme ve birleşme ele alınacak, tür değiştirmeye değinilmeyecektir.

6.1.2. Enerji Şirketlerinde Birleşme, Bölünmeye Yönelik Müdahaleler

6.1.2.1. Elektrik Şirketlerinde Durum

EPLY m. 19/4 hükmünde, önlisans, EPLY'de belirtilen istisnalar dışında, lisans alınıncaya kadar, veraset ve iflas nedenleri dışında, önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması durumunda, EPK m.16/1 ve 16/2 hükümleri çerçevesinde, iptal edileceği belirtilmiştir. Aynı hükmün, EPLY m.19/6 hükmü kapsamında YEKA için verilen önlisans sahibi şirketler için de kabul edildiği görülmektedir.

EPLY m.5/3 hükmünde, lisansın devredilemezliği vurgulanmakla birlikte, maddede belirtilen durumlarla, lisans sahibi bir tüzel kişinin, EPLY kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, TTK uyarınca birleşme veya bölünme yoluyla, EPLY m. 59 hükmü çerçevesinde başka bir tüzel kişiye devredebileceği, bunun lisans devri sayılmayacağı belirtilmiştir.

EPLY m. 59 hükmünde elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin birleşme ve bölünmesine uygulanmak üzere özel bir hüküm öngörülmüştür. EPLY 59/1 hükmünde, öncelikle lisans sahibinin kendi veya diğer bir tüzel kişi bünyesinde tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmek istemesi halinde, birleşme işlemi hakkında, birleşme işlemi gerçekleşmeden önce, Kurul onayının alınmasının zorunlu olduğu hususuna yer verilmiştir.

EPLY 59/2 hükmünde, lisans sahibi bir tüzel kişinin tam veya kısmi olarak bölünmek istemesi halinde de, bölünme işlemi hakkında, bölünme işlemi gerçekleşmeden önce, Kurul onayının alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

EPLY 59/3 hükmünde, birleşme ve bölünmeye ilişkin başvurularda, başvuru dilekçelerine eklenecek bilgi ve belgelere ilişkin açıklamaların başvuru formunda veya Kurulca onaylanan “*Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi*” nde yer aldığı belirtilmiştir. Söz konusu listeye göre, birleşme ve bölünme amacıyla yapılacak onay başvurularında, belirtilen diğer belgelerle birlikte, birleşme veya bölünme sözleşmesi taslağının, birleşme veya bölünme hakkında, tüzel kişilerin yönetim kurullarından alınmış karar örneklerinin, devralan tüzel kişinin birleşme veya bölünme sonrası esas sözleşme taslağının ve birleşme veya bölünmeden beklenen amaçlar ile ekonomik ve işletmeye ilişkin sonuçları değerlendiren raporun ve belirtilen belgelerin sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Birleşme/bölünme işleminin gerçekleştirilmesinden sonra ise, Kuruma yapılacak başvurularda, belirtilen diğer belgelerle birlikte birleşme veya bölünmenin gerçekleştiğini gösteren belgelerin (Söz konusu işlemin gerçekleştiğine ilişkin TTSG'nin, sermayesi ile nihai ortaklık yapısını ortaya koyan belgeler) sunulması gerektiği belirtilmiştir.

EPLY 59/4 hükmünde ise, birleşme veya bölünme sözleşmesi taslağının, tüketicilerin hak ve alacaklarını ihlal eden hükümler ile lisans sahibi tüzel kişinin yükümlülüklerini kaldıran hükümler içermeyeceği, birleşme veya bölünme sözleşmesi taslağında, asgari olarak, birleşme veya bölünme sonrası hangi tüzel kişi ya da kişilerin hükmi şahsiyetinin sona ereceğine yer verilmesi gerekmektedir.

EPLY m.59/6 hükmünde, birleşme veya bölünme izni için EPDK'ya yapılan başvurularda, hükümdeki bilgi ve belgelerin isteneceği ifade edilmiş olup *Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi*'nde yer alan ve birleşme veya bölünme öncesi talep edilenlerle söz konusu belgeler aynen buraya da alınmıştır.

EPLY m.59/6 hükmünde, devralan tüzel kişinin birleşme veya bölünme sonrası oluşan sermayesinin, bu Yönetmelikte öngörülen sermaye koşulunu sağlamasının zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

EPLY m. 59/7 hükmünde ise, birleşme ve bölünme işleminin tamamlanması için azami bir süre öngörülmüştür. Hükme göre, izin verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, birleşme veya bölünme işlemi tamamlanmadığı takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bu durumda, Kurul kararı ile yeniden izin almaksızın birleşme işlemlerine devam olunamayacaktır.

EPLY m. 59/8 hükmünde Kurul onayının, bu Yönetmelik kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla verileceği, ifade edilmiştir. EPLY m. 59/9 hükmünde ise, birleştirme veya bölünme işlemine onay verilmesine ilişkin Kurul kararının, ilgili kurum veya kuruluşlara bildirileceği hususuna yer verilmiştir.

EPLY m. 59/10 hükmünde birleşme veya bölünmeye onay verilmesi kararında herhangi bir yükümlülüğe yer verilmesi halinde söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi için süre tayin edileceği, süresi içerisinde yükümlülükleri yerine getiren tüzel kişiye, eskisinin devamı mahiyetinde yeni üretim lisansı verileceği, yükümlülüklerin mücbir sebep halleri dışında öngörülen süre içerisinde yerine getirilememesi halinde ise, onay işleminin Kurul kararıyla iptal edileceği belirtilmektedir.

EPLY m. 59/11 hükmünde de, DSİ tarafından yeniden yapılan havza planlamaları çerçevesinde, birden fazla projenin kotunun ve/veya sahasının kısmen veya tamamen değişmesine bağlı olarak Kurul tarafından uygun bulunması halinde, önlisans sahibi tüzel kişilerin bu madde kapsamındaki birleşme veya bölünme taleplerine izin verilebileceğine yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelere ek olarak, elektrik piyasası faaliyetlerini özelleştirilmesi nedeniyle, vergi düzenlemeleri başlığı taşıyan EPK Geçici Madde 3 hükmünde de, şirket birleşme ve bölünmesinden bahsedildiği görülmektedir. Hükme göre, elektrik dağıtım şirketleri ile elektrik üretim tesis ve/veya şirketlerinin

özelleştirilmesi çalışmaları kapsamında; 31/12/2023 tarihine kadar yapılacak devir, birleşme, bölünme, kısmi bölünme işlemleriyle ilgili olarak ortaya çıkan kazançlar, kurumlar vergisinden müstesnadır. Bu madde kapsamında yapılacak işlemler nedeniyle zarar oluşması hâlinde, bu zarar kurum kazancının tespitinde dikkate alınmaz. Yapılan bu bölünme işlemleri, 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında yapılan bölünme işlemi olarak kabul edilir. Maddenin devamında, dağıtım faaliyeti ile perakende satış faaliyetlerinin ayrıştırılması işlemlerinin, EPK'ya istinaden belirlenen usul ve esaslar dâhilinde, kayıtlı değerler üzerinden yapılması şartıyla, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında yapılan bölünme işlemi sayılacağı ifade edilmiş ve hukuki ayrıştırmanın yapılması teşvik edilmiştir.

6.1.2.2. Doğal Gaz Şirketlerinde Durum

DPK'da doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin birleşme veya bölünmesine yönelik genel bir hüküm bulunmamaktadır.

DPK m. 4/4-g-6 hükmünde, doğal gazın şehiriçi dağıtım faaliyeti kapsamında şirketlerin birleşmesine yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükme göre, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin talep etmesi ve Kurulun teknik ve ekonomik olarak uygun bulması durumunda dağıtım bölgeleri tek bir lisans altında birleştirilebilir veya mevcut dağıtım bölgeleri birden fazla lisans sahasına bölünebilir. Dağıtım şirketlerinin birleşme taleplerine ilişkin başvuruların değerlendirilmesinde, işletme verimliliği açısından şebeke bütünlüğü ve bölgesel yakınlık dikkate alınır. Uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

DPK'nın rekabetin korunması ve geliştirilmesine ilişkin esaslara dair olarak m. 7/1 hükmünde de şirketlerin birleşmesine yönelik ifadeler bulunmaktadır. Hükümde, 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı RKHK'da öngörülen rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, birleşme ve devir almaya ilişkin hususların, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere de uygulanacağı ifade edilmiştir. Aynı hükmün, DPLY m.31/h hükmünde de aynen yer aldığı görülmektedir.

DPK'ya dayanarak çıkarılan DPLY'de doğal gaz şirketlerinin birleşmesine yönelik hükümlerin olduğu görülmektedir. Ancak, birleşme ve payların devri hususlarının DPLY'de ayrı ayrı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, bölünme hususunun düzenlenmediği görülmektedir.

DPLY m.5 hükmüne göre lisanslar hiçbir surette devredilemez. Ancak, tüzel kişilerin birleşmesi neticesinde, tüzel kişiliği sona eren tüzel kişi veya kişilerin sahip olduğu lisanslar, külli halefiyet yoluyla devralan tüzel kişiye geçer. Kurum tarafından DPLY m. 43 hükmü kapsamında yapılacak inceleme neticesinde, devralan tüzel kişinin lisans sahibi olmasına engel bir durum olmadığına Kurul tarafından karar verilmesi halinde, ilgili lisanslar, devralan tüzel kişi adına tadil edilir. Bu durum, lisansların devri anlamına gelmemektedir. Görüldüğü üzere, DPK ve DPLY hükümleri, piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin başka şirketlerle birleşmesini kabul etmiş olup, devralan tüzel kişinin lisans sahibi olmasına engel bir durum olmadığına Kurul tarafından karar verilmesi şartıyla, lisansın külli halefiyet gereği birleşen şirkete geçeceği açıkça ifade edilmiştir.

DPLY m.43 hükmünde, şirketlerin birleşmesi hususu düzenlenmiştir. Hükme göre lisans sahibinin başka bir lisans sahibi ya da, lisans sahibi olmayan bir tüzel kişi ile tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmek istemesi halinde, birleşme işlemi gerçekleşmeden önce Kurulun onayı alınması zorunludur. Kurulun onayı ile birleşmeye izin verildiği takdirde, izin, EPDK'nın internet sayfasında duyurulur. Hükümün devamında, birleşme işlemine izin verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, birleşme işlemi tamamlanmadığı takdirde, verilen iznin geçersiz olacağı hususu ifade edilmiştir. Bu durumda, Kurul onayı ile yeniden izin almaksızın birleşme işlemlerine devam olunamayacağı da belirtilmiştir.

DPLY m.43 hükmünün devamında, birleşme sözleşmesinin, tüketicilerin hak ve alacaklarını ihlal eden hükümler ile lisans sahibi tüzel kişinin yükümlülüklerini kaldıran hükümler içermeyeceği düzenlemesi de yer almaktadır.

Doğal gaz piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin birleşmesine ilişkin DPLY m.43 hükmünün, EPLY m. 59 hükmünden belirli noktalarda daha detaylı düzenlemeler

içerdiği görülmektedir. EPLY m.59 hükmünde birleşme sözleşmesinin özel olarak hangi hususları içereceğine yönelik hüküm yokken, DPLY m.43 hükmünde birleşme sözleşmesinde asgari olarak aşağıdaki hususların hüküm altına alınacağı ifade edilmiştir.

- a) Birleşme için öngörülen aşamalar,
- b) Birleşme sonrası hangi tüzel kişi ya da kişilerin hükmi şahsiyetinin sona ereceği,
- c) Devralan tüzel kişinin birleşme sonrası oluşan sermayesinin, bu Yönetmelikte öngörülen asgari sermayeden az olması halinde; aradaki farkın, devralan tüzel kişi tarafından, birleşme işleminin tamamlanmasından itibaren yüz gün içerisinde ödeneceğine ilişkin taahhüt,
- ç) Devralan tüzel kişinin, birleşme sonucu devralınan diğer tüzel kişi veya kişilerin külli halefi olduğu.

DPLY m.43 hükmünde ayrıca, birleşme izni için EPDK'ya yapılan başvurularda;

- a) Birleşme sözleşmesi tasarısı,
- b) Birleşme sözleşmesi tasarısı hakkında, TTK'nın birleşmeye ilişkin hükümleri çerçevesinde, tüzel kişilerin yetkili organlarınca alınmış karar örnekleri,
- c) Devralan tüzel kişinin birleşme sonrası ana sözleşme taslağı,
- ç) Birleşmeden beklenen amaçları değerlendiren bir rapor.

bilgi ve belgelerinin isteneceği belirtilmiştir.

DPLY m.43 hükmüne göre hükmi şahsiyeti sona erecek olan tüzel kişinin lisans sahibi olması halinde, sahip olduğu lisans veya lisansların, devralan tüzel kişi adına tadil edilmesine ilişkin inceleme, birleşme talebinin, Kurulun onayına sunulması öncesinde, aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde EPDK tarafından yapılacaktır.

a) Devralan tüzel kişinin, ilgili mevzuat kapsamında, söz konusu lisans veya lisanslara sahip olmaya esas şartları taşıması zorunludur. Bu çerçevede, EPDK tarafından yapılacak başvuruda devralan tüzel kişi tarafından;

- 1) Yönetmelik Ek-3'ün ilk 9 maddesinde belirtilen bilgi/belgeler ile,

2) Külli halefiyet yoluyla sahibi olacağı lisans/lisanslar kapsamındaki faaliyet/faaliyetlere ilişkin olarak ilgili mevzuata uyacaklarına ve diğer mevzuattan kaynaklanan izin, ruhsat, onay alma gibi yükümlülükleri yerine getireceklerini, aksi takdirde sorumluluğun taraflarına ait olacağına dair taahhütnamenin, sunulması gerekmektedir.

b) Devralan tüzel kişinin ana sözleşmesinin Yönetmelikte öngörülen tüm şartları içermesi zorunlu olduğundan, birleşme işlemine onay verilmeden önce, EPDK tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucu tespit edilen eksiklikler ile varsa yerine getirilmesi gereken yükümlülükler devralan tüzel kişiye yazılı olarak bildirilir. Devralan tüzel kişi tarafından, söz konusu eksiklikler ile yükümlülüklerin yerine getirildiğine dair bilgi/belgeler, lisans tadil talebi ve lisans tadil bedelinin EPDK hesabına yatırıldığına dair dekont ile birlikte EPDK'ya ibraz edilir.

c) EPDK tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme Kurula sunulur. Birleşme onay talebi ile birlikte, hükmi şahsiyeti sona erecek olan tüzel kişinin sahip olduğu lisansların devralan tüzel kişi adına tadil edilmesi talebi, aşağıda belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak Kurul kararıyla sonuçlandırılır;

- 1) İlgili mevzuatta öngörülen amaçlara uygunluk,
- 2) Tüketici haklarının korunması ile rekabetin ve piyasanın gelişimine olan etki,
- 3) Tüzel kişinin ve/veya ortaklarının mali gücü ve finansman kaynakları,
- 4) Tüzel kişinin ve/veya ortaklarının; varsa, yurt içi ve yurt dışı piyasalardaki deneyim ve performansı.

ç) Kurul tarafından söz konusu taleplerin reddedilmesi halinde, lisans tadil bedeli ilgili tüzel kişiye iade edilir.

Maddede, son olarak, hüküm kapsamında getirilen yükümlülüklerin, lisans sahibi tüzel kişilerin ana sözleşmelerinde ve ilgili lisanslarında yer alacağı hususuna yer verilmiştir. Nitekim, DPLY eki olan *Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler*'de, DPLY m.43 hükmünde tüzel kişilerin birleşmesi açısından

öngörülen hükümlerin derc edilmesi gerekliliği hususunun da yer aldığı görülmektedir.

DPLY’de birleşmeye ilişkin başka bir takım hükümlerin de olduğu görülmektedir. DPLY m. 28 hükmünün ise dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin talep etmesi ve Kurulun teknik ve ekonomik olarak uygun bulması durumunda dağıtım bölgelerinin tek bir lisans altında birleştirilebileceği veya mevcut dağıtım bölgelerinin birden fazla lisans sahasına bölünebileceği, dağıtım şirketlerinin birleşme taleplerine ilişkin başvuruların değerlendirilmesinde, işletme verimliliği açısından şebeke bütünlüğü ve bölgesel yakınlığın dikkate alınacağı hususlarını içerdiği ve DPK m. 4/4-g-6 hükmünün bir tekrarından ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

DPLY m. 14-c hükmünde, tüm lisanslar için; hisse devri, birleşme ve ana sözleşmede yer alan faaliyet konusu değişikliği işlemleri hakkında Kurulun onayının alınması sonrasında yapılacak tadillerin Doğal Gaz Piyasası Dairesi Başkanlığı tarafından sonuçlandırılacağı, Daire Başkanlığınca yapılacak olan tadillerde, EPDK tarafından bildirim yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde lisans tadil ücretinin Kurum hesabına yatırıldığına ilişkin belgenin Kuruma ibraz edilmesi kaydıyla lisansın tadil edileceği hususu belirtilmiştir.

6.1.3. Müdahalelerin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

TTK m. 330 hükmünde yer alan “...*özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*” düzenlemesinin aksine TTK m. 134 hükmünde, TTK m.134 - m.194 arasındaki birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerin tüm ticaret şirketlerine uygulanacağı, diğer kanunların, bu Kanunun m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Zira TTK m. 330, herhangi bir sınırlama koymaksızın, anonim şirketlere özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağını ifade etmesine ve bu düzenleme, özel kanunların, genel kanunlardan öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin genel ilke ile tutarlı olmasına rağmen, TTK m.134 hükmü, diğer kanunların, TTK m. 135 ilâ m. 194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğunu belirtmek suretiyle, diğer

kanunların belirtilen hükümlere aykırı olan hükümlerine değil, TTK m. 135 ilâ m. 194 hükümlerine uygulama önceliği vermiştir³⁷⁴.

Elektrik piyasası açısından, EPK ve EPLY'nin, TTK'da öngörülen şartlara ek şartlar öngörmekle birlikte genel olarak, elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin birleşme, bölünme ve devralınmasına izin verdiği görülmektedir. Diğer yandan, önlisans açısından, önlisans sahibi şirketlerin birleşme ve bölünmesine karşı katı ve yasakçı bir tutum sergilendiği görülmektedir. EPLY m. 19/4 hükmünde, önlisans, EPLY'de belirtilen istisnalar dışında, lisans alınıncaya kadar, veraset ve iflas nedenleri dışında, önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması durumunda, EPK m.16/1 ve m.16/2 hükümleri çerçevesinde, iptal edileceği belirtilmiştir. Aynı hükmün, EPLY m.19/6 hükmü kapsamında YEKA için verilen önlisans sahibi şirketler için de kabul edildiği

³⁷⁴ *Moroğlu*, TTK'nın 340. Maddesinin Adalet Bakanlığınca yayımlanan ilk Tasarısında son cümle olarak yer alan "...bu kanun ile diğer bir kanunundaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur" hükmünün özel hüküm genel hükümden önce uygulanır hukuk genel prensibine aykırı olduğu, bu prensibi ifade eden TTK'nın 330. Maddesi ve TTK'nın özel kanun hükümlerini saklı tutan diğer tüm hükümler ile çeliştiği yönündeki eleştirileri sonucunda sözkonusu cümlenin Tasarı'dan çıkarıldığı ve Kanuna alınmadığını belirtmiştir. (Bkz. *Moroğlu* 2016, a.g.e, s.150,151.)Bu görüşün TTK m.134/2 hükmü açısından da geçerli olduğu söylenebilecektir. Zira, TTK m. 134/2 hükmünün, ilk Tasarıda yer alan TTK'nın 340. Maddesinin içerdiği ifadeye benzer şekilde, "...diğer kanunların, bu Kanunun 135 ilâ 194 üncü maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır." ifadesini içerdiği, bu ifadenin TTK m. 340 hükmüne konulmaya çalışılan ancak daha sonra kanundan çıkarılan ifade gibi özel hüküm genel hükümden önce uygulanır hukuk genel prensibine aykırı olduğu, bu prensibi ifade eden TTK'nun 330. Maddesi ve TTK'nın özel kanun hükümlerini saklı tutan diğer tüm hükümler ile çeliştiği kanaatindeyim; *Göktürk'e* göre, TTK m. 134/2 hükmü, bir yandan ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin hükümler (TTK m.134-194), diğer kanunlarda da yapı değişikliğine ilişkin düzenlemeler yapılabilmesine izin verdiği için TTK düzenlemeleri genel düzenlemedir, diğer yandan, başkaca kanunlardaki düzenlemelerin TTK m. 134-194 hükümlerine aykırı olmayanların saklı olduğunu vurgulamak suretiyle üst norm özelliğine sahiptir. Yani TTK m. 134/2 hükmü hem genel hem de üst normdur. Maddenin gerekçesi, metni ile çelişmektedir. Zira, maddenin yapı değişikliğine ilişkin çeşitli kanunlardaki düzenlemeleri saklı tuttuğu belirtilmiştir. Madde metnindeki ifadeler, maddeye üst norm özelliği verildiğini işaret ederken, gerekçede TTK'ya aykırı olsun veya olmasın tüm yapı değişikliğine ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olduğu kanaatini ihlas edecek ifadeler yer almaktadır. Kanun metni ile gerekçesinin çeliştiği durumda madde metninin esas alınması gerekmektedir. Yazar, üst norm özelliğinin mutlak olmadığını, bir kanun ile verilmiş olması nedeniyle, sonradan çıkan başkaca özel kanunlarla, bu özelliğin bertaraf edilmesinin mümkün olduğunu, ayrıca TTK'dan önce çıkan kanunlar bakımından da, özel kanunun amacının göz önünde bulundurulmak suretiyle, özel norm-genel norm ilişkisinin değerlendirilmesi suretiyle TTK düzenlemesinden farklı bir sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu da belirtmekte ve bu duruma, özel kanun olarak nitelendirilen ve bankaların birleşme, bölünme ve devralınması TTK hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça hükme bağlayan ve TTK m. 134/2 hükmünü bertaraf eden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. Maddesini örnek vermektedir.(Bkz. *Kürşat Göktürk*, "Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Sayı: 1-2, (2013), s.631-662.)

görülmektedir. Dolayısıyla, elektrik üretimi için önlisans almış şirketlerin herhangi bir şekilde birleşme, bölünmesine izin verilmemektedir. TTK, şirketlerin, birleşme veya bölünmelerine faaliyet alanlarına göre belirleme veya izin verip vermeme gibi bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle EPLY m.19/4 ile m.19/6 hükümleri, elektrik üretimi için önlisans almış şirketlerin birleşme, bölünmesini yasakladığından, bu hükümler, diğer kanunların, bu Kanunun m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin ifadeleri içeren TTK m. 134 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Hem EPK'nın, hem de DPK'nın TTK m. 134 hükmünde belirtilen diğer kanunlar kapsamına girdiği kuşkusuzdur. Hem EPK'da, hemde DPK'da şirket birleşme ve bölünmesinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir hükümden bahsedilmemesine rağmen, EPLY'de elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin birleşme, bölünmesine DPLY'de doğal gaz piyasasında birleşme ve bölünmeye ilişkin hükümlerin, bulunduğu görülmektedir. Yani düzenlemelerin yasa düzeyinde değil ikincil düzeyde bir norm niteliğinde olan EPLY ile DPLY'de düzenlendiği anlaşılmaktadır. Daha önce de tekrarlar ifade edildiği gibi, EPK ve DPK'da dayanak bir norm olmaksızın doğrudan yönetmelikte yer alan düzenlemelerin, normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ve kanun hükümlerinden önce uygulanamayacağı gerekçeleriyle, EPLY ile DPLY'de düzenlenen birleşme ve bölünmeye ilişkin hükümlerin, TTK m.330 anlamında ve TTK m.134 hükmünün saklı tuttuğu diğer kanunların öngördüğü hükümler olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyim. Kanunla getirilmiş olsaydı dahi, sözkonusu hükümlerin TTK açısından geçerli olabilmesi için TTK'nın 134 ila 194 arasındaki hükümlere aykırı olmaması gerekirdi. Ancak yine de, hem elektrik hem doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin birleşme ve bölünmeye ilişkin hükümlerin, EPLY ve DPLY ile getirilmiş olması ve bu hükümlerin uygulanmaya devam edilmesi nedeniyle, getirilen EPLY ve DPLY hükümlerindeki TTK m. 134 hükmüne aykırı düzenlemelerin tespit edilmesi önem arz etmektedir.

TTK m.134 hükmünde, birleşme veya bölünme için herhangi bir makamın izninin alınması gibi bir koşul öngörülmemiştir. Yalnızca, birleşmeye ilişkin olarak öngörülen TTK m.153/3 hükmünde 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı RKHK hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin hüküm mevcuttur. Kanunun m.7 hükmüne göre

de, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Rekabet Kurulu, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder. Nitekim Kanunun m.7 hükmü düzenlemesi doğrultusunda 2010/4 Nolu Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ çıkarılmıştır. Şirket birleşmesi şayet, Kanunun m.7 hükmü kapsamına giren mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen teşebbüslere ilişkin olduğu takdirde, birleşme veya devralma anlaşmaları Rekabet Kuruluna bildirildiği tarihten itibaren Kurulun, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde maddede belirtilen tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorundadır. Bu durumda, Rekabet Kurulu birleşmeye veya devralmaya, Kanuna aykırı bulmadığı takdirde izin verecek ya da vermeyecektir. Buradaki izin, genel olarak tüm şirket birleşmeleri için öngörülen bir izin olmayıp, rekabetin korunduğu belirli mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren şirketlerin birleşmesine yöneliktir.

Tebliğde birleşme ve devralma sayılan haller ile sayılmayan haller, izne tabi birleşme ve devirler ile birleşme ve devirlerin bildirilmesine ilişkin hükümler öngörülmüştür. Tebliğdeki hükümlerin kapsamına giren enerji şirketlerinin dahil olduğu bir birleşme veya devralma aynı zamanda 4054 sayılı RKHK'ya ve 2010/4 Nolu Tebliğe tabi olacak ve bu kapsamda Kuruldan ayrı olarak Rekabet Kuruluna bildirim yapma ve Rekabet Kurulundan izin alma yükümlülüğünün de yerine getirilmesi gerekecektir. Ancak elektrik piyasası açısından EPLY 59/1 hükmünde, lisans sahibinin kendi veya diğer bir tüzel kişi bünyesinde tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmek istemesi halinde, birleşme işlemi hakkında, birleşme işlemi gerçekleşmeden önce, doğal gaz piyasası açısından DPLY m. 43 hükmüne göre, doğal gaz piyasasında, lisans sahibinin başka bir lisans sahibi ya da lisans sahibi olmayan bir

tüzel kişi ile tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmek istemesi halinde, birleşme işlemi gerçekleşmeden önce Kurul onayının alınması zorunluluğuna yer verildiği görülmektedir. Buna karşın, elektrik piyasası açısından, EPLY 59/2 hükmünde de, lisans sahibi bir tüzel kişinin tam veya kısmi olarak bölünmek istemesi halinde de, bölünme işlemi hakkında, bölünme işlemi gerçekleşmeden önce, yine Kurul onayının alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Maddede belirtildiği gibi elektrik piyasasında faaliyet gösteren lisans sahibi şirketin birleşmesi veya kısmi veya tam bölünmesi durumlarında Kurulun onayının alınması zorunlu kılınmıştır.

Bu durumun, ilk bakışta, TTK m.134 hükmünde belirtildiği üzere TTK m. 135 ilâ m. 194 hükümlerine aykırılık teşkil ettiği düşünülmele birlikte, birleşme raporuna ilişkin TTK m.147/2-k hükmünde, raporda, hükümdeki diğer hususlarla birlikte, ilgili makamlardan alınan onayların da, hukuki ve ekonomik yönden açıklanması ve gerekçelerinin belirtilmesi düzenlemesinin, Kurul onayını da kapsayıp kapsamayacağına değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu ifadeden, TTK'nın, şirket birleşmeleri açısından gerekli olan kurum izni veya onaylarını bütünüyle gözardı etmediği anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu maddede bulunan *gerekiyorsa, ilgili makamlardan alınan onaylar* ifadesi ile RKHK'ya tabi birleşmeler için alınması gereken Rekabet Kurulunun onayının kastedildiğini düşündüren nedenler mevcuttur. Şöyle ki; sözkonusu ifadeye, birleşme raporuna ilişkin TTK m.147/2-k hükmünde yer verilmişken, bölünme raporuna ilişkin TTK m.169 hükmünde yer verilmediği görülmektedir. Şirket birleşmeleri ve devralmaları RKHK'ya tabi kılınmışken, Kanunda, doğrudan şirket bölünmelerinden bahsedilmemiştir. Bu durum, şirket bölünmelerinin Kanuna tabi kılınmadığını düşündürse de, bölünmenin de Kanunun kapsamına girdiği açıktır. Zira bölünme ister tam bölünme, ister kısmi bölünme olsun, her durumda, bir devralma işlemi gerektirmektedir. Devralma işlemi ise, RKHK'nın 7 maddesi ile ve 2010/4 Nolu Tebliğ kapsamına girdiği takdirde, ilişkin olduğu bölünme işlemi de RKHK hükümlerine tabi olacaktır. Bölünmenin de birleşme gibi, RKHK'ya tabi olmasına rağmen bölünme raporunda ilgili makamlardan alınan onayların da hukuki ve ekonomik yönden açıklanması ve gerekçelerinin belirtilmesi gerektiği hiçbir şekilde belirtilmemektedir. Söz konusu ifadeyi geniş yorumlayıp, ilgili makamlardan alınan onayların kapsamına, EPLY m. 59 hükmü gereği elektrik şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi için alınması gereken Kurul onayının da girdiğini

düşünmemize bir engel bulunmamaktadır. Ancak elektrik piyasasındaki şirketlerin birleşmesi için Kurul onayının alınması gerekliliğine ilişkin EPLY m. 59/1 hükmü ile DPLY m. 43 hükmüne göre, EPK'da ve DPK'da dayanağa sahip olmaması durumunu bir kenara bıraktığımızda, TTK m.147/2-k hükmündeki ifade ile uyumlu olduğu şeklinde bir sonuca ulaşırken, benzer bir ifadenin, bölünmeye ilişkin TTK m.169 ve diğer maddelerinde yer almaması nedeniyle, elektrik piyasasındaki şirketlerin bölünmesi için Kurul onayının alınması gerekliliğine ilişkin EPLY m. 59/2 hükmünün, TTK ile uyumlu olmadığı şeklinde tam aksi yönde bir sonuca varılacaktır.

Önemle vurgulamak gerekir ki, EPK ve EPLY'nin elektrik piyasası açısından birleşme ve bölünmeyi birlikte ve aynı maddede düzenlediği gözönüne alındığında, Kanun koyucu, elektrik piyasası mevzuatı açısından, birleşme ve bölünmeyi farklı görmemiş, aksine, aynı konumda değerlendirmiştir. Bu nedenle de, EPLY'de birlikte düzenlenen elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin birleşme ve bölünmesinde Kurulu onayının alınması gerekliliğine ilişkin hükümlerin TTK hükümlerine aykırı olup olmadığı konusunda birleşme için farklı, bölünme için farklı sonuçlara götürecek yorumlardan kaçınılması gerektiği kanaatindeyim.

DPLY m. 43 hükmünde birleşme işlemine izin verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, birleşme işlemi tamamlanmadığı takdirde, verilen izin geçersiz olacağı hususu ifade edilmiştir. Benzer şekilde, EPLY m. 59/7'da izin verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, birleşme veya bölünme işlemi tamamlanmadığı takdirde, verilen izin geçersiz olacağına ve Kurul kararı ile yeniden izin almaksızın birleşme işlemlerine devam olunamayacağı hususundan bahsedilmektedir. Bu düzenleme de, diğer kanunların, TTK m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin TTK m. 134 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira TTK m.135 ilâ m.194 hükümlerinde, birleşmenin veya bölünmenin tamamlanması için azami bir süre öngörülmediği gibi, sürenin aşılması halinde işlemlerin geçersiz hale geleceğine yönelik hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, gerek DPLY m. 43 hükmünde gerekse EPLY m. 59/7'da belirtilen altı aylık sürenin aşıldığı bir birleşme veya bölünme işlemi, bu hükme rağmen, TTK m. 134 hükmünde yer alan düzenlemeden hareketle, TTK hükümleri nezdinde geçerli addedilebilecektir.

DPLY m.43 hükmünün devamında, birleşme sözleşmesinin, tüketicilerin hak ve alacaklarını ihlal eden hükümler ile lisans sahibi tüzel kişinin yükümlülüklerini kaldıran hükümleri içermeyeceği düzenlemesi de yer almaktadır. Benzer şekilde, EPLY 59/4 hükmünde, birleşme veya bölünme sözleşmesi taslağının, tüketicilerin hak ve alacaklarını ihlal eden hükümler ile lisans sahibi tüzel kişinin yükümlülüklerini kaldıran hükümler içermeyeceği, birleşme veya bölünme sözleşmesi taslağında, asgari olarak, birleşme veya bölünme sonrası hangi tüzel kişi ya da kişilerin hükmi şahsiyetinin sona ereceğine yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Birleşme sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu hükümlerin, TTK m. 146 hükmünde, bölünme sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu hükümlerin ise, TTK m. 167 hükmünde düzenlendiği görülmektedir. Her iki maddede de, sözleşmelerin içermesi gereken zorunlu unsurlar sınırlı sayı prensibine göre, tek tek sayılmıştır. Yani, ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünme sözleşmelerine bu maddeler dışında belirtilen unsurları koyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Her ne kadar, elektrik ve doğal gaz piyasasının özellikle dağıtım hizmetinin kamu hizmeti ve bölgesel tekel niteliği itibarıyla, tüketicilerin korunması kaygısıyla birleşme sözleşmesine, belirtilen hükümlerin konması öngörülmüş olsa da, sözkonusu hükümler, TTK m. 134/2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

Birleşme sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu hükümlerin TTK m. 146 hükmünde, bölünme sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu hükümlerin ise TTK m. 167 hükmünde düzenlendiği görülmektedir. Her iki maddede de, sözleşmelerin içermesi gereken zorunlu unsurlar sınırlı sayı prensibine göre tek tek sayılmıştır. Yani ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünme sözleşmelerine bu maddeler dışında belirtilen unsurları koyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak EPLY m. 59/4 hükmüyle yeni bir zorunluluk öngörüldüğü görülmektedir. Bununla birlikte, doğal gaz piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin birleşmesine ilişkin DPLY m.43 hükmünün, EPLY m. 59 hükmünden belirli noktalarda daha detaylı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. EPLY m.59 hükmünde birleşme sözleşmesinin özel olarak hangi hususları içereceğine yönelik hüküm yokken, DPLY m.43 hükmünde birleşme sözleşmesinde asgari olarak belirli hususların hüküm altına alınacağı ifade edilmiştir. Yani, DPLY m.43 hükmüyle de şirketlerin birleşme sözleşmelerinin içereceği hükümler açısından yeni bir zorunluluk öngörüldüğü görülmektedir. Her ne kadar, DPLY m.43 hükmünün

öngördüğü zorunluluklar, TTK m. 146 hükmünde belirtilen unsurları tamamlayıcı mahiyette imiş gibi görünse de, TTK m. 146 hükmünde belirtilenler dışında zorunlu unsurlar öngörülmüş olması nedeniyle, EPLY m.59/4 hükmü ile DPLY m.43 hükmünün, TTK m. 134/2 hükmüne aykırılık teşkil ettiği söylenebilecektir. Bu durumda, TTK m. 134/2 hükmüne aykırılık teşkil eden, EPLY m.59/4 hükmü ile DPLY m.43 hükmünün uygulanmamış olmasının ise, yapılan birleşme işlemini TTK nezdinde geçersiz hale getirmeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir.

Yine, DPLY m.43 hükmüne göre hükmi şahsiyeti sona erecek olan tüzel kişinin lisans sahibi olması halinde, sahip olduğu lisans veya lisansların, devralan tüzel kişi adına tadil edilmesine ilişkin inceleme, birleşme talebinin, Kurulun onayına sunulması öncesinde, hükümde belirtilen esaslar çerçevesinde, EPDK tarafından yapılacaktır. Hükümde belirtilen esasların bazısının doğal gaz piyasasında birleşmeye yönelik şart mahiyetinde olduğu görülmektedir. Örneğin birleşmede, devralan tüzel kişinin, ilgili mevzuat kapsamında, söz konusu lisans veya lisanslara sahip olmaya esas şartları taşıması zorunludur. Bu çerçevede, EPDK'ya yapılacak başvuruda devralan tüzel kişi tarafından DPLY Ek-3'ün ilk 9 maddesinde belirtilen bilgi/belgeler ile külli halefiyet yoluyla sahibi olacağı lisans/lisanslar kapsamındaki faaliyet/faaliyetlere ilişkin olarak ilgili mevzuata uyacaklarına ve diğer mevzuattan kaynaklanan izin, ruhsat, onay alma gibi yükümlülükleri yerine getireceklerini, aksi takdirde sorumluluğun taraflarına ait olacağına dair taahhütname sunulması talep edilmektedir. EPDK tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme Kurula sunulacaktır. Kurul, birleşme onay talebi ile birlikte, hükmi şahsiyeti sona erecek olan tüzel kişinin sahip olduğu lisansların devralan tüzel kişi adına tadil edilmesi talebinin ilgili mevzuatta öngörülen amaçlara uygunluk, tüketici haklarının korunması ile rekabetin ve piyasanın gelişimine olan etki, tüzel kişinin ve/veya ortaklarının mali gücü ve finansman kaynakları, tüzel kişinin ve/veya ortaklarının; varsa, yurt içi ve yurt dışı piyasalardaki deneyim ve performansı hususları göz önünde bulundurarak vereceği kararıyla, birleşme talebini sonuçlandıracaktır. Kurul tarafından burada belirtilen hususlar, şirket birleşmesine ilişkin işlemlere yönelik değil de, lisansa yönelik olarak görülse de, Kurul, bu hususlara aykırı olarak yapılan birleşme onayı taleplerini reddedecektir. Bu durumda, Kurul tarafından birleşme onay taleplerinde dikkate alınacak bu hususlar da birleşmeye etki eden hususlar olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtilen hususlar, her ne

kadar doğal gaz piyasasının özelliğine göre getirilmiş özel hususlar niteliğine sahip olsa da, birleşme sürecini olumlu veya olumsuz şekilde etkileme gücüne sahip bu hususların da dolaylı olarak TTK m. 134/2 hükmüyle çeliştiği söylenebilecektir.

EPLY m.59/6 hükmünde, devralan tüzel kişinin birleşme veya bölünme sonrası oluşan sermayesinin, EPLY’de öngörülen sermaye koşulunu sağlaması zorunluluğu da vurgulanmıştır. TTK m. 142 hükmünde devralma yoluyla şirketlerin birleşmesi halinde, devralan şirketin, sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde, artırmak zorunda olduğuna ilişkin hüküm öngörmek suretiyle, birleşmede sermaye artırımına ilişkin bir zorunluluk getirmiştir. Hükmün Gerekçesinde de, birleşmede, devralan şirkette sermaye artırımının yapılmasının emredici olduğu ifade edilmiştir. TTK m.152/2 hükmünde de, devralan şirketin, birleşmenin gereği olarak sermayesini artırmış olması durumunda, ek olarak esas sözleşme değişikliklerinin de ticaret siciline sunulacağı hususuna yer verildiği görülmektedir. Devralan şirketin, sermayesini rakam veya oran olarak ne kadar artıracığı belirtilmemiş, yalnızca devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli düzeyde artırılması şeklinde sınırları belirlenemeyen bir ölçü ortaya konmuştur. Hükmün Gerekçesinde sermaye artırımının kapsamının her zaman payların değiştirilmesi oranına göre belirlenemeyeceği, şirketlerin, kendi paylarını edinmeleri halinde, bu olgunun sermaye artırımının miktarını etkileyeceği vurgulanmıştır. Burada, sermaye artırım miktarına ilişkin ölçütün, daha somut olarak ortaya konması gerektiği kanaatindeyim. Aksi halde, sermaye artırımına ilişkin zorunluluğa uyulup uyulmadığı hususunun denetlenmesi güç bir hale gelecektir.

Diğer yandan, bölünmede de hem sermaye artırımına hem de azaltımına ilişkin hükümler öngörülmektedir. TTK m. 162 hükmünde, bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması hâlinde, anonim şirketlerde esas sermayenin azaltılmasında karar alınmasına ilişkin m.473 hükmü ile alacaklılara çağrı usulünü öngören m.474 ve limited şirketlerde sermaye azaltımına ilişkin m.592 hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, şirketin bölünmesi halinde sermaye azaltımı yapılması konusunda, şirketlere bir zorunluluk öngörmemekle birlikte, yapılması istendiği durumda, normal sermaye azaltımına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını öngörmek suretiyle, bir kolaylaştırma imkanı sağlanmıştır. TTK

m. 163 hükmünde ise, bölünmede, devralan şirketin sermayesini, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırılacağı hususuna yer verilmiş olup, bölünmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmayacağı, bölünme sebebiyle, kayıtlı sermaye sisteminde müsait olmasa bile, tavan değiştirilmeden sermaye artırılabilmesi belirtilmiştir. Hükmün gerekçesinde, sermaye artırımına yönelik gerekliliğin, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruma ölçüsünde ortaya çıkan bir yükümlülük olduğu vurgulanmıştır. Ancak Gerekçede, TTK m. 142 hükmünde olduğu gibi, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda sermaye artırımını ölçüsünün açıklanmadığı görülmektedir. Gerekçede, aynı sermaye hükümlerinin uygulanmamasının sebebini, benzer koruyucu önlemlerin TTK m.166, m.169 ve m.170 hükümlerinde dolayısıyla uygulanmış olması olarak açıklamaktadır. Kayıtlı sermayeye ilişkin hükmün ise, bölünme sürecindeki koruyucu nitelik taşımayan engellerin kaldırılması amacıyla öngörüldüğü ifade edilmiştir. Gerek birleşme, gerekse bölünmede, TTK, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktar gibi somut olmayan bir ölçüsünde olsa da, devralan şirketleri, sermaye artırımını yapmakla yükümlü kılmıştır. EPLY m.59/6 hükmünün de devralan tüzel kişinin birleşme veya bölünme sonrası oluşan sermayesinin artırımını zorunlu kılmış olması itibariyle, TTK'daki hükümlerle paraleldir. Ancak ne miktarda sermaye artırımını yapılacağı konusuna gelince, TTK'daki ölçü ile EPLY'deki ölçünün farklılık gösterdiği görülmektedir. TTK'da m. 142 ve m. 163 hükümlerinde sermaye artırım miktarını devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktara endekslerken, EPLY m.59/6 hükmünde sermaye artırım miktarını, EPLY'de öngörülen sermaye koşulunu sağlamaya endekslemiştir. EPLY, bu ölçü ile EPLY hükümleri ile EPDK kararları ışığında her bir piyasa faaliyetine yönelik olarak belirlenen ve lisans sahibi şirketler için öngörülen asgari sermayeyi kastetmektedir. EPLY m.59/6 hükmünde öngörülen sermaye artırım miktarına ilişkin ölçünün, TTK'daki sermaye artırım miktarına ilişkin ölçüden daha somut olduğu şüphe götürmemektedir. Bu açıklamalardan hareketle, EPLY m.59/6 hükmünde öngörülen sermaye artırım zorunluluğunun, TTK'da m. 142 ve m. 163 hükümlerinde öngörülen sermaye artırım zorunluluğu ile çeliştiği açıktır.

DPLY m. 43 hükmünde, hüküm kapsamında getirilen yükümlülükler lisans sahibi tüzel kişilerin ana sözleşmelerinde ve ilgili lisanslarında yer alacağı hususuna

yer verilmiştir. Nitekim, DPLY eki olan Ek-4 Piyasada Faaliyet Göstermek Üzere Lisans Almaya Hak Kazanan Tüzel Kişilerin Ana Sözleşmelerinde Yer Alması Gereken Asgari Hükümler’de, DPLY m.43 hükmünde, tüzel kişilerin birleşmesi açısından öngörülen hükümlerin derc edilmesi gerekliliği hususunun da yer aldığı görülmektedir. TTK kapsamındaki birleşme hükümlerinden yararlanabilmek için, esas sözleşmeye, birleşmeye yönelik hükümlerin konulması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Esas sözleşmeye hüküm konmasa da, şirketler, TTK’da yer alan hükümlere uygun olarak birleşebilecektir. Ancak elektrik piyasasında olduğu gibi doğal gaz piyasasında da birleşme işlemine dahil olan piyasa faaliyeti gösteren şirketin, en başından, esas sözleşmesinde DPLY’de yer alan birleşme hükümlerine yer vermesi zorunlu kılınmaktadır. Bu zorunluluk, aslında yalnızca birleşme öncesi yerine getirilmesi gereken bir zorunluluk olmayıp, piyasa faaliyeti gösterecek şirketin lisans başvurusunda yerine getirilmiş olmalıdır. Yerine getirilmemiş olması halinde, lisans alamayıp hiçbir şekilde piyasa faaliyeti gerçekleştiremeyecek olan şirketin, başka şirketle birleşmesi de DPK ve DPLY hükümlerine tabi olmayacaktır. Doğal gaz şirketleri için esas sözleşmeye birleşmeye yönelik hükümlerin dercedilmesine dair zorunluluk içeren düzenleme de, yine TTK m. 134/2 hükmünden bir sapma teşkil etmektedir.

Birleşme, bölünmeye ilişkin DPLY’de ve EPLY’de bulunan hükümlerin, esas sözleşmeye hüküm olarak konması konusunda, birbiriyle çelişen hükümler öngörülmüştür. DPLY m. 43 hükmünde, şirket birleşmeleri düzenlenmişken şirketlerin bölünmesine yönelik hiçbir ifade bulunmamaktadır. Yönetmeliğin diğer hükümlerinde de bölünmeye yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin esas sözleşmelerine de bölünmeye yönelik hüküm alınamamaktadır. Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketin, başka şirketlerle birleşmesi kadar bölünmesi de ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, en azından elektrik piyasasında olduğu gibi doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin bölünmesi hususunun da düzenlenmemesi, bir eksiklik olarak öne çıkmaktadır.

EPLY 20/4 hükmünde ise üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde, tüzel kişinin anonim şirket olması halinde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının

nama yazılı olduğuna ve şirketin borsada işlem görmek üzere ihraç edilecekler hariç hamiline yazılı pay çıkaramayacağına ilişkin hükme, pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından EPLY’de öngörülen hükümlere yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Diğer yandan EPLY m.20/6 hükmünde, üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişinin, başvuru dilekçesi ekinde maddede belirtilen belgelerle, pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından, bu Yönetmelikte öngörülen hükümlerin yer verildiği şirket esas sözleşmesinin, sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı madde içerisinde, elektrik üretim faaliyeti gösteren şirketlerin, birleşme, bölünmeye ilişkin EPLY’de bulunan hükümlerin, esas sözleşmeye hüküm olarak konması konusunda EPLY m.20/4 hükmünde istisna tutulurken, EPLY m.20/6 hükmünde, pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlerin yer verildiği şirket esas sözleşmesinin sunulmasının gerektiğine yönelik çelişkili iki hüküm öngörülmüştür. Bu durumda, elektrik üretim faaliyeti gösteren şirketlerin EPLY m.20/6 hükmüne göre, esas sözleşmelerinde pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlere yer verilmesine yönelik düzenlemenin dikkate alınması gerektiği fikrindeyiz. Aksi halde, elektrik üretim faaliyeti gösteren şirketlerin EPDK tarafından lisans başvurusunun reddedileceği kuşkusuzdur.

EPLY m. 20/4 hükmünde, üretim lisansı hariç, diğer lisans başvurularında, başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesine, yalnızca şirket birleşmelerine ilişkin hükümlerin koyulmasından bahsedilirken, şirketlerin bölünmesine ilişkin hükümlerden bahsedilmemektedir. EPLY m.20/6 hükmünde ise üretim lisansı başvurusunda, sunulması gereken esas sözleşmenin pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından Yönetmelikte öngörülen hükümleri içermesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu durumda, üretim faaliyeti gerçekleştiren şirketler dışında diğer piyasa faaliyeti ile uğraşan şirketler esas sözleşmelerine yalnızca pay devirleri ile şirket birleşmelerine ilişkin hükümleri koymak zorunda iken, üretim faaliyeti gerçekleştiren şirketler, pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından Yönetmelikte öngörülen hükümleri, esas sözleşmelerine koymak zorundadır. Burada EPLY m. 20/4 hükmünde, yönetmeliğin yalnızca pay devirleri ile birleşme

hükümlerinden bahsedilirken bölünmeden bahsedilmemiş olması bir hata sonucu olup olmadığı hususu tespit edilmelidir. Kanaatimce, burada, bölünme konusu bilinçli olarak devredışı bırakılmış değildir. Zira, Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi' nin B/3-a hükmünde tüm lisans başvurularında EPLY'de öngörülen pay devirleri ile birleşme ve bölünmeye ilişkin mevcut hükümlere ve lisans sahibi tüzel kişinin pay senetlerinin nevi ve pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeye ilişkin ve hükümde belirtilen diğer hususlara ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde EPDK onayının alınacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda, EPLY m. 20/4 hükmünde bölünmeden bahsedilmemiş olmasının bir hatadan kaynaklandığı söylenebilecektir. Ancak yönetmelikte açıkça belirtilmeyen bir hususun EPDK kararı ile dayatılması normlar hiyerarşisine aykırı olup, hukuk güvenliğini zedeleyecek bir yaklaşımdır. Bu nedenle, EPLY'nin, bütün hükümleriyle EPK hükümlerine uygun, kendi içerisinde çelişkili hükümler içermeyecek ve EPDK Kararlarının da, EPK ve ona uygun şekilde çıkarılan EPLY'de düzenlenen yükümlülükler dışında yeni bir yükümlülük ihdas etmeksizin, yalnızca, EPLY'nin hükümlerinin uygulanmasını gösterecek şekilde oluşturulması gerekirdi.

Diğer yandan, birleşme ve bölünmeye ilişkin tüm hükümler, EPLY m. 59 hükmünde birlikte yer almaktadır. Bu durumda, yalnızca birleşmeye yönelik hükümler, düzenlendiği şekliyle esas sözleşmeye alındığında, bölünmeye ilişkin hükümler de otomatikman esas sözleşmeye alınmış olacaktır. Zira, yönetmelikteki birtakım hükümlerin esas sözleşmeye alınmasına yönelik yükümlülük ancak sözkonusu hükümlerin aynen alınması ile yerine getirilmiş olacaktır. Hükmün bir kısmının alınması, bir kısmının alınmaması veya hükme ekleme veya hükümden çıkarma yapılması gibi bir esneklik tanınmamaktadır. Bu nedenle, EPLY m. 59 hükmündeki bölünme ifadelerinin çıkarılarak yalnızca birleşme ifadelerinin esas sözleşmeye alınması gibi bir çözümün uygulanması, mevcut düzenlemeler ışığında mümkün değildir. Zaten, EPDK, lisans başvurusu incelemelerinde çok hassas davrandığından, bu şekilde, Yönetmelik hükmünün, birleşme ifadelerini bırakmak ve bölünme ifadelerini çıkarmak suretiyle değiştirilerek, esas sözleşmeye alınmasını, Yönetmelik hükümlerine uygun kabul etmeyecektir.

TTK, ticaret şirketleri arasında gerçekleşecek tüm birleşmeleri geçerli olarak kabul etmemektedir TTK'a göre, yalnızca TTK m. 137 hükmünde belirtilen şirket birleşmeleri geçerli birleşmeler olarak kabul edilmektedir. Hükme göre, sermaye şirketleri; başka sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla, kolektif ve komandit şirketlerle birleşebilirler. Şahıs şirketleri; başka şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle birleşebilirler. Kooperatifler; başka kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle birleşebilirler.

Elektrik ve doğal gaz piyasasında, geçerli şirket birleşmelerine yönelik özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, geçerli şirket birleşmelerine ilişkin TTK m. 137 hükmünün elektrik piyasasındaki yansıması farklı olacaktır. Şöyle ki; EPK m. 4/3 hükmünde elektrik piyasasında faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması zorunludur. Aynı şekilde, DPK m. 4/3 hükmünde, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda anonim şirket veya limited şirket olarak kurulmaları gerekmektedir. Bu durumda, birleşme veya bölünme sözkonusu olduğu takdirde, gerek altında birleşilen şirket, gerekse, bölünme sonucu piyasa faaliyeti gerçekleştirmeye devam edecek şirketin, anonim veya limited şirket olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, piyasa faaliyeti gerçekleştirecek şirketlerin anonim veya limited olmasının zorunlu olması nedeniyle, şahıs şirketlerinin kendi aralarında veya kooperatiflerle birleşmelerinin veya bölünmelerinin elektrik piyasasında uygulaması olmayacaktır. Sermaye şirketlerinin birleşmeleri veya bölünmelerinde ise, birleşme veya bölünmenin, EPK m. 4/3 ve DPK m. 4/3 hükmüne uygun olması aranacaktır. Örneğin, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin kendi altında, başka bir sermaye şirketi, şahıs şirketi veya kooperatifle birleşmesi, TTK m.137 hükmüne uygunken EPK m. 4/3 ve DPK m. 4/3 hükmüne aykırıdır. Bu durumda, elektrik ve doğal gaz piyasası açısından, birleşme mutlaka anonim veya limited şirket çatısı altında olmak zorundadır. Bu koşul yerine getirildiği sürece, TTK m. 137 kapsamında, piyasa faaliyeti gösterecek olan birleşilen şirketin, şahıs şirketleriyle, sermaye şirketleriyle veya kooperatiflerle birleşilmiş olması önem arz etmemektedir. Bölünme sonucu oluşan şirketlerden piyasa faaliyeti

gerçekleştirecek olan şirketin de mutlaka anonim veya limited şirket olma zorunluluğu mevcuttur. Hem birleşme hem de bölünme açısından çatısı altında birleşilen şirketin ve bölünme sonucunda piyasa faaliyeti gösterecek şirketin, EPLY m. 59 hükmündeki birleşme ve bölünmeye yönelik diğer koşulları da yerine getirmiş olması gerekecektir. Aksi halde, yapılan birleşme ve bölünme hem Yönetmelik hükümlerine hem de sözkonusu hükümlerin esas sözleşmeye alınmış olması nedeniyle hem EPLY hükümlerine hem de esas sözleşme hükümlerine aykırı olacaktır.

Şirket birleşmesine yönelik olarak, elektrik piyasası açısından, EPLY m.59 hükmünün, doğal gaz piyasası açısından DPLY m.43 hükmünün esas sözleşmeye alınması zorunlu olduğundan, esas sözleşmeye aykırı bir birleşme veya bölünme gerçekleştirilmesi durumunda ise, birleşme veya bölünme işleminin TTK nezdinde geçerliliğinin de tartışılması gerekmektedir. Aykırılık, esas sözleşmesinde EPLY m.59 veya DPLY m.49 hükmündeki birleşme ve bölünmeye dair hükümleri içeren ve piyasa faaliyeti gösteren bir anonim şirketin birleşmeye veya bölünmeye ilişkin genel kurul kararı ile meydana gelmişse, bu durum, esas sözleşmeye konulan birleşmeye ve bölünmeye ilişkin düzenlemeye açıkça aykırı olacaktır. Bu durumda, esas sözleşmeye aykırılığın tespiti ile genel kurul kararının iptali için yargı yolu açık bırakılmıştır. TTK m. 445 hükmünde, m. 446 hükmünde belirtilen kişilerin, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilecekleri hususu düzenlenmiştir. Böylece, mahkeme kararıyla, birleşme veya bölünme kararının, esas sözleşmeye aykırılığı tespiti yapılacak, mahkeme kararının icrasıyla, genel kurul tarafından ilgili esas sözleşmeye uygun bir birleşme veya bölünmenin gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan bu aykırılığın karşılaşıacağı yaptırımın butlan olduğunun ileri sürülemeyeceği fikrindeyiz. Zira, bahse konu aykırılık, TTK m. 447 hükmünde sınırlı olarak belirtilen butlan sebeplerinden biri olarak değerlendirilemeyecektir. TTK m. 622 hükmünde yapılan yollama gereği, anonim şirketteki genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin hükümler limited şirketlere de uygulanacaktır.

6.1.4. Hükme Aykırılığın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları

Doğal gaz piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, uygulanacak yaptırım ve cezaları DPK m.9 hükmünde düzenlenmiştir. DPLY m.41 hükmünde de, yaptırımlar açısından, DPK m.16 hükmüne gönderme yapılmıştır. Hükme göre, birleşme ve bölünmeye ilişkin, DPK hükümlerine ve çıkarılan yönetmelik, talimat ve tebliğlere aykırı hareket edildiğinin saptanması halinde, idarî para cezası verilir ve otuz gün içinde aykırılığın giderilmesi ihtar edilecektir. Aykırılık aynı zamanda lisans veya sertifika genel esasları ve yükümlülüklerinden herhangi birisinin yerine getirilmemesi teşkil ediyorsa yine idarî para cezası verilerek aykırılığın düzeltilmesi ihtar edilecektir. Bölünme ve birleşmeye yönelik hükümlerin ihlali, aynı zamanda lisans veya sertifikanın verilmesine esas olan şartların, faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortadan kalkmasına neden oluyorsa, bu durumda, lisans veya sertifikanın iptali yaptırımı uygulanacaktır. Aykırılık, somut duruma göre, aynı zamanda DPK m.9 hükmünde belirtilen birden çok ihlal niteliğindeyse, bu durum, birden çok yaptırımın uygulanmasını gerektirebilecektir.

Elektrik piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilere, uygulanacak yaptırım ve cezalar, EPK m.16 hükmünde düzenlenmiştir. EPLY m.27 hükmünde de, yaptırımlar açısından, EPK m.16 hükmüne gönderme yapılmıştır. Hükme göre, birleşme ve bölünmeye ilişkin, EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre giderilmesi veya tekrarlanmaması ihtar edilir ve yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettiren veya tekrar edenlere idari para cezası verilecektir. Ancak niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırılık sözkonusu ise, bu durumda ihtara gerek kalmaksızın idari para cezası verilecektir. Aykırılık aynı zamanda, lisans verilmesine esas olan şartlardan biri ise ve bu şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığının saptanması hâlinde lisans iptali yaptırımı uygulanacaktır. Aykırılık, somut duruma göre, EPK m.16 hükmünde belirtilen birden çok yaptırımın uygulanmasını gerektirebilecektir. Bu durumda, birden fazla yaptırımın uygulanması da sözkonusu olabilecektir.

6.2. ENERJİ ŞİRKETLERİNİN TTK DIŞINDA DENETİMİ

6.2.1. TTK'ya Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Denetimi

Denetim, genel itibariyle, belirli faaliyet ve işlemlerin kurallara uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi, şeklinde tanımlanmaktadır³⁷⁵. Denetim, geniş anlamda denetim ve dar anlamda denetim olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda denetim, çeşitli açılardan yararların korunması maksadıyla şirket iş ve işlemleri ile hesaplarının kurallara uygunluğunun uzman kişi veya kurumlar tarafından kontrol edilmesi anlamına gelirken, dar anlamda denetim, yalnızca şirkette denetim yapmak amacıyla kurulmuş ve yetkilendirilmiş organ veya kuruluş tarafından yapılmasını ifade etmektedir. Anonim şirketlerdeki denetim dar anlamda denetimdir³⁷⁶.

Anonim şirketlerin denetimini iç denetim, dış denetim ve özel denetim olmak üzere üç ana başlıkta ele alabiliriz. İç denetim, denetim iradesi şirket içerisinden kaynaklanan, şirketin işleyişine ilişkin olarak şirket adına gerçekleştirilen ve elde edilen neticeleri pay sahiplerine sunulan denetim türüdür³⁷⁷. İç denetim, şirketin, muhasebe, hukuk ve yerindelik yönlerinden önceden belirlenen ölçütlere göre denetlenmesidir. Bu kapsamda, şirketin muhasebe ve iç kontrol sistemleri gözden geçirilmekte, finansal bilgiler ile faaliyet bilgileri tetkik edilmektedir³⁷⁸. eTTK'da, (m.347 ila m.359) anonim şirketlerde iç denetim faaliyeti şirketin bir organı olarak görülen ve organlara has şekilde çeşitli yetkilerle donatılan denetçi veya denetim kurulları tarafından yerine getirilmekteydi. TTK ile denetim sistemi köklü olarak vasıflandırılacak derecede değiştirilmiş, denetçi organ olmaktan çıkarılmış ve iç denetimi yerine getirecek başka bir organa da yer verilmemiştir³⁷⁹.

Dış denetim ise, iç denetimin aksine, şirketin dışından yetkili kişi veya kurumlar tarafından yapılan denetimdir. Dış denetim, yalnızca pay sahiplerinin

³⁷⁵Pulaşlı 2013, a.g.e, s.473.; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.248.

³⁷⁶Pulaşlı 2013, a.g.e, s.473.; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.248.

³⁷⁷Bahtiyar 2019, a.g.e, s.248

³⁷⁸Zekeriyya Arı, Anonim Şirketlerin Denetimi, Bursa, Ekin Yayınları, 2019, s.1,2; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.625d, s.451; Kayıhan, a.g.e, s.232;

³⁷⁹Bahtiyar 2019, a.g.e, s.227; Arı, a.g.e, s.56.

menfaatlerini korumaya yönelik olarak gerçekleştirilen bir denetim türü olmayıp, yatırımcılar ile yatırımcı adayları, şirket alacaklıları, şirketle ticari ilişkiye girecek olan kişiler ve hatta Devletin menfaatlerini korumaya yöneliktir. Bağımsız denetim olarak adlandırılan denetim ile Devlet adına kamu tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilen denetim, dış denetimin türlerindedir³⁸⁰.

TTK m. 210 hükmünde TB'nın, TTK'nın ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkili olduğu, ticaret sicili müdürlükleri ve şirketlerin bu tebliğlere uyacakları, ticaret şirketlerinin, TTK kapsamındaki işlemlerinin, Bakanlık denetim elemanları tarafından denetleneceği, denetimin ilkeleri ve usulü ile denetime tabi işlemlerin Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. Nitekim, bu düzenleme doğrultusunda Bakanlıkça, *Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik* yürürlüğe konulmuştur. Bakanlık tarafından, denetimin bir parçası olarak kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi olan şirketlerin belirlenmesi amacıyla *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliği* çıkarılmıştır. TTK m. 210 hükmü ile hüküm doğrultusunda çıkarılan yönetmelikler, tebliğler kapsamında, Bakanlıkça yerine getirilecek denetim, Devlet denetimidir.

Bağımsız denetim, 6102 sayılı TTK ile getirilmiş olup, 6762 sayılı eski TTK'da yer alan bir sistem değildir. TTK m.397 ile m.406 arasında bulunan hükümlerde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerden hareketle, bağımsız denetim, denetime tabi anonim şirketle organik bir bağı olmayan uzman kişi ya da kişiler tarafından şirketlerin finansal tablolar ile bilgilerinin, Kamu Gözetim, Muhasebe ve Denetimi Standartları Kurumunca yayınlanan denetim standartlarına göre oluşturulmuş Türkiye Denetim Standartlarına uygunluğunun incelendiği, inceleme sonucunda elde edilen tespitlerin kesin görüş içerecek şekilde bir raporla belirlendiği, süreklilik arzeden bir denetim türü

³⁸⁰Arı, a.g.e, s.39; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, p.625d, s.451; Kayıhan, a.g.e, s.233; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.250.

olarak tanımlanabilecektir³⁸¹. Bağımsız denetim tüm anonim şirketler için öngörülmemiştir. TTK m. 397/4 ve 397/5 hükümleriyle anonim şirketler denetim açısından iki grup şeklinde tasnif edilmiştir. Birinci grup, Bakanlar kurulunca belirlenen ölçütleri taşıyan anonim şirketlerin³⁸² Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetimi Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilen kişilerce yapılacak bağımsız denetime tabi kılınmışken, TTK m. 397/4 kapsamı dışında kalan diğer grup, yani Cumhurbaşkanınca belirlenen kriterleri taşımayan anonim şirketler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşlarının, TTK m. 397/5 hükümlerine göre denetlemeye tabi kılınmış, denetime

³⁸¹ A.Engin Ergüden, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Birlikte Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 117, (Mayıs 2014), s. 183-196; Bahtiyar 2019, a.g.e, s.251; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.17-07, s.477,478.

³⁸² 2018/11597 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete: 30432, Tarih: 26/05/2018), ile daha önce 2012/4213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen eşik değerler değiştirilmiştir: Buna göre bağımsız denetim kapsamına dahil olacak şirketler ile kapsam dışında kalacak şirketlere ilişkin ölçütler aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

Bağımsız denetime tabi şirketler

MADDE 3- (1) Aşağıda belirtilen şirketler, 6102 sayılı Kanun ile 26/9/2011 tarihli ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde bağımsız denetime tabidir.

a) Herhangi bir ölçüte bağlı olmaksızın ekli (I) sayılı listede belirtilen şirketler.

b) Aşağıdaki üç ölçütten en az ikisinin eşik değerlerini art arda iki hesap döneminde aşan diğer şirketler:

1) Sermaye piyasası araçları bir borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında halka açık sayılan şirketler için eşik değerler:

i) Aktif toplamı 15 milyon Türk Lirası.

ii) Yıllık net satış hasılatı 20 milyon Türk Lirası.

iii) Çalışan sayısı 50 kişi.

2) Ekli (II) sayılı listede belirtilen şirketler için eşik değerler:

i) Aktif toplamı 30 milyon Türk Lirası.

ii) Yıllık net satış hasılatı 40 milyon Türk Lirası.

iii) Çalışan sayısı 125 kişi.

3) (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilenler kapsamında olmayan şirketler için eşik değerler:

i) Aktif toplamı 35 milyon Türk Lirası.

ii) Yıllık net satış hasılatı 70 milyon Türk Lirası.

iii) Çalışan sayısı 175 kişi.

Kapsam dışında tutulan şirketler

MADDE 4- (1) Aşağıdaki şirketler bu Kararın kapsamı dışındadır:

a) Ekli (I) sayılı liste kapsamında yer alanlar hariç olmak üzere, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna tabi şirketler.

b) Ekli (I) sayılı listede belirtilenler ile ekli (II) sayılı listenin 5(b) sırasında belirtilen şirketler hariç olmak üzere sermayesinin en az yüzde 50'si devlete, il özel idarelerine, kanunla kurulmuş vakıflara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler.

ilişkin usul ve esaslar ile TTK m. 397/5 uyarınca, denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususların Cumhurbaşkanınca³⁸³ çıkarılacak yönetmelik hükümlerine göre düzenlenmesi öngörülmüştür. Bahsedilen yönetmelik taslağı 2013 Eylül ayı itibariyle hazırlanarak kamuoyunun bilgisine sunulmuş olmasına rağmen henüz yürürlüğe girmemiştir.

TTK'da, bağımsız denetime ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Denetimin konu ve kapsamı (TTK m.398), denetçinin seçimi, görevden alınması ve sözleşmesinin feshi(TTK m.399), denetçi olabilecekler(TTK m.400), şirketin ibraz yükümü ve bilgi alma hakkı(TTK m.401), denetim raporu(TTK m.402), denetçinin görüş yazıları(TTK m.403), denetçilerin sır saklamadan doğan yükümlülüğü(TTK m.404), şirket ile denetçi arasındaki görüş ayrılıkları(TTK m.405), topluluk ilişkileri için özel denetçi denetimi(TTK m.406) hususları düzenlenmiş olup, tez konumuz kapsamı içerisinde yer almadığı için incelenmeyecektir³⁸⁴.

³⁸³ 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192 nci maddesiyle 397 nci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “Bakanlar Kurulunca” ibaresi “Cumhurbaşkanınca” şeklinde ve beşinci fıkrasında yer alan “Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca” ibaresi “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmiştir.

³⁸⁴ Bağımsız denetime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar 2019, a.g.e., s.226-251; Tekinalp 2015, a.g.e, pr.17-01-17-61, s.472-503; Pulaşlı 2013, a.g.e.,s.473-502; Üçışık ve Çelik, a.g.e., s.625-708; Çağlar Manavgat, “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, Batider, Cilt: XXX Sayı:3, (2014) s.41-61;Özkorkut, a.g.e, s.29-69; Seniha Dal Çalış, Ercan Yıldırım, “Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetçi”, Mali Çözüm Dergisi (Temmuz-Ağustos 2013), s.87-106.; Mehtap Karakoç, “Türk Ticaret Kanunu ile Birlikte Bağımsız Denetimde Meydana Gelen Gelişmeler”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, (Temmuz 2013), s.17-37; Doğan Kutukız, Akif Öncü, “Bağımsız Denetimin Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimin Gelişmesine Etkisi”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı:41, (2009) s.131-139 ; Mahmut T. Birsnel, A.Murat Sevi, “Anonim Şirket Denetiminde Yeni Yaklaşımlar”, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, (2013) s.33-60 ; Şafak Narbay, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması, Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, Cilt:I, İstanbul 2007, s.287-327; Yahya Deryal, Mehmet Durgut, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Anonim Şirketlerin Denetimine Getirilen Yenilikler”, Mali Çözüm Dergisi Sayı:96, (2009), s.35-66; Muharrem Karataş, “Şirket Denetçiliğinden Bağımsız Denetçiliğe”, Muhasebe ve Denetime Bakış, Sayı:43, (Ekim 2014), s.123-142 ; Soner Altaş, “Ticaret Şirketlerinde Bakanlık Denetimi ve İlgililerin Yükümlülükleri”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı:117, (Mayıs-Haziran 2013), s.89-97 ; Özkan Arslan, “Bağımsız Denetim Yaptırılmamasının Hukuki Sonuçları”, Mali Çözüm Dergisi Sayı:132, (Kasım-Aralık 2015), s.73-86; Enver Bozdemir, “Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetimin Zorunluluğuna İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı:118, (Temmuz-Ağustos 2013), s.67-82.

TTK m.634 hükmünce, TTK m. 397/5 ve 6 hükümleri dışında kalan anonim şirketin, denetçiye, denetime ve özel denetime ilişkin hükümlerinin limited şirketlere de uygulanacağı şeklinde yapılan atıf doğrultusunda, limited şirketler de denetim açısından belirtilen istisnalar haricinde sözkonusu hükümlere tabi olacaktır.

6.2.2. Enerji Şirketlerinin Denetimi

6.2.2.1. Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerin Denetimi

Elektrik piyasası mevzuatında denetime ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. EPK m. 1 hükmünde, Kanunun amacının elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanması olduğu vurgulanmıştır. Maddeden, elektrik piyasasının regülasyonunun yalnızca piyasanın düzenlenmesinden ibaret olmadığı, piyasanın aynı zamanda denetlenmesini de içerdiği anlaşılmaktadır.

EPK'da denetim tanımlanmamıştır. Ancak 4628 sayılı Kanun, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa dayanılarak çıkarılan Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.5 hükmünde, denetimin tanımlandığı görülmektedir. Hükme göre, denetim, elektrik piyasasında faaliyette bulunan tüzel kişilerin her türlü faaliyetlerinin, uygulamalarının, işlem, hesap ve mali tablolarının ilgili mevzuat hükümlerine ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uygunluğunun Kurul ve/veya Kurul adına yetkilendirilen EPDK personeli tarafından incelenerek; muhtemel hata, noksanlık, usulsüzlük ve suistimallerin tespit edilmesi ve Kanunda öngörülen gerekli yaptırımların uygulanması suretiyle; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve rekabete dayalı esaslar çerçevesinde, çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulmasını sağlamak ve mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik piyasası oluşturmak amacıyla yapılan çalışmalar bütünüdür. Görüldüğü üzere elektrik piyasasında EPDK tarafından gerçekleştirilen denetim, TTK kapsamında gerçekleştirilecek olan bağımsız denetim veya bağımsız denetime tabi olmayan

şirketlerin denetiminden farklı olup, daha kapsayıcıdır. Bu denetimle, piyasada faaliyet gösteren şirketin her türlü faaliyetlerinin, uygulamalarının işlem, hesap, mali tabloların yanısıra, elektrik hizmeti sunulurken sağlanan standartlar ile teknik hususlar da denetlenmektedir.

EPK m.5/d hükmünde, lisans sahibi tüzel kişilerin, tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını EPDK denetimine hazır bulundurmak, Kurum tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak Kuruma vermek zorunda olduğu hususuna yer verilmiştir. EPLY m. 29/3-e hükmünde de, lisans sahibinin ilgili mevzuatta sayılanların yanısıra; tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurum denetimine hazır bulundurmak, Kurum tarafından talep edildiğinde denetime açmakla yükümlü olduğu tekrar vurgulanmıştır.

EPK m. 15/1 hükmünde, EPK m.11/10 hükmü uyarınca, Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından işletilecek olan piyasalara ilişkin SerPK hükümleri saklı olmak üzere, dağıtım şirketleri hariç, elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yapılacağı ifade edilmektedir. Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin ise Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Bakanlığa, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabilme veya bu kuruluşlara yetki devretmek suretiyle yaptırabilme konusunda yetki verilmiştir. Bakanlığın, ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarından bu konuya ilişkin olarak yapacağı taleplerin süresinde karşılanması gerekmektedir. Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları EPDK'ya bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.

Maddenin devamında, Bakanlığın ve EPDK'nın bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık ve Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabileceği, bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili

şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine göre Bakanlık ve EPDK tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenleneceği hususlarına yer verilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, *Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik*³⁸⁵ ile *Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Tebliğ (Seri No: 1)*³⁸⁶ çıkarılmıştır. Söz konusu Yönetmelikle ilgili olarak dikkat çeken husus, yönetmeliğin enerji piyasasında faaliyet gösteren yalnızca tüzel kişileri değil, sertifika sahibi gerçek kişileri de denetim kapsamına almış olmasıdır³⁸⁷. EPDK, 5507 sayılı kararıyla,³⁸⁸ “*Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek Ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik*³⁸⁹ ile *Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Tebliğin (Seri No: 6) Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tebliği*³⁹⁰ çıkararak, söz konusu Yönetmelik ve Tebliği yürürlükten kaldırmıştır. TTK m.398 hükmü kapsamında, Cumhurbaşkanı tarafından kriterler belirlenmesine rağmen, EPDK, 5507 sayılı kararıyla, söz konusu kriterlerden söz edilmeksizin belirtilen lisanslara (elektrik piyasası açısından üretim lisansı, dağıtım lisansı, tarifesi düzenlemeye tabi olan Tedarik Lisansı, doğal gaz piyasası açısından dağıtım lisansı iletim lisansı (boru hattı) tarifesi düzenlemeye tabi olan tedarik Lisansı) sahip tüm tüzel kişilerin bağımsız denetim kuruluşlarınca denetlenmesini sağlamakla ve denetim sonucunda düzenlenen raporu Kuruma bildirmekle yükümlü kıldığı görülmektedir. Karar kapsamında, bu ölçütlere uysalar ve bağımsız denetime tabi olmasalar bile m.1 hükmünde belirtilen lisans sahibi tüzel kişilerin bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğüne tabi olduğu ifade edilmiştir. Kararda, bağımsız denetim yükümlülüğü bulunan elektrik piyasasında faaliyet gösteren veya gösterecek üretim lisans sahiplerinden, tesis bazında kurulu gücü 100 megavat (mekanik) ve altında olan üretim lisansı ve önlisansı sahibi tüzel kişiler ile elektrik piyasasında faaliyet gösteren Organize Sanayi Bölgesi (OSB) üretim

³⁸⁵ 03/10/2003 tarihli 25248 sayılı RG.

³⁸⁶ 17/10/2003 tarihli 25262 sayılı RG.

³⁸⁷ Mehmet Özdamar, “Elektrik Piyasası Kanunu ve TTK Çerçevesinde Enerji Şirketlerinin Denetimi”, *Enerji Hukuku Dergisi* Sayı:1, (2013), s.101.

³⁸⁸ 18.03.2015 tarihli 29299 sayılı RG.

³⁸⁹ 25/03/2015 tarihli 29306 sayılı RG

³⁹⁰ 25/03/2015 tarihli 29306 sayılı RG.

ve OSB Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin, bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü dışında tutulduğu görülmektedir. Ayrıca, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi olup, elektrik veya doğal gaz piyasasında faaliyet göstermek üzere Kurumdan lisans almış olan teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıklar ile bunlardan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna tabi olarak özelleştirme kapsam ve programına alınanlar da, bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü dışında tutulmuştur. Bu Karar uyarınca, bağımsız denetim yaptırmak zorunda olan denetlenenin, tabi olduğu diğer bir mevzuat dolayısıyla ya da herhangi bir mevzuata bağlı olmaksızın yaptırdığı bağımsız denetim ve bu denetim sonucu düzenlenen raporlar, söz konusu bağımsız denetimin Kamu Gözetimi Denetim ve Muhasebe Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılmış olması ve denetlenene ait faaliyetlerin, uygulamaların, işlem, hesap ve mali tabloların; ilgili mevzuata uygun ve denetlenenin sahip olduğu lisansın ayrılmaz parçasını oluşturan genel ve özel hükümlere uygunluğunun denetlendiğini gösteren ek bir rapor düzenlemesi kaydıyla Kurumca geçerli sayılır. Karara göre, aynı tüzel kişi tarafından aynı tür piyasa faaliyeti için alınan birden fazla lisans için tek bir bağımsız denetim yaptırılabilir. Bu mahiyetteki bağımsız denetim raporunda, her bir lisans kapsamındaki piyasa faaliyeti için ayrı bir bölümün yer alması zorunludur. Bu kararlar, enerji şirketlerinin bağımsız denetiminin, özel düzenlemelere tabi olmaktan çıkarılmış olduğu ve TTK'da yeralan hükümlere tabi kılındığı anlaşılmaktadır.

EPLY m. 54 hükmünde, elektrik piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin Kanun kapsamındaki faaliyetleri ile uygulamalarının inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yapılacağı, Kurumun, hükmün birinci fıkrası kapsamındaki inceleme ve denetim yükümlülüğü ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendireceği şirketlerden ilgili mevzuata uygun bir şekilde hizmet satın alabileceği, Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin ilgili mevzuat kapsamındaki faaliyetleri ile uygulamalarının periyodik inceleme ve denetiminin, Bakanlık tarafından yapılacağı, ancak, periyodik inceleme ve denetim dışında, Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde, Kanunun 9 uncu ve 16 ncı maddeleri çerçevesinde, dağıtım şirketlerinin ilgili mevzuat kapsamındaki faaliyetleri ile

uygulamalarının inceleme ve denetiminin, Kurum tarafından yapılabileceği hususlarına yer verilmiştir.

EPK Geçici Madde 6/4 hükmünde de, TEDAŞ'ın belirli dönemler itibarıyla dağıtım şirketleri tarafından gönderilen faturalardaki tüketim miktarı ve bedellerinin gerçek durumu gösterip göstermediğine ilişkin olarak dağıtım şirketleri nezdinde gerekli denetimleri yapacağı hususu ifade edilmiştir.

Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte, denetimlerin yürütülmesi, denetlenen tüzel kişilerin yükümlülükleri, denetim yapan kurum personelinin yetkileri, denetim yapan kurum personelinin yükümlülükleri, denetimde uyulacak ilkeler, denetim yapan kurum personelinin kendisini tanıtmaya zorunluluğu, yazışma usulü, raporların sunulmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Yönetmeliğin m.13 hükmü doğrultusunda denetim yapmakla görevlendirilen Kurum personeli tarafından düzenlenen denetim raporunun, Daire Başkanlığına iletileceği, Daire Başkanının, kendi görüşünü de belirtmek suretiyle raporu Başkanlığa sunacağı, Başkanın, denetim raporunu Kurul gündemine öncelikle alacağı belirtilmektedir.

4628 sayılı Kanunun m.5/i hükmüne göre, Kurum, elektrik piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemekle görevlidir. İzleme(gözetim) ve denetleme görevi, Kurumun faaliyet gösterdiği piyasalarda ilgili kanunlar ve ikincil mevzuat uyarınca yapılması gereken inceleme ve denetimleri yapmak veya yaptırmak, gerektiğinde bu hususlarda yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği yapmak, piyasalarda görülen aksaklıklara ilişkin çözüm önerilerinde bulunmak üzere 4628 sayılı Kanunun 9/e maddesi gereği Kurum bünyesinde oluşturulan Denetim Dairesi Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir.

6.2.2.2. Doğal Gaz Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerin Denetimi

Doğal gaz piyasasını düzenleyen DPK m.1 hükmünde, aynı elektrik piyasasında olduğu gibi, Kanunun amacının, doğal gazın kaliteli, sürekli, ucuz,

rekabete dayalı esaslar çerçevesinde çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, doğal gaz piyasasının serbestleştirilerek mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğal gaz piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması olduğu belirtilmiştir.

Denetim, DPK'da tanımlanmamıştır ancak Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yer alan denetim tanımına, Doğal Gaz Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.5 hükmünde de aynı şekilde yer verildiği görülmektedir.

DPK m.6/a-6 hükmünde, lisans sahibi tüzel kişilerin tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını, Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında Kurula vermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. DPLY m.40 hükmünde de benzer şekilde, lisans sahibi tüzel kişilerin tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını, Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiği takdirde denetime açmak, Kurum tarafından belirlenen kayıt ve raporları tutmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için gereksinim duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında Kurula vermek zorunda olduğu hususu tekrar vurgulanmıştır.

DPLY m.41 hükmünde, lisans sahibi tüzel kişilerin lisans kapsamında yer alan faaliyetleri ile ilgili her türlü iş ve işlemleri Kurum tarafından denetlenebileceği veya denetletirebileceği, yaptırımlar ve denetlemeye ilişkin olarak Kurul tarafından yapılan düzenlemeler çerçevesinde, lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen yaptırımlar uygulanacağı hususu yer almaktadır.

Daha önce de değinildiği gibi, lisansın verilmesi konusunda elektrik piyasası mevzuat ile doğal gaz piyasası mevzuatı arasında temel bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; EPLY'de elektrik piyasası için lisansın, EPDK tarafından verileceği belirtilirken, DPLY'de doğal gaz piyasası için Kurul tarafından verileceği belirtilmiştir. Bu

farklılığın denetim alanına da yansıdığı görülmektedir. Elektrik piyasasında denetim, EPK m.5/d hükmü doğrultusunda EPDK tarafından gerçekleştirilirken, doğal gaz piyasasında denetim, DPK m.6/a-6 hükmü doğrultusunda, Kurul tarafından gerçekleştirilmektedir.

4628 sayılı Kanun ile DPK hükümlerine dayanılarak hazırlanan Doğal Gaz Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin, Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te yer alan hükümleriyle büyük ölçüde paralellik gösterdiği görülmektedir.

4628 sayılı Kanunun 5/A-h maddesinde EPDK'nın doğal gaz piyasası faaliyetleri ile ilgili denetleme, ön araştırma ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. İzleme(gözetim) ve denetleme görevi, Kurumun faaliyet gösterdiği piyasalarda ilgili kanunlar ve ikincil mevzuat uyarınca yapılması gereken inceleme ve denetimleri yapmak veya yaptırmak, gerektiğinde bu hususlarda yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği yapmak, piyasalarda görülen aksaklıklara ilişkin çözüm önerilerinde bulunmak üzere 4628 sayılı Kanunun 9/e maddesi gereği Kurum bünyesinde oluşturulan Denetim Dairesi Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir.

6.2.2.3. Müdahalenin TTK Açısından Değerlendirilmesi ve Hükme Aykırılığın TTK Açısından Sonuçları

Elektrik piyasası faaliyeti gösteren şirketler için, TTK'daki denetimlere ek olarak piyasa regülasyonu kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yapılacağı hususu düzenlenmişken, Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin ise Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Elektrik piyasası şirketleri için TTK'da öngörülen denetim dışında, EPDK ve ETKB denetiminin olduğu görülmektedir. Doğal gaz piyasası açısından ise, piyasa regülasyonu kapsamındaki inceleme ve denetiminin dağıtım faaliyeti gösteren şirket ayrımı yapmaksızın Kurul tarafından yerine getirileceği ifade edilmiştir. Bu

düzenlemelerin, TTK'da öngörülen denetime ilişkin düzenlemelere alternatif olarak değil, ek olarak getirildiği ve daha çok piyasa faaliyetlerinin gerek teknik olan gerekse teknik olmayan düzenlemelere uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini tespit etmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Regülasyon kapsamında kalan enerji piyasası faaliyetleri için, piyasa faaliyetlerine yönelik olarak, gerek EPDK ve Kurul, gerekse ETKB tarafından denetim öngörülmüş olması, hem denetimin TTK'da öngörülen denetime alternatif bir denetim olmayıp ek olarak getirilmiş bir denetim olması, hem de regülasyon kurallarına uyulup uyulmadığına yönelik olması nedeniyle, TTK'daki denetim hükümleriyle bir çelişki oluşturmadığı kanaatindeyim.

Enerji şirketleri, aynı zamanda TTK'ya tabi olarak kurulan ve faaliyet gösteren şirketler olarak ticaret şirketleri için belirtilen denetimlere de tabidirler. 6102 sayılı TTK ile bağımsız denetim sisteminin getirilmesiyle birlikte, enerji şirketlerinin bağımsız denetimine yönelik olarak Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek Ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliği'nin çıkarıldığı daha sonra bu yönetmeliğin yürürlükten kaldırıldığı ancak yerine 5507 sayılı Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Faaliyetlerini Bağımsız Denetim Kuruluşlarına Denetletmesi Hakkındaki Kurul kararının yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Bir idari karar niteliğinde olan 5507 sayılı Kurul kararıyla, yasa düzenlemesi olan TTK'da düzenlenen bağımsız denetime ilişkin olarak düzenleme getirilmesinin, norm ihdas etme tekniği açısından uygun olmadığı kanaatindeyim. Zira, sözkonusu Karar'ın m.1 hükmünde, hükümde belirtilen lisans sahibi tüzel kişilerin, faaliyetlerini, uygulamalarını, işlem, hesap ve mali tablolarını ilgili mevzuata uygun olarak, Kurulca yürürlüğe konulan yükümlülüklerle ait düzenlemeler ve sahip oldukları lisansların ayrılmaz parçasını oluşturan genel ve özel hükümlere uygunluğunun, bağımsız denetim kuruluşlarınca denetlenmesini sağlayacağı ve denetim sonucunda düzenlenen raporun, takip eden hesap dönem içerisindeki Mayıs ayının onbeşine kadar Kuruma bildirileceği hususu ile bildirimlerin, yayımlanan Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliği³⁹¹ kapsamında yapılacağı hususu düzenlenmiştir.

³⁹¹ 27/05/2014 tarihli 29012 sayılı RG.

Karar'ın m.2 hükmünde de, bağımsız denetim yükümlülüğü bulunan elektrik piyasasında faaliyet gösteren veya gösterecek üretim lisans sahiplerinden, tesis bazında kurulu gücü 100 megavat (mekanik) ve altında olan üretim lisansı ve önlisansı sahibi tüzel kişiler ile elektrik piyasasında faaliyet gösteren Organize Sanayi Bölgesi (OSB) Üretim ve OSB Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü dışında tutulduğu ifade edilmiştir.

Kararın, yapılacak bağımsız denetimin, ilgili mevzuata uygun olarak lisans sahibi tüzel kişilerin faaliyetlerini, uygulamalarını, işlem, hesap ve mali tablolarını içermesinin yanısıra, Kurulca yürürlüğe konulan yükümlülükler ait düzenlemeler ve sahip oldukları lisansların ayrılmaz parçasını oluşturan genel ve özel hükümlere uygunluğunu da kapsamı gerektiğine ilişkin m.1 hükmünün, TTK'nın m. 397 ile m.406 arasında, bağımsız denetimin nasıl yapılacağı, kapsamı, raporun nasıl hazırlanacağına yönelik hükümlere aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, bağımsız denetimi gerçekleştirecek gerçek/tüzel kişilere, raporun belirtilen süre içerisinde, EPDK'ya, Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliğine uygun olarak bildirilmesi konusunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu durum, TTK'daki bağımsız denetim gerçekleştirecek gerçek/tüzel kişilerin, TTK'nın m. 397 ile m.406 arasında düzenlenen yetki ve görevlerine ilişkin hükümlere de aykırılık teşkil etmektedir. Kararın m.2 hükmünün de, TTK m.397/4 hükmünde yer alan TTK m.398 hükmü kapsamında denetime tabi olacak şirketlerin Cumhurbaşkanınca belirleneceğine ilişkin düzenleme doğrultusunda çıkarılan 26/03/2018 tarihli 2018/11597 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararına³⁹² aykırılık teşkil ettiği açıktır. Zira, sözkonusu Bakanlar Kurulu kararında aşağıda belirteceğimiz bağımsız denetime tabi olmaya ilişkin ölçütler konulmuştur. EPDK Kararının m.2 hükmü ile bu ölçütlere uysalar ve bağımsız denetime tabi olsalar bile hükümde belirtilen lisans sahibi tüzel kişilerin bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü dışında tutulduğu ifade edilmiştir. İdari bir karar olan EPDK Kararı ile enerji şirketleri için TTK'nın ve TTK'ya dayanarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararına aykırı olarak hüküm getirilmiş

³⁹² 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192 nci maddesiyle 397 nci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "Bakanlar Kurulunca" ibaresi "Cumhurbaşkanınca" şeklinde ve beşinci fıkrasında yer alan "Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca" ibaresi "Cumhurbaşkanınca" şeklinde değiştirilmiştir. TTK m.398 hükmü kapsamında denetime tabi olacak şirketler, değişiklik öncesi hüküm kapsamında Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmiştir.

olması, TTK m.330 ile TTK m.210/2 hükümlerine aykırı olduğundan, bu hükümlerin geçerli olamayacağı kanaatindeyim.

Bu noktada, enerji şirketleri, ticaret şirketlerinin bağımsız denetimi için Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararının ile enerji şirketlerinin bağımsız denetimine yönelik olarak getirilen 5507 sayılı Kurul kararına aynı anda tabi olmaktadır.

Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen kriterlerin hangisinin enerji şirketlerini kapsadığı hususunun netleştirilmesi önem arz etmektedir.

TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan 19/12/2012 tarihli ve 2012/4213 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararının eki (II) nolu Cetvelinde, 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Kanun, 18/4/2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 2/3/2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca EPDK düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren lisans, sertifika veya yetki belgesi sahibi şirketlerden (24/11/1994 tarihli 4046 sayılı Kanun hükümlerine tabi Kamu İktisadi Teşebbüsleri hariç) aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanların bağımsız denetime sahip olacaklarına ilişkin düzenleme bulunmaktaydı. Bu ölçütler şu şekildedir:

- a) Aktif toplamı 30 milyon ve üstü olan Türk Lirası olan şirketler
- b) Yıllık net satış hasılatı 60 milyon ve üstü olan Türk Lirası olan şirketler.
- c) Çalışan sayısı 200 ve üstü olan şirketler.

Daha sonra, eskisini yürürlükten kaldıran 26/03/2018 tarihli 2018/11597 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı ile bağımsız denetime tabi şirketlere ilişkin kriterlerde değişiklik yapıldığı görülmektedir. Buna göre, Kararın 3. Maddesinde, aşağıda belirtilen şirketlerin, 6102 sayılı Kanun ile 26/9/2011 tarihli ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri

çerçevesinde bağımsız denetime tabi olduğu düzenlemesi bulunmaktadır. Hükme göre, Kararın ekinde bulunan (I) sayılı listede belirtilen şirketler herhangi bir ölçüte bağlı olmaksızın bağımsız denetime tabidirler. Diğer yandan, hükümde belirtilen üç ölçütten en az ikisinin eşik değerlerini art arda iki hesap döneminde aşan diğer şirketlerin de bağımsız denetime tabi olduğu ifade edilerek, ekteki (II) sayılı listede belirtilen şirketler için eşik değerler belirtilmiştir. Listedeki şirketler aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

- i) Aktif toplamı 30 milyon Türk Lirası olan şirketler
- ii) Yıllık net satış hasılatı 40 milyon Türk Lirası olan şirketler.
- iii) Çalışan sayısı 125 kişi olan şirketler.

Bu ölçütlere göre, enerji şirketlerinin bağımsız denetime tabi olup, olmayacağına ilişkin hususun irdelenmesi gerekmektedir. Enerji şirketlerinden, Kararın eki olan (II) nolu cetvelde EPDK'dan lisans, sertifika veya yetki belgesi alıp bu Kurum düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren şirketler şeklinde bahsedilmiştir. Bu durumda, enerji şirketlerinin hepsi değil, ancak (II) sayılı liste için yukarıda belirtilen eşik değerleri aşanlar bağımsız denetime tabi olacak, belirtilen eşik değerleri aşmayanlar bağımsız denetime tabi olmayacaktır. Kararın 5/1 maddesinde eşik değerlere tabi şirketlerin, Kararda belirtilen üç ölçütten en az ikisinin eşik değerini art arda iki hesap döneminde aştığı takdirde müteakip hesap döneminden itibaren bağımsız denetime tabi olacağı belirtilmektedir. Bağımsız denetime tabi olmayan enerji şirketleri ise, TTK m. 397/5 hükmünde belirtilen denetime tabi olacaktır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasına yönelik usul ve esasları düzenlemek üzere Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca alınan Kurul Kararı kapsamında, 14/02/2019 tarihli Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararına İlişkin Usul ve Esasları'nın³⁹³ çıkarıldığı görülmektedir.

TTK m.397 hükmü kapsamında, hem şirketler iki ayrı cetvelde kategorize edilmiş, hem de kategorize edilen şirketlerin bağımsız denetime tabi olma konusunda

³⁹³ Karar sayı: 75935942-050.01.04-[01/72], Tarih: 14/02/2019.

farklı kriterlerin getirildiği görülmüştür. Kararın 3. Maddesinde, sermaye piyasası araçları bir borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı SerPK kapsamında halka açık sayılan şirketler için getirilen eşik değerlerin, enerji şirketlerinin tabi olduğu kriterlerde yer alan eşik değerlerden (aktif toplamı, yıllık net satış hasılatı ve çalışan sayısı için) daha düşük olduğu görülmektedir. Burada, SerPK'ya tabi daha fazla şirketin bağımsız denetime tabi olmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan maddenin devamında, maddedeki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilenler kapsamında olmayan şirketler için eşik değerlerin ise, enerji şirketlerinin tabi olduğu kriterlerden, (aktif toplamı, yıllık net satış hasılatı ve çalışan sayısı için) daha yüksek belirlendiği görülmektedir. Burada da, belirtilenler dışındaki şirketlerden daha azının, bağımsız denetime tabi olmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Burada, bağımsız denetime tabi olma kriterlerinin kategorize edilen ve kategori dışı kalan şirketler için neden farklı farklı düzenlendiği hususu izaha muhtaçtır. Kriterlerin farklı düzenlenmesi, bağımsız denetime tabi olan şirketlerin her defasında değişmesine yol açacak, böylece bu durum, denetim konusunda uygulama birliğinin oluşmasına engel olacaktır.

Diğer yandan hepsine birden regülasyon adını verdiğimiz, enerji mevzuatı kapsamındaki kanunlar (EPK, DPK) ve kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerle enerji şirketleri için yukarıda da bahsedilen ek denetim mekanizmaları getirilmiştir. Bu düzenlemelerde, dağıtım şirketleri hariç elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin denetiminin EPDK tarafından, dağıtım şirketlerinin denetiminin ise ETKB tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Bakanlığın, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabileceği veya bu kuruluşlara yetki devretmek suretiyle yaptırabileceği hususu ifade edilmiştir. 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanununun m.6 hükmünden sonra gelmek üzere 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun³⁹⁴ m.4 hükmüyle yapılan m.6/C hükmünde gerektiğinde, masrafları ilgililer tarafından karşılanmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak

³⁹⁴ 08.01.2011 tarihli, 27809 sayılı RG.

tarafından yaptırılabilceği ve denetim Şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların, Bakanlık g6r6Şu alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak y6netmelikle d6zenleneceğine dair ifadeler, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın m.2,m.7 ve m.128 h6k6mlerine aykırı bulunarak iptal edilmiŐtir³⁹⁵.

³⁹⁵ Kararda aşağıdaki gerekçeler esas alınmıştır. 6zetle, yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi 6retimi amaçlı kullanımı, kamu d6zeni ve yararına ilişkin olduğu, bu amaca y6nelik hizmetlerin, devletin, kamu iktisadi teŐebb6sleri ve diğer kamu t6zelkiŐilerinin dışında, gerçek ve t6zelkiŐilerce yaptırılmasının denetiminin genel idare esaslarına g6re y6r6t6lmesi gereken kamu hizmeti olduğunda kuŐku bulunmadığı, kamu hizmetlerinin, devletin, kamu iktisadi teŐebb6sleri ve diğer kamu t6zelkiŐilerinin dışında, gerçek ve t6zelkiŐilerce y6r6t6lse bile, bunların hukuka uygunluk denetiminin aslı ve s6rekli bir kamu g6revi olduğu hususunda duraksamaya yer olmadığı, bu nedenle denetim hizmetinin ancak memurlar ve diğer kamu g6revlileri eliyle y6r6t6lmesi gerektiği, Anayasanın 128 inci maddesi ile benimsenen ilkenin de bu doğrultuda olduğu, denetim Şirketi elemanlarının, Anayasanın 128 inci maddesinde nitelikleri belirtilen “kamu g6revlileri” deyimini kapsamına girmediği, denetim konusunda yetkilendirmenin niteliği ve kurallarının, denetim Şirketlerinin niteliği ve stat6s6n6n yasada g6sterilmediği, denetim Şirketlerinin, merkezi idarenin g6zetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar olmadığı ve idare ile aralarında arasında stat6ter bir ilişki olmadığı, 6te yandan, denetim Şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların, ETKB'nın g6r6Şu alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak y6netmelikle d6zenleneceği belirtilmiş olması da, Anayasanın 128 inci maddesinin, “kanunla d6zenleme” gereğinin yerine getirilmediği anlamına geldiği, Anayasanın 2 nci maddesi gereği, yasal d6zenlemelerin hem kişiler hem de idare y6n6nden herhangi bir duraksamaya ve kuŐkuya yer vermeyecek Şekilde açık, net, anlaŐılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu 6nlem içermesinin gerekli olduğu, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddeleri kapsamında y6r6tme organına genel ve sınırları belirsiz bir d6zenleme yetkisinin verilmesinin olanaklı olmayacağı gerekçeleriyle, 6094 sayılı Kanunun 4 6nc6 maddesiyle, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi 6retimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 6 ncı maddesinden sonra gelmek 6zere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının birinci t6mcesindeki “...veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak 6zere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim Şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir” b6l6m6 ile “Denetim Şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık g6r6Şu alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak y6netmelikle d6zenlenir” Şeklindeki ikinci t6mce Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 128 inci maddelerine aykırı bulunuŐ ve iptal edilmeleri gerekmiştir. (AYM 5.7.2012 t.li, 2011/27 E.,2012/101 K. Nolu kararı, (06/10/2012 tarihli 28433 sayılı RG.)); Ayrıca benzer Şekilde, 4628 sayılı Kanunun Geçici 14/f maddesine yapılan “...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim Şirketlerine yaptırılması sağlanır.Denetim Şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili Bakanlıkların g6r6Şu alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak y6netmelikle d6zenlenir” ifadelerinin de iptaline karar verilmiştir.(AYM 27.9.2012 t.li 2012/6 E.,2012/131 K. Nolu kararı, (13/02/2013 tarihli28558 sayılı RG)); Yine, Şekilde, 4628 sayılı Kanunun m. 2/4-c maddesinde yer alan “...veya yetkilendireceği denetim Şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle...”ve Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi 6retimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 6/C maddesinin altıncı fıkrasının birinci t6mcesindeki. “...veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak 6zere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim Şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir... Denetim Şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili Bakanlıkların g6r6Şu alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak y6netmelikle d6zenlenir” ifadelerinin de iptali talebiyle açılan davada iptal talebinin reddine karar verilmiştir.(AYM 27.12.2012 t.li 2012/102 E.,2012/207 K. Nolu kararı, (02/04/2013 tarihli 28606 sayılı RG (M6kerrer).); Kararlarla ilgili ayrıntılı değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Cem Çağatay Orak, “Elektrik 6retim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları 6zerine”, Gazi 6niversitesi Hukuk Fak6ltesi Dergisi Cilt:XIX, Sayı: 1, (2015), s.253-304.

Gerek Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.5 hükmünde, gerekse Doğal Gaz Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.5 hükmünde denetimin tanımına göre, EPDK veya Kurul tarafından yapılacak denetim, şirketlerin her tür faaliyetlerini, uygulamalarını işlem, hesap ve mali tablolarının ilgili mevzuat hükümlerine ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uygunluğunu kapsamakta, muhtemel hata, noksanlık, usulsüzlük ve suistimallerin tespit edilmesi halinde Kanunda öngörülen gerekli yaptırımların uygulanacağı ifade edilmektedir. Yapılan denetim ve uygulanan yaptırımlar ile elektrik piyasası açısından elektriğin, doğal gaz piyasası açısından doğal gazın yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve rekabete dayalı esaslar çerçevesinde çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulmasını sağlamak ve mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik piyasası oluşturmak şeklinde amaçlar güdülmektedir. Görüldüğü üzere elektrik piyasasında EPDK tarafından gerçekleştirilen denetim, TTK kapsamında gerçekleştirilecek olan bağımsız denetim veya bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin denetiminden farklı olup, daha kapsayıcıdır. Zira EPDK denetimi, bir yönüyle TTK anlamında bir yönüyle mali denetim iken, bir yönüyle ilgili piyasa mevzuatına uygunluğunu sağlayacak bir regülasyon denetimidir, bir yönüyle de, piyasa hizmetinin sürekliliğini sağlamak amacıyla teknik bir denetimdir. Bu mahiyette bir denetim karma denetim niteliği göstermektedir.

Bağımsız denetime tabi olup da, bunu yerine getirmeyen enerji şirketlerine uygulanacak yaptırımların olup olmadığı hususunun tespit edilmesi önemlidir. TTK m. 397/2 hükmünde denetime tabi olduğu hâlde, denetletirilmemiş finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun düzenlenmemiş hükmünde olduğu ifade edilmektedir. Gerek, TTK m.397/1, gerekse m.397/2 hükümlerinden hareketle, bağımsız denetimin esas itibarıyla finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetlenmesini içerdiği söylenebilecektir. Diğer yandan TTK m. 408/2 hükmünde, anonim şirketlerde genel kurulun devredilemez yetki ve görevlerinden bahsedilmiştir. TTK m. 408/2-d hükmüne göre, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması

dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması genel kurulun devredilemez yetki ve görevlerinden biridir. Bağımsız denetime tabi olunmasına rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, genel kurul tarafından finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması konularında karar verilemeyecek, verilse bile, TTK m. 447 hükmü kapsamında, genel kurul kararlarının butlanla sakat hale geldiğinin tespiti için dava açılabilir. Yani, bağımsız denetim zorunluluğu olmasına rağmen yapmayan anonim şirket, kâr dağıtamayacak, sermaye artıramayacak ya da azaltamayacak, kredi sağlayan fon şirketlerine finansal tablolar verilemeyecek, şirket genel kurul tarafından mali tabloların incelenmesi, tartışılması ve ibrası yapılamayacaktır.

Bağımsız denetime tabi olunmasına rağmen denetimden geçmemiş finansal tablolar hükümsüz olduğundan TTK m.531 hükmünde yer alan haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerinin, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebileceğine yönelik düzenleme kapsamında, şirketin feshini mahkemeden talep edebilecektir. Mahkemece, fesih kararı verilmek zorunda değildir. Mahkeme dilerse, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir³⁹⁶.

Denetçi seçilmemesinden dolayı şirkette doğacak zarardan yönetim kurulu üyeleri TTK m. 553 hükmü gereği sorumlu olacaktır. Ayrıca, seçilen denetçinin bağımsız denetime tabi şirketlere ait internet siteleri üzerinden duyurulmaması durumunda da, TTK m. 562/12 hükmüne göre, maddede öngörülen internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim kurulu üyeleri, yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

³⁹⁶ Arslan, a.g.m, s.73-86.

TTK m.554 hükmünde, şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi ve özel denetçilerin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumlu oldukları belirtilmiştir.

Bağımsız denetimin yapılmaması nedeniyle, TTK'da şirketlere yönelik olarak idari para cezası öngörülmemiştir ancak SerPK (m.14/3), Bankacılık Kanunu(m.39/2), Sigortacılık Kanunu(m.18/2) gibi özel kanunlarda idari para cezasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Enerji mevzuatında bağımsız denetimin yapılmamış olması nedeniyle şirketlere özel olarak bir yaptırım veya idari para cezası öngörülmemiştir. Bağımsız denetime tabi olmasına rağmen, bunu gerçekleştirmeyen enerji şirketi, TTK açısından yukarıda açıkladığımız sonuçlarla karşılaşacaktır.

6.2.2.4. Müdahalenin Enerji Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

EPDK denetimi sonucunda, mevzuata aykırı iş ve işlem yaptığı tespit edilen doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlere, DPLY m.41 hükmü gereği fiilin niteliğine göre Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır. Aynı husus Doğal Gaz Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m. 14 hükmünde de yer almıştır. Hükme göre, yapılan denetimlerde, ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık tespit edilmesi halinde, bu Yönetmeliğin Üçüncü Bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde işlem yapılır ve gerektiğinde fiilin niteliğine göre DPK m.9 hükmünde öngörülen yaptırım ve cezalar uygulanacaktır. Elektrik piyasası açısından da EPK m. 15/1 hükmünde denetim raporunun sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemlerin Kurul tarafından karara bağlanacağı belirtilmiştir. Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.14 hükmünde de, yapılan denetimlerde, ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık tespit edilmesi halinde, bu Yönetmeliğin Üçüncü Bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde işlem yapılacağı

ve gerektiğinde fiilin niteliğine göre EPK 16 ncı maddesinde öngörülen yaptırım ve cezalar uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir.

6.3. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ

6.3.1. TTK'ya Göre Kamuyu Aydınlatma İlkesi

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) Konseyi tarafından, ulusal hükümetler, ilgili uluslararası kuruluşlar ve özel sektör ile birlikte yapılan çalışmalar sonucunda, 1999 yılında bir dizi standart ve yol gösterici prensibi içeren Kurumsal Yönetim İlkeleri adlı bir belge hazırlanarak yayımlanmıştır. Bu ilkeler, adil olma, şeffaflık ve kamuyu aydınlatma,³⁹⁷ hesap verebilirlik ve sorumluluk olmak üzere dört ana ilkedен oluşmaktadır. Kamuyu aydınlatma, özellikle OECD'nin Kurumsal

³⁹⁷ Kamuyu aydınlatma ilkesi ilk olarak İngiltere'de Companies Act (Şirketler Kanunu) ile birlikte ortaya çıkmış, önce Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ABD'ye daha sonra Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen diğer ülkelere yayılmıştır.(Bkz. Üçışık ve Çelik, a.g.e, s.63; Mahfi Eğilmez, İngiltere'de Sermaye Piyasası, Maliye Dergisi, Sayı:60, (Kasım Aralık, 1982), s.49 ; Oğuz; İmregün, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968, s.34; Mustafa İhtiyar, Sermaye Piyasası Hukukunda, Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2006, s.6.); Anglosakson hukuk sisteminde görülmesinin nedeni, sermaye piyasası hukukunun ve halka açık ortaklıkların Anglosakson hukuk sisteminde, Kıta Avrupası hukuk sistemine kıyasla daha fazla gelişme göstermesidir. (bkz. Mustafa Keskin, Halka Açık Anonim Ortaklıkların, Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s.3)

Yönetim İlkeleri³⁹⁸ yayınlamasından sonra, Türkiye’de ve Dünya’da daha fazla ilgi görmeye başlayan ve önem kazanan bir yönetim sistemidir³⁹⁹.

Kamuyu aydınlatma ilkesi, *Tekinalp* tarafından, *ortaklık pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerini korumaya ve haklarını bilinçli ve etkili bir şekilde kullanmaya yardım eden; gelecekteki pay ve tahvil sahiplerinin ve sermaye piyasasının diğer ilgililerinin aldatılmalarını önleyip, ortaklık yararına kazanılmalarını sağlayan; özel ekonomik gücün, milli iktisadın gereklerine ve faydasına uygun çalışmasını gerçekleştiren; gerek iç gerek dış denetimi kapsamı içine alan ilkelerin tümü* şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁰⁰ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, kamuyu aydınlatma ilkesinin muhatabı, yalnızca hali hazırda şirketteki pay sahipleri değil, gelecekteki pay sahipleri, alacaklılar, işçiler, üreticiden tüketiciye farklı toplum katmanları ve devlettir⁴⁰¹.

³⁹⁸ OECD, Kurumsal yönetim İlkelerini 2015 yılında yenilemiş olup, kamuyu aydınlatma ilkesini aşağıdaki alt başlıkları içerecek şekilde güncellemiştir.

A. Kamu açıklamaları aşağıdaki konulara ilişkin ancak bunlarla sınırlı olmaksızın önemli bilgileri içermelidir:

1. Şirketin finansal ve operasyonel sonuçları
2. Şirket hedefleri ve finansal olmayan bilgiler.
3. Nihai pay sahipleri dâhil olmak üzere büyük ortaklar ve oy hakları.
4. Yönetim kurulu üyelerinin ve kilit yöneticilerin ücretlendirilmesi.
5. Vasıfları, seçilme usulü, diğer şirketlerdeki yönetim kurulu üyelikleri ve yönetim kurulu tarafından bağımsız üye olarak kabul edilip edilmedikleri dâhil yönetim kurulu üyeleri ile ilgili bilgiler.
6. İlişkili taraf işlemleri.
7. Öngörülebilir risk faktörleri.
8. Çalışanlara ve diğer menfaat sahiplerine ilişkin konular.
9. Herhangi bir kurumsal yönetim kodu veya politikasının içeriği ile bunların uygulandığı prosedürler dâhil olmak üzere yönetim yapıları ve politikaları.

B. Bilgiler, yüksek kalite muhasebe ve finansal ve finansal olmayan raporlamalara standartlarına uygun olarak hazırlanmalı ve açıklanmalıdır.

C. Mali tabloların şirketin finansal durum ve performansını her açıdan doğru bir şekilde yansıttığına ilişkin tarafsız bir dış güvencenin yönetim kuruluna ve pay sahiplerine sağlanabilmesi için yıllık denetim, bağımsız, yetkin ve uzman bir denetçi tarafından yüksek kalite denetleme standartlarına uygun olarak yapılmalıdır.

D. Dış denetçiler pay sahiplerine karşı sorumlu olmalı ve denetimin yürütülmesinde şirkete karşı gerekli mesleki özeni gösterme yükümlülükleri olmalıdır.

E. Bilgi yayma kanalları, kullanıcıların ilgili bilgilere erişimini adil bir şekilde, zamanında ve düşük maliyetle sağlamalıdır (G20/OECD Kurumsal yönetim İlkeleri OECD’nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu, Eylül,2015) <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

³⁹⁹Hakan Kılçı, Kurumsal Yönetimde Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık İlkesinin Yeri ve Önemi, Tebliğ, International Congress of Management Economy and Policy, (20-21 Mayıs 2017), s.49, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/430169> (Erişim Tarihi:04.12.2018).

⁴⁰⁰Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeler, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 53.

⁴⁰¹Karasu 2015, a.g.e, s.108.

Türkiye’de, kamuyu aydınlatma ilkesine yönelik ilk düzenlemelerin 6762 sayılı TTK’da yer aldığı anlaşılmalı birlikte, ilke, çoğunlukla halka açık anonim şirketlerle özdeşleştirilmiş, böylece sermaye piyasası hukukuna endeksli bir gelişim göstermiştir. Sermaye piyasası açısından ise, kamuyu aydınlatma ilkesine 1982 yılında 2499 sayılı SerPK’da (m.16, m.16/A, m.22e)⁴⁰² yer verildiği görülmektedir⁴⁰³. 6362 sayılı SerPK’da kamuyu aydınlatma ilkesinin halka açık anonim şirketlerde ve özellikle iki hususla ilgili olarak öngörüldüğü bilinmektedir. Birisi finansal tablo ve raporlarla ilgili olup, SerPK m. 14/1 hükmünde, ihraççının, kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Sermaye Piyasası Kurulunca istenecek finansal tablo ve raporları, şekil ve içerik bakımından Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak, zamanında, tam ve doğru bir şekilde hazırlamak ve ibraz etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Diğeri ise, SerPK m. 15/1 hükmünde düzenlenmiş olup, sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin ihraççılarca veya ilgili taraflarca, kamuya açıklanacağına ilişkindir. SerPK’ya dayanılarak çıkarılan çeşitli tebliğlerde de, kamuyu aydınlatma ilkesine yönelik daha ayrıntılı hükümlere yer verildiği görülmektedir. SPK tarafından, SerPK’ya dayanarak kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin ikincil mevzuat mahiyetinde çeşitli düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Bu bağlamda, SerPK m. 17 hükmüne dayanarak yürürlüğe konulan Kurumsal Yönetim Tebliği’nin (I-17.1)⁴⁰⁴ 2. Maddesinde kamuyu aydınlatma ve şeffaflık hususunun kapsamına ilişkin bir takım düzenlemeler yer almaktadır⁴⁰⁵.

⁴⁰²2499 sayılı SerPK’nın kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin maddeleri ile çıkarılan tebliğ düzenlemeleri ile ilgili olarak bkz. Veliye Yanlı, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s.65 v.d.

⁴⁰³Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.202, 203.

⁴⁰⁴ 03.01.2014 tarihli, 28871 sayılı RG.

⁴⁰⁵ Tebliğin, *Kamuyu Aydınlatma Ve Şeffaflık* başlığını taşıyan 2. Maddesi aşağıdaki düzenlemeleri içermektedir:

2.1.Kurumsal İnternet Sitesi

2.1.1.Ortaklığın kurumsal İnternet sitesinde; ilgili mevzuat uyarınca açıklanması zorunlu bilgilerin yanı sıra; ticaret sicili bilgileri, son durum itibarıyla ortaklık ve yönetim yapısı, imtiyazlı paylar hakkında detaylı bilgi, değişikliklerin yayınlandığı Türkiye Ticaret Sicili Gazeteleri’nin tarih ve sayısı ile birlikte ortaklık esas sözleşmesinin son hali, özel durum açıklamaları, finansal raporlar, faaliyet raporları, izahnameler ve diğer kamuyu aydınlatma belgeleri, genel kurul toplantılarının gündemleri, katılanlar cetvelleri ve toplantı tutanakları, vekaleten oy kullanma formu, pay alım teklifi veya vekalet toplanmasında hazırlanan zorunlu bilgi formları ve benzeri formlar, varsa şirketin kendi paylarının geri alınmasına ilişkin politikası, kâr dağıtım politikası, bilgilendirme politikası, şirket tarafından oluşturulan etik kurallar ve sıkça sorulan sorular başlığı altında, şirkete ulaşan bilgi talepleri ile soru ve şikayetler ve bunlara verilen cevaplar yer alır. Bu kapsamda, en az son 5 yıllık bilgilere kurumsal İnternet sitesinde yer verilir.

6362 sayılı SerPK'nın bir özelliği de, TTK'da halka arz hükümlerinde olduğu gibi kamuyu aydınlatma konusuna izahname ve ihraç belgesi ile sınırlı olmak üzere bakmamasıdır. Bu açıdan Kanunla getirilen en önemli yenilik *kamuyu aydınlatma belgeleri* şeklinde bir kavramın hukukumuzda getirilmiş olmasıdır. İzahnamenin bir kamuyu aydınlatma belgesi olarak kabul edildiği SerPK m.3/j hükmündeki tanımdan anlaşılmaktadır⁴⁰⁶. Bunun dışında, kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluğu düzenleyen SerPK m.32 hükmünde, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme belgelerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar kamuyu gibi Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen sair kamuyu aydınlatma belgeleri de denmek suretiyle hükümdeki sayımın tadadı olmadığı vurgulanmıştır⁴⁰⁷. Yine, 6362 sayılı SerPK, 2499 sayılı SerPK'ya dayanılarak çıkarılan Bilgi, Belge ve Açıklamaların Elektronik Ortamda İmzalanarak Kamuyu

2.1.2. Şirketin ortaklık yapısı; dolaylı ve karşılıklı iştirak ilişkilerinden arındırılmak sureti ile %5'ten yüksek paya sahip olan gerçek kişi pay sahiplerinin isimleri, pay miktarı ve oranları ile hangi imtiyaza sahip oldukları gösterilecek şekilde asgari 6 ayda bir güncellenecek şekilde açıklanmalıdır.

2.1.3. Sermaye piyasası mevzuatı uyarınca kamuya açıklanması gereken, özel durum ve dipnotlar hariç finansal tablo bildirimleri Türkçe'nin yanısıra eşanlı olarak İngilizce de KAP'ta açıklanır. İngilizce açıklamalar, açıklamadan yararlanacak kişilerin karar vermelerine yardımcı olacak ölçüde doğru, tam, dolaysız, anlaşılabilir, yeterli ve açıklamanın Türkçesi ile tutarlı olacak şekilde özet olarak hazırlanır.

2.1.4. İnternet sitesinde yer alan bilgiler, uluslararası yatırımcıların da yararlanmasından dolayı Türkçe ile tamamen aynı içerikte olacak şekilde ayrıca ihtiyaca göre seçilen yabancı dillerde de hazırlanır.

2.2. Faaliyet Raporu

2.2.1. Yönetim kurulu, faaliyet raporunu kamuoyunun şirketin faaliyetleri hakkında tam ve doğru bilgiye ulaşmasını sağlayacak ayrıntıda hazırlar.

2.2.2. İlgili mevzuatta ve kurumsal yönetim ilkelerinin diğer bölümlerinde belirtilen hususlara ek olarak yıllık faaliyet raporlarında;

a) Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin şirket dışında yürüttükleri görevler hakkında bilgiye ve yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlığına ilişkin beyanlarına,

b) Yönetim kurulu bünyesinde oluşturulan komitelerin üyeleri, toplanma sıklığı, yürütülen faaliyetleri de içerecek şekilde çalışma esaslarına ve komitelerin etkinliğine ilişkin yönetim kurulunun değerlendirmesine,

c) Yönetim kurulunun yıl içerisindeki toplantı sayısına ve yönetim kurulu üyelerinin söz konusu toplantılara katılım durumuna,

ç) Şirket faaliyetlerini önemli derecede etkileyebilecek mevzuat değişiklikleri hakkında bilgiye,

d) Şirket aleyhine açılan önemli davalar ve olası sonuçları hakkında bilgiye,

e) Şirketin yatırım danışmanlığı ve derecelendirme gibi konularda hizmet aldığı kurumlarla arasındaki çıkar çatışmaları ve bu çıkar çatışmalarını önlemek için şirketçe alınan tedbirler hakkında bilgiye,

f) Sermayeye doğrudan katılım oranının %5'i aştığı karşılıklı iştiraklere ilişkin bilgiye,

g) Çalışanların sosyal hakları, mesleki eğitimi ile diğer toplumsal ve çevresel sonuç doğuran şirket faaliyetlerine ilişkin kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri hakkında bilgiye,

yernverilir.

⁴⁰⁶Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.212, 213; Ece Deniz Günay, "Kamuyu Aydınlatma İlkesinin 6362 Sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanununa Yansımaları", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 77, (Ocak 2013), s. 20-22.

⁴⁰⁷Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.212, 213

Aydınlatma Platformuna Gönderilmesine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁴⁰⁸ de kullanılan Kamuyu Aydınlatma Platformu⁴⁰⁹ kavramına kanun metninde yer vermiş ve kavramı m.3/k hükmünde tanımlamıştır⁴¹⁰.

Sermaye piyasasında kamuyu aydınlatma ilkesi, SerPK'ya dayanarak çıkarılan ikincil mevzuat kapsamındaki düzenlemelerde de kendine yer bulmaktadır. 2499 sayılı SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ve yeni Kanunun yürürlüğe girene kadar uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin, Kanunun yayımından itibaren bir yıl içerisinde yürürlüğe konulacağı, bu düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar ise mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan düzenlemelerin uygulanmasına devam edileceğinin belirtilmesi nedeniyle çeşitli tebliğlerde⁴¹¹ kamuyu aydınlatma ilkesi düzenlenmiştir. 6362 sayılı SerPK'ya dayanarak çıkarılan Pay Tebliği(VII-128.1),⁴¹² İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği(II-5.1)⁴¹³, Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği (II-14.1)⁴¹⁴ Yatırım Fonlarının Finansal Raporlama Esaslarına İlişkin Tebliğ (II-14.2)⁴¹⁵, Borçlanma Araçları Tebliği (II-31.1),⁴¹⁶ Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği(II-5.2)⁴¹⁷, Özel Durumlar Tebliği (II-15.1)⁴¹⁸ Payları Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıklara İlişkin Özel Durumlar Tebliği (II-15.2)⁴¹⁹ gibi ikincil mevzuat kapsamında da kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

⁴⁰⁸30.5.2009 tarihli 27243 sayılı RG.

⁴⁰⁹ SerPK m.3/k hükmünde, Kamuyu Aydınlatma Platformu, *mevzuat uyarınca kamuya açıklanması gerekli olan bilgilerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistemi şeklinde* tanımlanmıştır.

⁴¹⁰Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.216.

⁴¹¹ Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Tebliğ (VIII-54)(6.2.2009 tarihli, 27133 sayılı RG.), İhraç Ettiği Sermaye Piyasası Araçları Bir Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıkların Özel Durumlarının Kamuya Açıklanmasına İlişkin Tebliğ (VIII-57)(6.3.1994 tarihli, 27133 sayılı RG.), Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına Ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (IV-8)(9.2.2009 tarihli, 21872 sayılı RG.), Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (IV-44)(2.9.2009 tarihli, 27337 sayılı RG.) Bilgi, Belge ve Açıklamaların Elektronik Ortamda İmzalanarak Kamuyu Aydınlatma Platformuna Gönderilmesine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (VIII-61)(30.5.2009 tarihli, 27243 sayılı RG.).

⁴¹²22.6.2013 tarihli, 28685 sayılı RG.

⁴¹³22.6.2013 tarihli, 28685 sayılı RG.

⁴¹⁴13.6.2013 tarihli, 28676 sayılı RG.

⁴¹⁵30.12.2013 tarihli:28867 sayılı RG, (Mükerrer).

⁴¹⁶7.6.2013 tarihli, 28670 sayılı RG.

⁴¹⁷28.6.2013 tarihli, 28691 sayılı RG.

⁴¹⁸23.1.2014 tarihli, 28891 sayılı RG.

⁴¹⁹23.1.2014 tarihli, 28891 sayılı RG.

6102 sayılı TTK'da da, bu ilkenin yansıması olan birçok düzenleme bulunduğu görülmektedir. Yalnızca bir kısmında doğrudan kamuyu aydınlatma ifadesi kullanılan bu düzenlemelerin kurumsal yönetim ilkelerinden biri olarak belirlenen kamuyu aydınlatma ilkesinin kapsamında yer alan alt başlıklarla ilgisine bakıldığında aşağıdaki şekilde bir tablo ortaya çıkmaktadır:

- Kamuya açıklanması gereken önemli olay ve gelişmeler (m.514, m.518, m.1524)
- Kamunun aydınlatılmasında periyodik mali tablo ve raporlar (m.514, m.515, m.1524),
- Şirket ile pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasındaki ilişkilerin kamuya açıklanması (m.395, m.396, m.516, m.518, m.1524)
- Bağımsız denetimin işlevi(m.397 ila m.406 arası hükümler),
- Ticari sır kavramı ve içerden öğrenenlerin ticareti, (m.404)⁴²⁰

Öte yandan, TTK ile getirilen bütün sermaye şirketleri için öngörülen internet sitesi açma yükümlülüğünün kapsamının 6335 sayılı Kanun⁴²¹ ile daraltılması ve aynı Kanun kapsamında anonim şirketin ve topluluğun finansal tabloları, faaliyet raporu, kar dağıtımına ilişkin genel kurul kararı ve denetçinin görüşü ve genel kurulun buna ilişkin kararının TTSG'de ilanına ilişkin m.524 hükmü, merkezleri Türkiye dışında bulunan şirketlerin şubelerinin finansal tabloları ile şubesi oldukları şirketin yılsonu tablolarının özeti ile yıllık raporlarını onaydan itibaren altı ay içinde m.524 hükmü gereği Türkiye'de yayımlaması gerektiğine ilişkin m.525 hükmü ve küçük ölçekteki şirketler ile merkezleri yurtdışında bulunan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin yayımlayacakları özet finansal tablolarının içeriğinin Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından belirleneceğine ilişkin m.526 hükmünün yürürlükten kaldırılmış olması, TTK'da kendine yer bulan kamuyu aydınlatma ilkesinin zayıflatılmasına yol açtığı haklı olarak ileri sürülmüştür⁴²².

⁴²⁰ Nalan Akdoğan, M.Uğur Akdoğan, Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Düzenlemelerinin Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkeleriyle Uyumunun Karşılaştırmalı Olarak Analizi, Muhasebe ve Denetime Bakış, Cilt: 4 Sayı:35, (Ekim 2011), s.1-31.

⁴²¹ 30.06.2012 tarihli 2833 sayılı RG.

⁴²²Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), 2013, a.g.e, s.204.

6.3.2. Enerji Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma İlkesi ve TTK Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi

Enerji mevzuatında (EPK ve DPK) kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin özel hükümler olmamakla birlikte, bu ilkenin kapsamına giren TTK ve SerPK hükümlerinin enerji şirketlerine tam olarak regülasyon müdahalelerinin kapsamı ve kontrolü altına almış olduğu alanlarda nasıl uygulanacağı tartışmalı alanlardandır. Yani, doğrudan kamuyu aydınlatma ilkesine yönelik bir regülasyon müdahalesi olmamasına rağmen, regülasyon müdahalelerinin, kamuyu aydınlatma ilkesinin enerji şirketlerinde uygulanmasını, birçok açıdan etkilemesini, kaçınılmaz kıldığı görülmektedir.

Enerji mevzuatında doğrudan kamuyu aydınlatma ilkesini öngören özel hükümler bulunmamaktadır. Ancak, gerek elektrik gerekse doğal gaz mevzuatında, her iki piyasada faaliyet gösteren şirketlerin, EPDK'ya veya Kurula bilgi vermesi, belge ibraz etmesi, açıklama yapması, denetime hazır bulunması, yanlış bilgi ve belge vermenin yaptırımı bağlanması, enerji şirketlerinin kamuya karşı değil, regülasyon kurumu EPDK'ya karşı şeffaf olmasının ve Kurumu sürekli bir şekilde aydınlatma yükümlülüğü altında olduğunun göstergesidir. Yani, enerji şirketleri, kamu adına düzenleme ve denetleme yapmakla görevli EPDK'ya karşı aydınlatma, şeffaf olma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla, kamuyu aydınlatma ilkesinin, enerji piyasasında hiç olmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Ancak ilkenin görünüm değiştirdiğini söylemek daha doğru olacaktır. Bahse konu şeffaflık, bilgi verme, belge sunma, denetime hazır halde bulundurma gibi yükümlülüklerin büyük çoğunluğu, tezimiz kapsamında incelediğimiz, şirketlerin yapısından ziyade tez konumuz kapsamına girmeyen faaliyet alanlarına yönelik olduğundan burada ele alınmayacaktır.

Diğer yandan, TTK'ya tabi olan enerji şirketleri, aynı zamanda SerPK'ya tabi olması durumunda da, SerPK'da bahsedilen anlamda kamuyu aydınlatma ilkesine tabi olacaktır. Enerji şirketi, şayet halka açık anonim şirket ise, SerPK'ya tabi olduğundan, SerPK'dan kaynaklanan kamuyu aydınlatma ilkesine uygun davranmakla yükümlü olacaktır. Bu durumda, enerji mevzuatı ve sermaye piyasası mevzuatının her ikisi de TTK'ya nispeten özel kanun niteliğinde olduğundan, TTK'nın hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacak olmasına rağmen, bu iki özel kanunun birbiriyle çatıştığı

durumda, hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Şayet, piyasa faaliyeti gösteren şirket halka açık olmayan anonim şirket sözkonusu ise SerPK'ya tabi olmayacak ancak TTK'ya tabi olacaktır. Bu durumda, TTK'da düzenlenen kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin hükümlere tabi olacaktır. TTK ile enerji mevzuatının çatıştığı durumlarda ise, TTK m. 330 hükmü devreye girerek özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması doğrultusundaki hükmü kapsamında, enerji mevzuatının kamuyu aydınlatma ilkesine aykırı hükümlerinin öncelikli olarak uygulanmasına imkan verecektir. Enerji mevzuatı ile sermaye piyasası mevzuatının çatışmasına ilişkin muhtemel sorunla⁴²³ ilgili olarak SerPK m.2 hükmünde bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Hükümde, SerPK'da ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağına belirtildiği hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı şeklinde bir ifade bulunduğu görülmektedir. Düzenlemenin, SerPK'nın, kendisi kapsamına giren aynı zamanda herhangi bir nedenle başka özel kanunlara da tabi olan şirketleri göz önüne aldığı düşünülmektedir. Düzenleme, tabi olunan diğer özel kanunda, SerPK'nın uygulanmayacağına yönelik hüküm öngörülmesi ve SerPK'ya ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta hüküm olmaması halinde genel hükümlerin, yani TTK hükümlerinin uygulanacağı hususunu içermektedir. Hükümde, SerPK ile birlikte SerPK'ya

⁴²³ Benzer bir durum Bankacılık Kanununa göre kurulup faaliyet gösteren ancak aynı zamanda SerPK hükümlerine tabi olan halka açık bankalar açısından da sözkonusudur. Bankacılık Kanunu m.73 hükmünde banka sırrından ve müşteri sırrının saklanması bahsedilmektedir. (Banka sırrı kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akın Ekici, "Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı", Bankacılar Dergisi, Sayı:63, (2007), s.51-70; Servet Taşdelen, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.760.) Bankaların Bankacılık Kanunu açısından yasal olarak açıkça yetkili kılınan BDDK'ya banka sırrı niteliğindeki bilgileri açıklamakla yükümlü olduğu açıktır. Buna ek olarak halka açık bankalarda, kamuyu aydınlatma ilkesi kapsamında hisse senetlerinin değerini etkileyebilecek bütün hususların kamuya açıklanması gerekli olduğundan, banka sırrından bahsetmenin güç olduğu açıktır. Bankalar, şirketin sermaye durumunu, mali tablolarını, mali yapısını, malvarlığı durumunu, yönetsel yapısını, yatırımcının yatırım kararını etkileyebilecek önemli olay ve gelişmeleri, sermaye piyasası araçlarının değerini ve tüm mali konulardaki değişiklikleri kamuyu aydınlatma çerçevesinde bildirme yükümlülüğü altındadır. Zira, halka açık bankaların tüm pay sahiplerinin eşit ve eş zamanlı bilgiye sahip olması ancak bu şekilde mümkün olmaktadır. Bankalar, sermaye piyasası mevzuatına tabi oldukları hususlar açısından, SPK'nın denetim ve gözetimine tabi olacaklarından SerPK m. 88, 89 hükümleri kapsamında, denetim kapsamına giren tüm konularla ilgili her türlü bilgiyi talep etme hak ve yetkisine sahip olduğundan, halka açık bankalar SerPK kapsamında banka sırrı bile olsa kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde talep edilen bilgileri verme zorunluluğuna tabidirler.(Bkz. Ahmet Battal, Güven Kurumu Nitelendirme İşliğinde Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001, s.82; Asuman Turanboy, Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2002, s.81; Zeynep Or, "Bankaların Halka Açılması ve Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü: Hukuksal Bir Bakış Açısı", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, (Temmuz 2011), s. 39-49.)

dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta hükümler var ise denilmek suretiyle, SerPK ile birlikte SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta yer alan hükümlere, diğer özel kanun hükümlerine (enerji şirketleri açısından EPK ve DPK) ve TTK hükümlerine nazaran uygulama üstünlüğü tanınmıştır. SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatın, normlar hiyerarşisinde, başka bir özel kanuna veya genel kanun niteliğindeki TTK hükümlerinden önce gelecek şekilde konumlandırılması normlar hiyerarşisine aykırıdır. Ayrıca iki özel kanun arasında uygulama üstünlüğüne yönelik karşılıklı hükmünlerin varlığı durumunun da sorgulanması gerekmektedir.

Benzer bir durum, Kurumsal Yönetim İlkelerinde düzenlenen Pay Sahipliği Haklarının Kullanımının Kolaylaştırılmasına ilişkin ilkenin uygulanmasında da gündeme gelmektedir. Payların devrine yönelik ilkelerden, payların serbestçe devredilebilmesini zorlaştırıcı uygulamalardan kaçınılmasını öngören 1.7.1 sayılı ilkeye, pay devrinin geçerliliğinin onaya tabi kılındığı enerji, bankacılık v.b regüle edilen sektörlerde işlem gören şirketlerin uyum göstermelerinin teknik olarak mümkün olmadığını belirtmek gerekir⁴²⁴.

⁴²⁴Bazı halka açık enerji şirketlerinin Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu'nda özellikle, SerPK ile enerji mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerle ilişkin olarak aşağıdaki gibi bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir: *Şirketin düzenlemeye tabi bir piyasada faaliyet göstermesi nedeniyle, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun ("EPDK") ilgili kanun ve yönetmeliklerle getirilen yükümlülüklerine uyum sağlamak üzere, Şirket Esas Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "Önlisans süresi içerisinde ve üretim lisansı alınuncaya kadar, veraset ve iflas nedenleri ile Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 57'nci maddesinde belirtilen istisnai haller hariç olmak üzere, Şirket ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların veya pay senetlerinin devri veya devir sonucunu doğuracak iş ve işlemler yapılamaz. Söz konusu hüküm borsada gerçekleştirilen pay devir işlemleri için uygulanmaz. Üretim lisansı alındıktan sonra Şirket sermayesinin yüzde beş veya daha fazlasını temsil eden payların, doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek veya tüzel kişi tarafından edinilmesi ile yukarıda belirtilen sermaye payı değişikliklerinden bağımsız olarak Şirketin ortaklık yapısında kontrolün değişmesi sonucunu veren pay veya pay senetlerinin devri için -işlem gerçekleştirilmeden önce- her defasında, EPDK onayının alınması zorunludur. Söz konusu hüküm borsada gerçekleştirilen pay devir işlemleri için uygulanmaz. Şirketin paylarının devri Türk Ticaret Kanunu, sermaye piyasası mevzuatı, enerji piyasası mevzuatı ve işbu Esas Sözleşme hükümlerinin saklı tutulması kaydıyla serbesttir." diye öngörülmüştür. Esas Sözleşme'nin 15. maddesinde ise "Üretim lisansı alındıktan sonra Şirketin pay senetlerinin nevi ve pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmelerine, Şirket sermaye miktarının düşürülmesine ilişkin hükümlere yönelik Esas Sözleşme değişikliklerinde EPDK onayı alınması zorunludur." hükmü yer almaktadır. (Zorlu Enerji Elektrik Üretim Aş 2017 Faaliyet Yılı Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu) http://console22.zorluenerjigrubu.com/Upload/Document/12.4.2018-Zorlu_Enerji_Kurumsal_Yonetim_Ilkelerine_Uyum_Raporu_2017.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2018).*

6.4. ENERJİ ŞİRKETLERİ BULUNAN ŞİRKETLER TOPLULUĞU AÇISINDAN REGÜLASYON MÜDAHALELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

6.4.1. TTK'ya Göre Şirketler Topluluğu

TTK'da, bir şirketin, başka şirkette doğrudan pay sahibi olması yasaklanmamıştır. Ancak, bir şirketin başka bir şirkette doğrudan payı olması ve bu durumun hakim-bağlı şirket ilişkisi oluşturması halinde, bu şirketlerin kendi aralarındaki ilişki ile üçüncü kişilerle ilişkilerini düzenlemek üzere şirketler topluluğuna ilişkin m.195-208 hükümleri öngörülmüştür.

TTK'ya göre, anonim ve limited şirketlerde, şirketteki pay sahipleri, genel kurulda aldıkları kararlar ve seçtikleri yönetim kurulu aracılığıyla şirketi yönetme haklarını kullanmaktadırlar. Bu nedenle, yönetim hakkı, pay sahiplerinin şirketteki en temel haklardan biridir. TTK'da anonim ve limited şirketlerde pay sahiplerinin yönetim hakkının kısıtlandığı bazı durumlardan bahsedilmektedir. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümler bunlardan biridir.

Şirketler topluluğu, *bir veya birden fazla şirketin bir hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözleşmeye uygun olarak hakim şirketle oluşturulan topluluğu ifade etmektedir.*⁴²⁵ Şirketler topluluğu, Türk Hukukunda ilk kez 6102 sayılı TTK ile düzenlenmiştir. TTK m. 195 ile m.209 arasındaki hükümler şirketler topluluğuna ilişkindir.

TTK m. 195 hükmüne göre, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy

⁴²⁵Pulaşlı 2013, a.g.e, s.151; Farklı tanımlar için bkz.İbrahim Doğuhan Uygun, Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015, s.5-7; Kayıhan, a.g.e, s.111; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Bursa, Dora Yayınları, 2013;s.89; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.170.

haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, ya da, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, bir şirketler topluluğu sözkonusu olup, bu toplulukta bahsedilen birinci şirket hâkim, diğeri ise bağlı şirkettir. Hükümden, şirketler topluluğu için en az iki şirketin mevcudiyetinin şart olduğu anlaşılmaktadır⁴²⁶. TTK m.195/4 hükmüne göre, hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturmaktadır. Bu ilişkide, hâkim şirketler ana, bağlı şirketler ise yavru şirket konumundadır.

TTK m. 195 hükmünden, şirketler topluluğunun varlığı için yalnızca bir şirketin diğer şirketler üzerinde *kontrole* sahip olması aranmamıştır. Hükümde, topluluk içerisinde bir şirketin diğer bir şirket üzerinde, bazı vasıtalarla hakimiyet kurması durumundan da bahsetmektedir.⁴²⁷ Yani, toplulukta, söz sahibi olan şirket, diğer şirketler üzerinde başka şekillerde bir hakimiyet sahibi ise, kontrol sözkonusu olmasa bile, şirketler topluluğunun mevcut olduğu kabul edilmektedir. Şirketler topluluğuna uygulanacak tüm hükümler, bu yapıya uygun olarak kaleme alınmıştır.

Şirketler topluluğu olarak nitelendirilmenin doğurduğu sonuçlara ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Pay sahipliğinin ve topluluk içindeki şirketler arasında yapılacak hâkimiyet sözleşmesinin, bildirim, ilan ve tescil yükümlülüğü (TTK m. 197), bağlı şirket yönetim kurulu tarafından faaliyet yılının ilk üç ayı içinde periyodik olarak rapor hazırlama yükümlülüğü (TTK m. 199),⁴²⁸ bunlardan bazılarıdır⁴²⁹.

⁴²⁶TSY m.105 hükmünde “...bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir...” ifadesi kullanılmak suretiyle şirketler topluluğunun oluşabilmesi için gereken an az şirket sayısını üç olduğu belirtilmiştir. Bu durum TTK m.195 hükmüne aykırıdır. Düzenleme doğru görülse bile bunun yönetmelikle değil kanunla yapılması gerektiği ifade edilmiştir. (Bahtiyar 2019, a.g.e, s.77, dn.102)

⁴²⁷Hakimiyet ve kontrol kavramları için bkz. Uygun, a.g.e, s.11-48; Gül Okutan Nilsson, “Şirketler Topluluğu”, Bankacılar Dergisi, Sayı:79, (Aralık 2011), s.81 v.d.

⁴²⁸Ayrıntılı bilgi için bkz Sevda Bora, “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, (Ocak 2014), s. 93-113;Asuman Yılmaz, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 2, (Haziran 2015), s.99-128; Ali Ergin Çelebi, “Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı”,Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, (Temmuz 2018), s.517-575.

⁴²⁹Ayrıntılı bilgi için bkz Çelebi, a.g.m, s.517-575.

Şirketler topluluğuna ilişkin olarak özellikle hakim şirket için çeşitli sınırlandırmalar ile özel bir sorumluluk düzeni öngörülmüştür. TTK m. 202 hükmünde, hâkim şirketin, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı ve hükümde, bağlı şirket aleyhine belirtilen işlemleri gerçekleştiremeyeceği belirtilmiştir. Hükümde hangi durumda, bağlı şirket aleyhine bu işlemlerin gerçekleştirilebileceği ile gerçekleştirilmesi durumunda meydana gelen kaybın nasıl giderileceği hususu da düzenlenmiştir⁴³⁰.

Hakim şirketin hakimiyetinin nasıl kullanılacağına dair de bir takım hükümler mevcuttur. TTK m.203 hükmünde, bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması halinde, hâkim şirketin yönetim kurulunun, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebileceği hususu düzenlenmiştir⁴³¹. Bağlı şirketin organları ise bu talimata uymakla yükümlüdürler. Ancak bu hükmün istisnasına TTK m. 204 hükmünde yer verilmiştir. Hükme göre, hakim şirket tarafından, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez.

6.4.2. Enerji Şirketlerinde Şirketler Topluluğu Uygulaması

Enerji mevzuatında, şirketler topluluğu ifadesi elektrik piyasası açısından yalnızca EPLY m. 44 hükmünde geçmektedir. Hükümde tarifesi düzenlemeye tabi

⁴³⁰Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özge Yiğitoğlu, “Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, (Haziran 2015), s.149-180.

⁴³¹Ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Geçgel, “Şirketler Topluluğunda Tam Hâkimiyet ve Hâkim Şirketin Sorumluluğu”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 13, (Ocak 2016), s.73-90; Selim Yalçın, “Türk Ticaret Kanunu’nda Hakim Şirketin Kayba Sebebiyet Verici Talimatı/Yönelmesi ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89, Sayı: 5, (Eylül 2015), s.163-176; Ali Murat Sevi., “Hâkim Şirket Yöneticilerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, (Mart 2019), Sayfa: 112-139 ;Ersin Çamoğlu, “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, (Temmuz 2013), s.19-33; Zelal Narçin Tosun, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 105, (Mayıs 2015), s.89-103 ;Ufuk Ünlü., “Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet Ve Sorumluluk İlişkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 122, (Ekim 2016), s.102-107.

olarak faaliyet gösteren tüzel kişilerin ayrı hesap ve kayıt tutmakla yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Hükmün devamında, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten tüm lisans sahibi şirketlerin, müessesesi, bağlı ortaklığı, iştiraki veya ortağının kendisi ile aynı holding ya da şirketler topluluğu çatısı altında yer alan başka bir şirketle, piyasa faaliyetleri arasında ve piyasa faaliyetleri ile piyasa dışı faaliyetleri arasında, çapraz sübvansiyon tesis edemeyeceğinden bahsedilmektedir. Doğal gaz mevzuatında şirketler topluluğu ifadesinin geçtiği hüküm bulunmamaktadır.

Ancak hem elektrik piyasasında hem de doğal gaz piyasasında, şirket gruplarına yönelik TTK hükümlerinin uygulanmasını etkileyecek veya engelleyecek çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Elektrik piyasası açısından, EPLY m. 33/4 hükmüne göre, elektrik dağıtım şirketi, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlüdür. Dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişiler, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemez. Görüldüğü üzere bu hüküm, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan bir elektrik dağıtım şirketine hakim olan şirketin talimat verme hak ve yetkisine sınırlandırma getirmektedir. Hükmün devamında, dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetim kurulu üyesi, genel müdür ve genel müdür yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla, genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticilerin, farklı kişilerden oluşturulmasının zorunlu olduğu, dağıtım şirketinde görevli olan söz konusu yöneticilerin, ilgili 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 alamayacakları ifade edilmektedir.

EPK m. 9/1 hükmünde, dağıtım faaliyetinin, lisansı kapsamında, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütüleceği, şirketin, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olduğu ifade edilerek, piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilerin

bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketinin, piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamayacağı belirtilmektedir. Bu hüküm, dağıtım şirketinin yükümlülüklerine ilişkin EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerinde de yer almış, dağıtım şirketinin piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olmamakla ve piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer vermemekle yükümlü olduğu hususu yer almıştır. Her ne kadar sözkonusu kısıtlama, yalnızca dağıtım şirketine yönelik olarak gözükse de, aslında dağıtım şirketini bağlayan kısıtlama, piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olmamasıdır. Dağıtım şirketinin aynı zamanda, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer vermemekle yükümlü kılınmış olmasına ilişkin kısıtlamanın muhatabı yalnızca dağıtım şirketi olmayıp, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerdir. Bu hüküm, dağıtım şirketi ile piyasa faaliyet gösteren şirketler arasında doğrudan birbirlerine ortak olma ve iştirak ilişkisi oluşturma hususunu yasaklamakta ancak dolaylı pay sahipliğine müdahale etmemektedir. İştirak ilişkisinin kısıtlanmasının ise, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanma alanını daralttığı görülmektedir.

Doğal gaz piyasasında da, şirketler topluluğunu etkileyen hususlardan bir olan iştirak yasağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Piyasada, iştirak yasağının kanuni dayanağının DPK m. 7/a-3 hükmünün olduğu görülmektedir. Hükme göre, doğal gaz piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişi, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebilir; ancak ayrı bir şirket kuramaz. İştirak ettiği tüzel kişi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak o tüzel kişinin sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasını veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma hakkına ya da yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama hakkına ya da işlerini idare etme hakkına sahip olamaz. Tüzel kişi kendi faaliyet alanında, faaliyet gösteren hiçbir tüzel kişiye iştirak edemez ve şirket kuramaz. Maddenin devamında kısıtlama belirli açılardan esnetilmiştir. Buna göre belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin, teknik ve ekonomik gerekçeleri dikkate alınarak Kurul tarafından uygun bulunması hâlinde, kendi faaliyet alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerden, sadece birine iştirak etmesi mümkündür. İştirake ilişkin şartlar ve uygulamaya ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu

hükme dayanarak çıkarılan DPLY m. 44 hükmünde, DPK m. 7/a-3 hükmünün tekrarlandığı ancak belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin hangi şartlara sahip olması gerektiği hususunun detaylandırıldığı görülmektedir.

DPLY m. 31/g hükmünde de, şirketler topluluğunun uygulama alanını daraltacak şekilde iştirak yasağının özel bir görünümü düzenlenmiştir. Hükümde, tüzel kişilerin, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyet gösterilen her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak kaydıyla piyasada birden fazla faaliyette bulunabileceği, ancak doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştirak eden tüzel kişinin iletim veya dağıtım faaliyeti yapamayacağı, iletim veya dağıtım faaliyet yapan tüzel kişiye iştirak edemeyeceği hususu yer almıştır.

DPLY m. 31 hükmünde de, tüzel kişilerin, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyet gösterilen her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak kaydıyla piyasada birden fazla faaliyette bulunabileceği, ancak doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştirak eden tüzel kişi, iletim veya dağıtım faaliyeti yapamayacağı, iletim veya dağıtım faaliyet yapan tüzel kişiye iştirak edemeyeceği husus öngörülmüştür. Bu hüküm de, toptan satış faaliyeti ile iletim ve dağıtım faaliyetlerini yerine getiren şirketler arasında, bir set örölmek suretiyle, iletim ve dağıtım şirketlerinin toptan satış şirketlerinden bağımsız hareket etmesine olumsuz etkiye neden olacak iştirak ilişkilerine girilmesi yasaklanmıştır. Bu hükmün, doğal gaz piyasasında daha çok, hukuki ayrıştırmaya yönelik olduğu görüşünde olmakla birlikte, şirketler topluluğu alanını daralttığını da belirtmek gerekir.

6.4.3. Enerji Piyasasında Şirketler Topluluğuna Yönelik Müdahalelerin TTK ve Enerji Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuçları

Elektrik piyasası açısından, EPLY m. 33/4 hükmüne göre, elektrik dağıtım şirketi, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlüdür. Bu durum, bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin

yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebileceği ve bağlı şirketin organlarının talimata uymak zorunda olacağını belirtildiği TTK m. 203 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Özel hükümlerin öncelikli olarak uygulanmasına imkan veren TTK m.330 hükmü doğrultusunda, EPK hükümleri, elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlere öncelikli olarak uygulanacaktır. Yani bir dağıtım şirketi bir şirketler topluluğu içerisinde bağlı şirket olarak yer alıyorsa, EPLY 33/4 hükmü doğrultusunda bağımsız hareket etme ve karar alma zorunluluğu karşısında hakim şirketten talimat alamayacaktır. Hakim şirketin talimat verme yetkisi, bağlı şirket elektrik dağıtım şirketi ise, kısıtlanmış durumdadır. Hükmün devamında, dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetiminin farklı kişilerden oluşturulması ile bu şirketlerin birlikte izlenme, yönetilme amaçlı oluşturulan kurullarda aynı kişilerce görev alınamamasına ilişkin hükümle de, yalnızca hakim şirketin, bağlı şirkete müdahalesi değil, aynı zamanda, bağlı şirketler arasında da bağımsız bir ilişki kurulması öngörülmüştür. Bu hükümle, şirketler topluluğu açısından meşru ve uygulanmasında sakınca olmayan durumlar, elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından yasaklanmıştır.

EPK m.9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerinde dağıtım şirketinin, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde doğrudan pay sahibi olması veya diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin, dağıtım şirketinde doğrudan pay sahibi olması yasaklanmakla birlikte, hükümden, dağıtım şirketinin diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde dolaylı pay sahibi olması ve diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin dağıtım şirketinde dolaylı pay sahibi olabileceği çıkarılmaktadır. Yani, dağıtım şirketi, pay sahibi olduğu başka bir şirket vasıtasıyla, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde dolaylı pay sahibi olabilecek, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketler de aynı şekilde pay sahibi olduğu başka bir şirket vasıtasıyla dağıtım şirketinde, dolaylı pay sahipliğine ilişkin tam veya kısmi bir kısıtlamanın da olmadığı düşünüldüğünde, yüzde yüz oranında dolaylı pay sahibi olabilecektir. Dağıtım şirketinin, dolaylı olarak diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde, pay sahibi olabilmesi ile diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin dağıtım şirketinde dolaylı pay sahibi olabilmesi, karşılıklı iştirak durumu veya normal şekilde bir iştirak ilişkisi oluşturabilecektir. Dağıtım şirketinin

bağlı şirket olması halinde, EPLY m.33/4 hükmü gereği, hakim şirket, dağıtım şirketine hükümde belirtilen konularda talimat veremeyecektir.

EPLY m. 44 hükmünde tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten tüm lisans sahibi şirketlerin, müessesesi, bağlı ortaklığı, iştiraki veya ortağının kendisi ile aynı holding ya da şirketler topluluğu çatısı altında yer alan başka bir şirketle, piyasa faaliyetleri arasında ve piyasa faaliyetleri ile piyasa dışı faaliyetleri arasında, çapraz sübvansiyon tesis edemeyeceğinden bahsedilmektedir. Görüldüğü üzere, TTK hükümleri tarafından yasaklanmamış olan çapraz sübvansiyon, piyasa faaliyeti gösteren ve bir şirketler topluluğu içerisinde yer alan lisans sahibi şirketlerin arasında faaliyet gösteren şirketler arasında yasaklanmıştır.

EPLY m. 33/4 hükmü kapsamında, dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerin, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemeyeceğine yönelik bir yasak da getirildiği görülmektedir. Böylece dağıtım şirketinin bir şirketler topluluğu içerisinde bulunması durumunda, hakim şirket tarafından dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemeyecektir.

Bir şirketler topluluğu içerisinde yer alan dağıtım şirketinin yapacağı iş ve işlemler ile alacağı kararlara hakim şirket tarafından müdahale edilmesi nedeniyle bağımsız hareket etmediği veya yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olmadığının EPDK tarafından belirlenmesi yani EPLY m. 33/4 hükmüne aykırı davranılması halinde, yapılan iş ve işlemler ile alınan kararlar bağımsız olarak nitelendirilmese dahi, TTK açısından geçerliliğini sürdürecektir. Zira, şirket tarafından yapılan iş ve işlemler ile alınan kararların bağımsız olmaması halinde geçerli olmayacağına yönelik herhangi bir hüküm EPK'da veya EPLY'de bulunmamaktadır. Söz konusu iş, işlem ve kararların TTK'ya göre geçerli olarak kabul edilmesi, şirkete, EPK m.16 hükmünde belirtilen uygun olan yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Doğrudan pay sahibi olunmasına ilişkin yasağa karşın, dolaylı pay sahipliğinin yasaklanmamış olması nedeniyle, piyasa faaliyeti gösteren şirketler arasında hakim-

bağlı şirket ilişkisi oluşması halinde, EPK ve DPK'da aksine hüküm bulunmaması durumunda, TTK'daki m.195-208 arasındaki hükümler uygulanacaktır.

Şirket topluluklarına ilişkin TTK hükümlerinin uygulanmasını kısıtlayan veya engelleyen hükümlerden, yalnızca, piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilerin bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketinin piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamayacağı hususunu düzenleyen EPK m. 9/1 hükmü dışında yukarıda sözü edilen diğer tüm hükümlerin doğrudan EPLY'den kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yasada dayanağı olmaksızın, doğrudan ikincil düzenleme mahiyetinde olan yönetmeliklerde düzenlenen hükümlerin, TTK m.330 hükmü kapsamında, TTK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacağı belirtilen özel kanun hükümleri kapsamına girmeyeceği kanaatindeyim.

Dağıtım şirketinin, bağımsız hareket etmediği veya yapmış olduğu iş ve işlemler ile aldığı kararların bağımsız olmadığına EPDK tarafından belirlenmesi halinde, enerji mevzuatı açısından sonuçları şu şekildedir. EPK m. 16-b hükmünde, lisans sahibi şirketin, EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmamasının ihtar edileceği ve yapılan yazılı ihtar rağmen aykırı durumlarını devam ettirmeler veya tekrar etmeleri halinde, şirkete, idari para cezası verileceği belirtilmektedir. Şayet, EPK m. 16- c hükmündeki lisans sahibi şirketin EPK, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumu olarak nitelendirilmesi halinde şirkete ihtar gerek kalmaksızın idari para cezası verileceği yaptırımını uygulanabilecektir

Doğal gaz piyasasında da şirketler topluluğunu etkileyen hususlardan biri olan iştirak yasağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Piyasada, iştirak yasağının kanuni dayanağının DPK m. 7/a-3 hükmünün olduğu görülmektedir. Hükümle, doğal gaz piyasa faaliyeti yapan şirketin, diğer piyasa faaliyeti gerçekleştiren şirketlere sınırlı şekilde iştirak etme hakkı verilmiş ise de, bu iştirak üzerinde hakim şirket bağlı şirket ilişkisi oluşturamaz. Bu hükme dayanarak çıkarılan DPLY m. 44 hükmünde, DPK m. 7/a-3 hükmünün tekrarlandığı ancak belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi

tüzel kişilerin hangi şartlara sahip olması gerektiği hususunun detaylandırıldığı görülmektedir. Bu hükümle, dağıtım faaliyeti gerçekleştiren şirketler ile özel şirketlere açık diğer faaliyetler arasındaki hukuki ayrıştırma korunmak istenmiştir. Ancak sözkonusu hüküm aynı zamanda, doğal gaz piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişinin, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilere iştirak etmesini kısıtlamakta, daha da önemlisi bu tüzel kişilerin üzerinde hakimiyet kurmayı engellemektedir.

DPLY m. 31/g hükmünde de, toptan satış faaliyeti ile iletim ve dağıtım faaliyetlerini yerine getiren şirketler arasına, bir set örülmek suretiyle, iletim ve dağıtım şirketlerinin toptan satış şirketlerinden bağımsız hareket etmesine olumsuz etkiye neden olacak iştirak ilişkilerine girilmesi yasaklanmıştır. Bu hükmün, doğal gaz piyasasında daha çok, hukuki ayrıştırmaya yönelik olduğu görüşünde olmakla birlikte, şirketler topluluğunun uygulama alanını daralttığını da belirtmek gerekir.

Doğal gaz piyasasındaki iştirak yasağının elektrik piyasasından farklı düzenlendiği görülmektedir. Öncelikle, yalnızca dağıtım faaliyetine yönelik bir yasaklama değil, bütün faaliyetlere uygulanacak sınırlı bir yasaklama öngörülmüştür. Bu bağlamda, doğal gaz piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişi, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebilir ancak ayrı bir şirket kuramaz. İştirak etme imkanı verilen tüzel kişiye, sınırsız bir şekilde iştirak etme imkanı tanınmamıştır. Buna göre, doğal gaz piyasa faaliyeti gösteren şirketin, iştirak ettiği tüzel kişi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak o tüzel kişinin sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasını veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma hakkına ya da yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama hakkına ya da işlerini idare etme hakkına sahip olamayacağı öngörülmüştür. İştirak yasağının bir diğer sınırı ise, iştirak eden tüzel kişinin kendi faaliyet alanında, faaliyet gösteren hiçbir tüzel kişiye iştirak edememesi ve şirket kuramamasıdır. Ancak bu kuralın mutlak olmadığı ve istisnasının olduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemede, belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin teknik ve ekonomik gerekçeleri dikkate alınarak, Kurul tarafından uygun bulunması hâlinde, kendi faaliyet alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak etmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Örneğin, kural olarak,

bir doğal gaz dağıtım şirketi, başka bir doğal gaz dağıtım şirketi kuramayacağı gibi, başka bir doğal gaz şirketine iştirak edemeyecektir. Ancak Kurul tarafından şartların mevcut olması halinde, istisnai olarak, iştirak ilişkisine girilmesine uygunluk verilebilmektedir. Buna karşın, dağıtım şirketi, başka piyasa faaliyeti gösteren örneğin doğal gaz depolama faaliyeti yapan bir şirkete, yukarıda belirtilen sınırlamalar içerisinde kalmak koşuluyla iştirak edebilecektir.

Elektrik piyasasından farklı olarak, DPLY m. 31/g hükmünde de, tüzel kişilerin, her bir piyasa faaliyeti ve faaliyet gösterilen her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak kaydıyla piyasada birden fazla faaliyette bulunabileceği hususu düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin de sınırı da, doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştirak eden tüzel kişinin iletim veya dağıtım faaliyeti yapamaması, iletim veya dağıtım faaliyeti yapan tüzel kişiye iştirak edememesi olarak belirlenmiştir. Belirtilen piyasa faaliyetlerini icra eden şirketler arasında bir iştirak ilişkisi oluşmasının sınırlandırılması, bu şirketlerden birinin diğerine hakim şirket olması ve şirketler topluluğu oluşturması ihtimalinin tümüyle uygulama dışında bırakılması anlamına gelmektedir.

Doğal gaz piyasası açısından, iştirak ilişkisine yönelik olarak getirilen bu düzenlemelerin, piyasa faaliyetinde bulunan şirketinin de dahil olduğu bir şirketler topluluğu olması halinde, şirketler topluluğuna ilişkin özellikle hakim şirkete tanınan hak ve yetkilerin sınırlandırıldığı, görülmektedir. Söz konusu hükümlerin, serbest piyasaya ve rekabet ortamına olumsuz etkisi olacağı düşüncesiyle öngörüldüğü ve kamu yararı saikiyle hareket edildiği, bu nedenle, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerden kaynaklanan hakim şirketin sahip olduğu hak ve yetkilerin ikinci plana atıldığı veya kullanılmasının engellendiği kanaatindeyim.

Doğal gaz piyasasındaki iştirak ilişkisine aykırı davranılmasının TTK açısından sonucu, elektrik piyasasındaki gibidir. Yani yasağa rağmen, yapılan pay devri işlemleri, DPK'da açıkça geçersiz olacağına yönelik düzenleme olmaması nedeniyle geçerlidir. Enerji mevzuatı açısından ise, DPK m.9/e hükmü kapsamında, lisans müracaatı sırasında iştirak ilişkisi konusunda yanıltıcı bilgi verilmesi veya faaliyet süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması halinde,

idarî para cezası verilecek ve otuz gün içerisinde iştirak ilişkisinin düzeltilmesi ihtar edilecektir. Aykırılığın giderilmemesi halinde ise, DPK m. 9 hükmü kapsamında, şirketlere verilen idari para cezalarının, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanması ve cezaların, maddede belirtilen düzeye ulaşması hâlinde ise lisansın, Kurul tarafından iptal edilmesi gündeme gelecektir. Lisansı iptal edilen şirketin, TTK'ya aykırı davranmamasına rağmen, lisansa tabi faaliyeti yerine getirmesi engellenmiş olacaktır. Böylece, şirket varlığını sürdürüyor olsa bile kuruluş amacı olan piyasa faaliyetini gerçekleştiremeyecek bir konuma düşmüş olacaktır.

6.5. ENERJİ ŞİRKETLERİNDE AYRIŞTIRMA ZORUNLULUĞU

6.5.1. Enerji Şirketlerinde Hukuki Ayırıştırma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi

Ayrıştırma, *iki veya daha fazla birbirine bağlı piyasa üzerinde dikey olarak gerçekleşen yoğunlaşmaya karşı Pazar yapısının yeniden düzenlenmesi*⁴³² olarak tanımlanmaktadır. Ayrıştırmanın daha iyi anlaşılabilmesi için yatay ve dikey bütünleşme kavramlarına da değinmek gerekmektedir. Yatay bütünleşme, aynı konuda üretim yapan veya aynı ürünü dağıtan teşebbüslerin birleşme veya devralma yöntemleriyle bir ekonomik birim haline getirilmesi olarak tanımlanırken, dikey bütünleşme bir teşebbüsün kendisine mal, hizmet veya ürün sağlayan yahut kendi ürettiği mal, ürün veya hizmetlerin satışını yapan bir başka teşebbüsü birleşme veya devralma yöntemleriyle elde etmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁴³³. Enerji alanına ilişkin örnek vermek gerekirse, elektrik dağıtım alanında faaliyet gösteren bir şirketin, yine dağıtım faaliyetiyle iştigal eden başka bir şirketi alması yatay bütünleşme, elektrik üretim faaliyeti gösteren başka bir şirketle birleşmesi dikey bütünleşme teşkil

⁴³²İrfan Akın, "Enerji Direktiflerinde Ayırıştırma", FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi. Cilt: 8 Sayı:1 (2008), s.12; Mustafa Yavuz, "Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayırıştırma Ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı", FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:4, (2008), s. 55.

⁴³³ Dikey bütünleşmenin sakıncalarına ilişkin bilgi için bkz. İzak Atiyas, "Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılanması Sürecinde Dağıtım Faaliyetlerinde Dikey Ayırıştırma", (2006), s.3,4,5. <http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/izak-atiyas-rekabet-dergisi-elektrik-dikey-ayristirma.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2018).

etmektedir⁴³⁴. Ayırıştırma ile teşebbüsler arasında oluşabilecek yatay veya dikey bütünleşme sınırlandırılmak veya engellenmek suretiyle, adil işleyecek bir rekabet ortamının oluşması hedeflenmektedir.

Hukuki ayırıştırma, iletim ve dağıtım birimlerinin faaliyetlerinin ayrı tüzel kişilikler altında gerçekleştirilecek şekilde ayrışmasıdır. Ayırıştırma, hesap (muhasabe) ayırıştırması, yönetim (fonksiyonel) ayırıştırması, hukuki ayırıştırma ve mülkiyet ayırıştırması olmak üzere çeşitli şekillerde uygulanabilmektedir. EPLY m. 44 hükmü kapsamında elektrik piyasasında ilk olarak muhasabe ayırıştırması düzenlenmiş olup, hesap ayırıştırması ve yönetim (fonksiyonel) ayırıştırması ayrı başlık altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2008 yılında, 4628 sayılı Kanunun, m. 3/1-c hükmünde yapılan değişiklikle, dağıtım şirketlerinin, üretim ve perakende satış şirketlerinin faaliyetlerini 01/01/2013 tarihinden itibaren ancak ayrı tüzel kişilikler altında yürütülebileceğine dair hüküm getirilmiş, söz konusu hüküm doğrultusunda Kurul Kararıyla⁴³⁵ *Elektrik Piyasası Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmü çerçevesinde, Dağıtım Ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayırıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar*⁴³⁶(Ayırıştırma Esasları) kabul edilerek yayımlanmasına, karar verilmiştir.

Hukuki ayırıştırmanın nasıl yapılacağına ilişkin olarak Ayırıştırma Esaslarında yeralan hükümlerin TTK'ya uygunluğu öncelikle incelenmelidir. Ayırıştırmanın, Ayırıştırma Esaslarının m.5 hükmünde belirtildiği üzere, TTK m. 159/1-b hükmü kapsamında tanımlanan kısmi bölünme hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir. TTK m. 159/1-b hükmünün Gerekçesinde tam bölünme ve kısmi bölünme dışında, bölünmenin üçüncü şekli olarak ifade edilen bir bölünme şeklinden bahsedilmekte ve yavru şirket kurma şeklindeki bölünme olarak adlandırılmaktadır. Bu bölünme türünde bölünen şirket bölünen malvarlığı parçasını başka şirkete ayni sermaye olarak koymaktadır, yani diğer bölünme türlerinden farklı olarak geçiş külli halefiyet şeklinde

⁴³⁴ Selim Dündar, Alper Utaş, “Türkiye’de Enerji Sektöründe Ayırıştırma”, (2015), s.1 <http://www.dundarsir.com/uploads/makale/178-1/T%C3%BCrkiye'de%20Enerji%20Sekt%C3%B6r%C3%BCnde%20Ayr%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1rma.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018).

⁴³⁵ Karar Tarihi: 12/09/2012 , No: 4019.

⁴³⁶ 27/09/2013 tarihli 28424 sayılı RG.

değildir⁴³⁷. Yani, yavru şirkette, bölünen şirketin kendisi, devredilen malvarlığı kısmı mukabilinde devralan şirketteki payları ve haklarını elde ederek kendi yavru ortaklığını oluşturmakta ve bölünen şirket kısmi bölünmede olduğu gibi kalan malvarlığı ile varlığını devam ettirmektedir⁴³⁸. Ayrıştırma Esasları hükümleri incelendiğinde ise, bölünme sözleşmesi öncesinde yeni bir anonim şirket kurulması öngörüldüğünden ve kurulacak şirketin pay sahipliği yapısının, devralan şirketin paylarının, bölünen şirketin ortakları tarafından iktisap edileceği zorunluluğu karşısında ayrıştırmanın, yavru şirket kurulması yoluyla yapılması tercihini ortadan kaldırmıştır⁴³⁹. Ayrıştırma Esasları, bu yönüyle TTK'nın bölünme hükümleriyle uyumlu gözükmemektedir.

Ayrıştırma Esaslarının m.6/2 hükmünde hukuki ayrıştırma işlemleri tamamlanana kadar, devralan şirket ile bölünen şirketin aynı kontrol yapısına sahip olması zorunluluğu bulunmaktadır. Yani yeni kurulan perakende satış şirketindeki hukuki ayrıştırma boyunca kontrol yapısını değiştirecek şekilde bir pay sahipliği yapısının değiştirilmesi yasaklanmıştır. Oysa, TTK'da böyle bir sınırlandırma bulunmamaktadır.

Hukuki ayrıştırma, kısmi bölünme yoluyla gerçekleştirdiği için, bölünen şirketin, malvarlığının bir kısmını yeni kurulan perakende satış şirketine devredeceği için, ayrıca TTK hükümleri kapsamında TTK m.473, m.474 ve m.592 hükümleri uygulanmaksızın sermaye azaltılması kararının da alınması gerekecektir. Sermaye azaltımı yapılması durumunda ise, EPLY hükümleri gereği, dağıtım faaliyeti gerçekleştirecek olan bölünen şirket için EPDK tarafından öngörülen sermaye miktarının altına düşmemesi, yeni kurulan perakende satış şirketinin sermayesinin ise, EPDK tarafından öngörülen sermaye miktarının altında olmaması gerekmektedir. EPLY m. 59 hükmünde devralan tüzel kişinin birleşme veya bölünme sonrası oluşan sermayesinin, Yönetmelikte öngörülen sermaye koşulunu sağlaması zorunlu olduğu

⁴³⁷ TTK Madde Gereçekçeleri, m.159 hükmünün gerekçesi.

⁴³⁸ Pulaşlı 2013, a.g.e, s.100, 101; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) 2014, a.g.e, s.148, 149; Ünlü 2014, a.g.m, s.323-330; Özdemir K, a.g.m, s.33-36; Akbulak 2011, a.g.m, s. 14-19; Hamdi Yasaman, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s.709.

⁴³⁹Serdar Taşdöken, "Elektrik Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayrıştırılmasının Yeni TTK Açısından Değerlendirilmesi" (2012), <https://www.dunya.com/gundem/elektrik-dagitim-ve-perakende-satis-faaliyetlerinin-hukuki-haberi-187311> (Erişim Tarihi: 14.09.2019).

açıkça ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, hukuki ayrıştırma nedeniyle yapılacak şirket bölünmelerinde, yeni şirkete devredilecek ve bölünen şirkette bırakılacak sermaye miktarı belirli olup, bu miktarların altında bir sermaye miktarı belirlenmesi engellenmek istenmiştir. TTK'da, bölünme halinde, devralan şirketin sermayesini devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak kadar artıracak şekilde bir ölçü öngörülmüştür. Bu miktarların şirketin türüne göre TTK hükümlerinde belirlenen asgari sermayeye uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu sınırlamalar dışında, TTK'da devredilecek sermaye veya bölünen şirkette bırakılacak sermayenin belirlenmesine yönelik bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Enerji şirketleri açısından asgari sermaye zorunluluğu, ikincil mevzuat düzeyinde EPLY hükümleri ile öngörüldüğünden, bu hükümlerin TTK m. 330 hükmü anlamında özel kanun hükmü sayılarak, TTK'nın asgari sermayeye ilişkin hükümlerinden öncelikli şekilde uygulanması hukuken olanaklı değildir.

Hukuki ayrıştırma nedeniyle yeni kurulan perakende satış şirketi, Ayrıştırma Esaslarında, bu usul ve esaslar uyarınca, kısmi bölünme kapsamında kurulan şirket olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, m.9 hükmünde bu şirketin TTK hükümleri uyarınca bir anonim şirket olarak kurulacağı ifade edilmekle birlikte, şirket ana sözleşmesinde, şirketin amaç ve konusu, hisse senetlerinin nevi, hisse senetlerinin devri, birleşme ve ana sözleşme değişikliği ile ilgili EPLY'de yer alan hükümlere ilişkin düzenlemelere yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda TTK hükümleri uyarınca kurulacağı belirtilen perakende satış şirketinin esas sözleşmesinin hangi hükümleri içereceği, TTK'nın m.340 v.d hükümlerine göre değil, TTK m.333 ve m.340 hükümlerine rağmen ikincil mevzuat düzeyinde EPLY getirilen hükümlere göre belirlenmek istenmiştir. Bu durumun, TTK m.333 ve m.340 hükümlerine aykırı olduğu şüphesizdir.

Ayrıştırma Esaslarının m.6 hükmünde, bölünen şirketin paylarının, devralan, yani yeni kurulan perakende satış şirketinin bölünen şirketin ortakları tarafından iktisap edileceği hususu düzenlenmiştir. TTK kapsamında yapılacak bölünmede, TTK m.161 hükmü gereği devreden şirket ortaklarına, bölünmeye katılan tüm şirketlerde, mevcut payları oranında (oranların korunduğu bölünme) şirket payları veya bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde mevcut paylarının oranına göre değişik

oranda (oranların korunmadığı bölünme) şirket payları tahsis edilebileceği ifade edilmiştir. TTK ile tanınan bu esnekliğin, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan EPDK kararı ile kısmen kaldırıldığı görülmektedir. Zira Ayrıştırma Esaslarının m.6 hükmü gözönüne alındığında, devralan şirketteki pay sahiplerinin, bölünen şirkette de pay sahibi olmalarının zorunlu olduğu anlaşılmalı birlikte, pay oranlarının korunup korunmayacağı konusunda bir sınırlandırma öngörülmediği görülmektedir. Esasların m.6/3 hükmünde, hukuki ayrıştırma işlemleri tamamlanana kadar, devralan şirket ile bölünen şirketin aynı kontrol yapısına sahip olması zorunludur düzenlemesi gereği, bölünen şirketteki pay sahiplerinin, devralan şirketteki payları alırken, kontrol yapısını değiştirmeyecek oranda bir değişiklik yapabilmeleri mümkün gözükmektedir. Diğer yandan, TTK ile payların devrinde pay sahiplerine tanınan bu esnekliğin, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan EPDK kararı ile kaldırılması veya sınırlandırılmasının hukuken mümkün olmayacağı kanaatindeyim.

TTK m. 160 hükmünde, geçerli bölünmeler düzenlenmiş olup, sermaye şirketleri ve kooperatifleri, sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebileceklerdir. Ayrıca EPK m.4/3 hükmü kapsamında piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin ya anonim ya da limited şirket olarak kurulmaları zorunlu kılınmıştır. Bu durumda, anonim şirket faaliyet gösteren dağıtım şirketinin bölünerek, TTK m.160 hükmüne uygun olarak anonim veya limited şirket olarak kurulacak perakende dağıtım şirketine malvarlığının belirlenen kısmını devretmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak Ayrıştırma Esaslarının m.9 hükmü kapsamında yeni kurulacak şirketin anonim şirket olması gerektiği ifade edilmiştir. TTK hükümleri tarafından izin verilen bir hususun, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan EPDK kararı ile kaldırılması veya sınırlandırılmasının hukuken mümkün olmayacağı gerekçesi doğrultusunda bu düzenlemenin geçerli olamayacağı, kurulacak şirketin limited şirket te olabileceği kanaatindeyim.

Ayrıştırma Esaslarının m.8 hükmü kapsamında, dağıtım şirketlerinin, bölünme sözleşmesinin hazırlanmasına başlamadan önce, TTK'nın m.165 hükmü çerçevesinde bir ara bilanço çıkaracakları belirtilmiştir. TTK m. 165 hükmüne bakıldığında, ara bilanço çıkarılmasının mecburi tutulduğu hallerin, yalnızca iki durumda olacağını ifade edildiği görülmektedir. Hükme göre, bilanço günüyle, bölünme sözleşmesinin

imzası veya bölünme planının düzenlenmesi tarihi arasında, altı aydan fazla bir zaman bulunması halinde veya son bilançonun çıkarılmasından itibaren, bölünmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişiklikler meydana gelmiş olması halinde, ara bilanço çıkarılacaktır. Görüldüğü üzere, TTK m.165 hükmünde maddede ara bilanço çıkartılması gereken haller iki durumla sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak Ayrıştırma Esaslarının m.8 hükmünde, TTK m.165 hükmünde belirtilen durumların olup olmadığından bahsedilmeksizin dağıtım şirketlerinin bölünme sözleşmesinin hazırlanmasına başlamadan önce ara bilanço çıkarmak zorunda olduğu hususu düzenlenmiştir. TTK hükümleri tarafından belirli şartların varlığı halinde, sınırlı sayı ile belirtilen ara bilanço çıkarılmasına ilişkin durumların, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan EPDK kararı ile yeni bir durum ihdas edilerek ara bilanço çıkarma zorunluluğuna ilişkin hükmün uygulamasının genişletilmesinin hukuken mümkün olmayacağı gerekçesi doğrultusunda, Ayrıştırma Esaslarının m.8 hükmünün, TTK hükümleri karşısında geçerli olamayacağı, bölünecek dağıtım şirketinin ancak TTK m. 165 hükmü kapsamında ara bilanço çıkarabileceği kanaatindeyim

Ayrıştırma Esaslarının m.8/2 hükmüne göre hazırlanacak bölünme sözleşmesinin dağıtım şirketi tarafından onaylı bir örneği, tamamlanma tarihini takip eden 5 (beş) iş günü içerisinde EPDK'ya sunulması gerekmektedir. TTK hükümleri kapsamında bölünme sözleşmesinin genel kurul dışında başka bir organ veya kurumun onayına sunulması gerekmemektedir. EPLY m.59/2 hükmünde de, lisans sahibi bir tüzel kişinin tam veya kısmi olarak bölünmek istemesi halinde, bölünme işlemi hakkında, bölünme işlemi gerçekleşmeden önce, Kurul onayının alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıştırma Esasları m.8/2 hükmü, EPLY m.59/2 hükmüne dayansa bile, elektrik piyasası açısından TTK'dan önce uygulanma önceliğine sahip özel kanun olan EPK'da bölünme sözleşmesinin EPDK onayına tabi olacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu gerekçeyle ikincil mevzuat düzeyinde EPLY ile getirilen hükümlerin TTK hükümleri karşısında özel kanun hükümleri olarak kabul görmeyeceği ve öncelikli olarak uygulanamayacağı kanaatindeyim.

Ayrıştırma Esaslarının, bölünmeye ilişkin hükümlerinin TTK m.134 hükmüne de uygun olma zorunluluğu bulunmaktadır. Şöyle ki; hükümde, ticaret şirketlerinin bölünmelerine, birleşmelerine ve tür değiştirmelerine TTK'nın 134 ila 194 arasındaki

hükümlerin uygulanacağı belirtilerek, diğer kanunların, TTK'nın 134 ila 194 arasındaki hükümlere aykırı olmayan hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Yukarıda bölünmeye ilişkin olarak TTK'ya aykırı olduğunu ifade ettiğimiz hususların tamamı, TTK m.134 hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Ayırıştırma Esaslarında özellikle bölünmeye ilişkin hükümler, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan EPDK kararı ile getirilmiş olduğundan TTK m.134 hükmünün saklı tuttuğu diğer kanunların öngördüğü hükümler olarak kabul edilemeyecektir. Kanunla getirilmiş olsaydı dahi, TTK açısından geçerli olabilmesi için TTK'nın 134 ila 194 arasındaki hükümlere aykırı olmaması gerekirdi⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Elektrik sektöründe hukuki ayırıştırmanın etkisi ve sonuçlarının ele alındığı 24 Mayıs 2016 tarihinde Rekabet Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği, Enerji Ticareti Derneği ve Elektrik Üreticileri Derneği işbirliği ile düzenlenen Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı gerçekleştirilmiş ve yayınlanan sonuç bildirisinde ayırıştırma ile ilgili olarak şu tespitler yer almıştır. Bildirgede, dağıtım şirketlerinin doğal tekel konumunda olmaları ve görevli tedarik şirketlerinin, bölgesel düzeyde pazar gücüne sahip olmaları nedeniyle bu şirketlerin hakim durumu kötüye kullanmalarının söz konusu olabileceği belirtilerek, bölgesel dağıtım şirketlerinin perakende ve dağıtım olmak hukuki ve idari olarak ikiye ayrılrsa da bu iki şirketin aynı sermaye çatısı altında bulunmasının rekabeti engelleyici sorunlara yol açtığı belirtilmiştir. Bildirgede, serbestleşme sürecinde bu şirketlerin mülkiyet ayırıştırmasına tabi tutulmayarak bütünlük bir şekilde özelleştirilmesinin sistem operatörü konumundaki dağıtım şirketleriyle perakende satış faaliyeti gerçekleştiren görevli tedarik şirketlerinin aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almasına yol açtığı hatırlatılırken, özelleştirme sonrası bu şirketlerin hukuki ve fonksiyonel(yönetim) ayırıştırılmaya tabi tutulmasının rekabet sorunlarının ortaya çıkmasını engelleyemediği de vurgulanmıştır. Dağıtım şirketlerinde bulunan piyasa bilgilerinin görevli tedarik şirketlerle ayrımcı bir şekilde paylaşılmasının Bölgesel Tedarik Şirketlerinin (BTŞ'lerin) eşit koşullarda rekabet etmelerini güçleştirdiği ifade edilmiştir. (<https://enerjigunlugu.net/icerik/19482/dagitim-ve-satis-ayrıştırması-elektrikte-rekabeti-getirmedi.html> Erişim Tarihi: 15.08.2018) Bu sonuçlardan hareketle, elektrik piyasasında bölgesel dağıtım şirketlerinin perakende ve dağıtım olmak üzere gerçekleştirilen hukuki ayırıştırmanın, beklenen düzeyde serbest rekabet ortamı sağlayıcı bir işlev görmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda çözümün hukuki ayırıştırılmadan daha katı bir yöntem olan mülkiyet ayırıştırması olduğu pek çok sektör temsilcisi tarafından vurgulanmıştır. Nitekim, Avrupa Birliği tarafından üç alternatif ayırıştırma yönteminin öngörüldüğü 2009 yılında yürürlüğe konulan Direktiflerde yöntemlerden birinin mülkiyet ayırıştırması olduğu diğerlerinin Bağımsız Sistem Operatörü (BSO) ve Bağımsız İletim Operatörü (BİO) adlandırılan yöntemler olduğu görülmüştür. (Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Burçak Tatlı, "Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği komisyonunun CEZ Kararı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı:1, (2018) s.77-104); Rekabet Kurumu verileri de gerçekleştirilen hukuki ayırıştırmanın, beklenen düzeyde serbest rekabet ortamı sağlayıcı bir işlev görmediği sonucunu desteklemektedir. Şöyle ki; Dağıtım şirketlerinin fiyat-dışı ayrımcılık yaptığı iddiasıyla Kuruma yapılan şikayetler neticesinde, elektrik tedarik piyasasında rekabetin bozulduğu hususlarının(4054 sayılı RKHK'nın hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. Maddesinin ihlâlinin) araştırılması için bir dizi soruşturma açılmıştır. 2016 yılının ikinci yarısından itibaren dikey ayırıştırmanın tam olarak işlevsel olmamasından ötürü rekabetin bozulduğu belirtilmiştir. Bu soruşturmanın ikisinde dağıtım ve perakende satış şirketlerinin sahibi olan ana firmaların Enerjisa ve Bereket Enerji olduğu bu nedenle soruşturmaya dâhil edildiği, soruşturmalarda adı geçen görevli tedarik şirketlerinin 2015 yılında Türkiye'de perakende düzeyde yapılan elektrik satışlarının yaklaşık üçte birini gerçekleştirdiği ortaya çıkmıştır. Bu oran, söz konusu soruşturmanın gerek elektrik piyasası gerekse ulusal ekonomi için ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.(<http://www.tenva.org/enerji-piyasalarinda-dikey-ayrıştırma-ve-perakende-satis-rekabeti/> Erişim Tarihi: 06.08.2018)

Hukuki ayırıştırma ile dağıtım ve perakende satış faaliyetleri ayrıldığından bu faaliyetler farklı şirketler tarafından yerine getirilecektir. Bunun TTK açısından bir sonucu, dağıtım şirketinin, daha önce esas sözleşmesi kapsamında yer alırken, hukuki ayırıştırma ile işletme konusu kapsamından çıkarılan perakende satış faaliyetini artık gösterememesidir. Ancak ayırıştırma ile şirketlerin piyasa faaliyetleri ile işletme konuları ayrılmış olsa bile TTK m.371/2 hükmüyle *Ultra Vires* ilkesi terkedilmiştir. İşletme konusu dışındaki bir işlemin enerji mevzuatına aykırı olması hususu, TTK'nın m.330. hükmüne uygun gözüğe de, TTK'nın m.371/2 hükmü ile TTK'nun m.340 hükmünün ikinci cümlesine aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar enerji mevzuatında, ilgili piyasa faaliyetine özgülenmiş olan lisansta belirtilen yapılabilecek faaliyetler dışında başka bir faaliyet gösteremeyeceği, yani işletme konusu dışında bir işlem gerçekleştirilemeyeceği açık bir şekilde yasaklanmış ise de, böyle bir işlemin geçersiz sayılacağına yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, dağıtım veya perakende satış şirketince işletme konusu dışında yapılan ve aynı zamanda lisansa aykırı faaliyet teşkil eden işlemin, TTK m. 371/2 hükmü ile *Ultra Vires* ilkesi kaldırılmış olduğundan, hem enerji mevzuatı, hem de TTK'nın m.371/2 hükmü karşısında, maddede belirtilen şartlar çerçevesinde geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İşlemin, TTK m.371/2 hükmü karşısında geçerli olması, şirketin işletme konusu dışında göstereceği faaliyet için, sözkonusu faaliyet, özellikle lisansa hükümlerine de aykırılık teşkil ettiği için, işlem nedeniyle EPDK tarafından ilgili şirkete ceza uygulanmasına engel değildir. EPDK tarafından, EPK m.16 ve EPLY m.27 hükümleri kapsamında, ilgili şirkete, önce yazılı ihtar yapılabilecek, ihtara rağmen aykırılığın devam ettiği veya tekrarlandığı takdirde idari para cezası verilebilecek, ceza miktarının belirli bir miktara ulaşması halinde ise lisansın iptal edilmesini sağlayarak, şirket, hiçbir faaliyet gösteremeyecek hale getirilebilecektir.

Hukuki ayırıştırmanın, Esasların m.5 hükmü kapsamında, TTK m. 159/1-b hükmünün içeriğinde tanımlanan kısmi bölünme hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir. Ayırıştırma kapsamında, gerçekleştirilen bölünme EPLY m.59/2 hükmü gereği, bölünme işlemi hakkında, işlem gerçekleşmeden önce, Kurul onayı alınması zorunludur. Bu amaçla, hazırlanan bölünme sözleşmesinin dağıtım şirketi tarafından onaylı bir örneği, sözleşmenin tamamlanmasını takip eden beş iş günü içerisinde

EPDK'ya sunulacaktır. Ayrıca EPLY m.20/6- e hükmü gereği, lisans başvurusunda bulunan şirket, pay devirleri ile şirket birleşme ve bölünmeleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen hükümlerin yer verildiği şirket esas sözleşmesini EPDK'ya sunmakla yükümlü kılınmıştır. Bu durumda, hukuki ayrıştırmaya tabi olan dağıtım şirketi, gerek esas sözleşmeye koymuş olduğu bölünmeye ilişkin hükümlere gerekse de EPLY m. 59/2 hükmü gereği bölünme için EPDK onayını almak zorundadır. EPDK onayının alınmadığı durumda, bölünmenin tescili talebi sicil müdürü tarafından TSY m.128 hükmü kapsamında incelenecek, hükümde yer alan Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olunması halinde, bu izin veya uygun görüş yazısının varlığı aranacak, EPDK onayı alınmamış olması aynı zamanda esas sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden, tescil talebinin reddedilmesi sözkonusu olabilecektir.

4628 sayılı Kanunun, m. 3/1-c hükmü, elektrik piyasasında dağıtım şirketlerinin, üretim ve perakende satış şirketlerinin faaliyetlerini 01/01/2013 tarihinden itibaren ancak ayrı tüzel kişilikler altında yürütülebileceğine dair hüküm kapsamında gerçekleştirilmesi gereken hukuki ayrıştırmanın, hiç gerçekleştirilmemesi TTK'nın, özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağına yönelik m.330 hükmü dışındaki diğer hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecektir. TTK m. 330 hükmüne aykırılığın ise TTK açısından bir yaptırımını bulunmamaktadır.

Doğal gaz piyasası açısından da⁴⁴¹ DPK Geçici Madde 2 hükmü, BOTAŞ'ın, doğal gaz ithalatı ulusal tüketimin yüzde yirmisi oranına düşünceye kadar sınıvlandırılmış doğal gaz (LNG) ithalatı haricinde yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapamayacağı, hazırlık döneminden sonra başlamak üzere her yıl en geç 2009 yılına kadar toplam yıllık ithalat miktarını yıllık ulusal tüketiminin yüzde yirmisine düşürünceye kadar, mevcut doğal gaz alım veya satış sözleşmelerinin kısmi veya bütün olarak tüm hak ve yükümlülükleri ile birlikte devredilmesi için istekli olan diğer ithalat lisans yeterlik sahibi şirketlerin katılacağı devir için BOTAŞ tarafından ihale yapılacağı, ihaleyi kazanan tüzel kişiye, söz konusu devir için BOTAŞ'ca muvafakat verileceği düzenlenmiş, böylece BOTAŞ'ın boşalttığı bu alana ihale yapılmak

⁴⁴¹ DPK Madde 7(c).

suretiyle mevcut alım sözleşmelerinin devri yoluyla özel sektörün girmesi amaçlanmış ve böylece sektörde hem serbestleşme ve rekabetin oluşması hem de doğal gazla ilgili tüm faaliyetleri gerçekleştiren BOTAŞ'ın halihazırda yürüttüğü iletim faaliyeti ile tedarik faaliyetinin ayrıştırılması hedeflenmiştir. 2018 yılı sonu itibariyle özel sektörün piyasada tedarik ettiği doğal gaz payı % 15,35 oranında gerçekleşmiştir ki, bütün bu çabalara rağmen BOTAŞ'ın doğal gaz ithalatının % 20 oranına kadar düşürülmesi için konulan hedefe yaklaşamamıştır.

Ayrıca, dağıtım faaliyeti hariç olmak üzere, BOTAŞ'ın dikey bütünleşmiş tüzel kişiliğinin 2009 yılına kadar devam edeceği, bu tarihten sonra ayrıştırılarak yatay bütünleşmiş tüzel kişilere uygun olarak yeniden yapılandırılması ve bu süreç sonunda iletim faaliyetini gerçekleştiren şirket hariç olmak üzere, depolama ve ticaret faaliyetlerini yürüten diğer şirketlerin özelleştirilmesi hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, Türkiye'deki doğal gaz ve petrol boru hatlarının mülkiyetine sahip olan BOTAŞ'ın kamu teşebbüsü niteliğinin devam edeceği öngörülmüştür. Düzenleme ile iletim ile depolama ve ticaret faaliyetleri için hukuki ayrıştırma öngörülmüş ve düzenlemenin üzerinden 10 yıl geçmiş olmasına rağmen BOTAŞ'ın yeniden yapılandırılması henüz tamamlanamamıştır.

Dağıtım faaliyeti ile ilgili olarak DPK'nın yayımlandığı dönemde, BOTAŞ'ın mülkiyetinde ve işletiminde bulunan şehir içi dağıtım şirketleri ve varlıklarının özelleştirilmesi; yeni oluşturulacak dağıtım bölgelerinde ise, EPDK tarafından gerçekleştirilecek ihaleler ile belirlenecek özel şirketlerin faaliyet göstermesi öngörülmüştür⁴⁴². Böylece daha önce hem iletim faaliyetini hem dağıtım faaliyetini gerçekleştiren BOTAŞ'ın şehir içi dağıtım faaliyetine son verilmiş olup, iletim ile dağıtım faaliyetleri arasında bir hukuki ayrıştırma gerçekleştirilmiştir.

Doğal gaz piyasasında hukuki ayrıştırma ile piyasa faaliyetleri ayrıştırılan şirketlerin faaliyet alanları dışında, TTK açısından işletme konusu dışında yapacağı

⁴⁴² Bu çerçevede, BOTAŞ'ın doğal gaz dağıtım faaliyeti, 2004 yılında BURSAGAZ ve ESGAZ'ın özelleştirilmesiyle sona ermiş; yeni oluşturulan dağıtım bölgeleri için özel şirketlere lisans verilmiştir. DPK öncesinde faaliyet gösteren dağıtım şirketlerinden İZGAZ'ın özel sektöre devri 2009 yılı başında, Başkentgaz ise 2013 yılı Mayıs ayında özel sektöre devredilmiştir. İGDAŞ'ın özelleştirme süreci ise sonuçlandırılmamıştır.

işlemlerin durumu açısından, yukarıda elektrik piyasası ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.

Elektrik piyasası ve doğal gaz piyasasının tekel durumdan çıkarılarak, serbestleştirilmesi ve özel sektör şirketlerine açılması isabetli adımlardır. Ancak her bir piyasa içerisindeki birden çok faaliyet alanlarına özel sektör şirketlerinin sınırsız bir şekilde giriş çıkış yapması, piyasaların özel sektöre açılması ile sağlanan yararları ortadan kaldırma ve belirli faaliyetlerde özel sektör tekeli oluşturulması riskini taşımaktadır. Bu nedenle her bir piyasadaki faaliyetleri gerçekleştiren şirketler arasında hukuki ayrıştırma yapılması söz konusu riski bertaraf ederek rekabetçi bir ortam yaratılması açısından önem arz etmektedir. Her ne kadar TTK'ya göre kurulan bir enerji şirketinin, girdiği piyasadaki her faaliyeti gerçekleştirmek istemesinin, hukuki ayrıştırma ile engellenmesi, özel teşebbüslerin, diledikleri alanda ticari faaliyet gerçekleştirme özgürlüklerini kısıtlıyor gibi gözükse de, enerji piyasasındaki faaliyetlere yönelik olarak hukuki ayrıştırma önlemi sayesinde her bir faaliyetin ayrı şirketlerde gerçekleştirilmesi ölçülü bir regülasyon tedbiridir. Hukuki ayrıştırma, enerji alanında adil, sağlıklı işleyen bir rekabet ortamının oluşmasına katkı sağlayan önemli adımlardan biri olmakla birlikte, ayrıştırmaya ilişkin kuralların TTK hükümlerine uyumlu olarak düzenlenmesi hususunun ihmal edildiği görülmektedir. Bu nedenle, halihazırda, elektrik dağıtım faaliyeti açısından hukuki ayrıştırma süreçleri tamamlanmış olsa da, bundan sonraki süreçte, piyasa faaliyetlerinin, hukuki ayrıştırmaya benzer şekilde ayrıştırılması ihtiyacı doğması durumunda belirlenecek kuralların, bu başlık altında yer verdiğimiz tespit, eleştiriler gözönüne alınarak TTK hükümleriyle uyumlu olmasına dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

6.5.2. Enerji Şirketlerinde Fonksiyonel Ayrıştırma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi

Fonksiyonel ayrıştırma, enerji iletim ve dağıtım teşebbüslerinin işlevsel olarak üretim ve tedarik birimlerinden ayrılarak bağımsız bir organizasyona ve karar verme mekanizmasına dönüştürülmesidir⁴⁴³. Yönetim ayrıştırması, fonksiyonel ve yönetim

⁴⁴³Muzaffer Eroğlu, “Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, Cilt: 11, Sayı: 1, (2010), s.124.

ayrıştırmasını içerecek şekilde tanımlanmakla birlikte, bazı kaynaklarda fonksiyonel ayrıştırma ile yönetim(idari, kurumsal) ayrıştırmasının ayrı ayrı tanımlandığı görülmektedir.⁴⁴⁴

Yönetim ayrıştırması, genel olarak, dikey bütünleşik bir teşebbüs içinde farklı alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin yönetimlerinin ayrı ve bağımsız bir şekilde bırakılmaları anlamına gelmektedir.⁴⁴⁵ Yönetim ayrıştırmasının, hukuki ayrıştırma sonrası oluşan ayrı tüzel kişilikler arasındaki ayrıştırmanın devamını temin eden ve bu yönüyle hukuki ayrıştırmayı tamamlayan bir işlev gördüğü söylenebilir.

Yönetim ayrıştırması ile elektrik piyasasında, iletim ve dağıtım teşebbüsleri ile üretim ve tedarik teşebbüsleri bağımsız bir yapı ve karar alma mekanizmasına sahip olmaları hedeflenmektedir- ki bu durum için, teşebbüsler arasında *Çin Seddi* örülmesi tabiri de kullanılmaktadır⁴⁴⁶.

Yönetim ayrıştırmasının, elektrik piyasasında EPLY m. 33/5 hükmünde vücut bulduğu görülmektedir. Hükme göre, dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetim kurulu üyesi, genel müdür ve genel müdür yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticilerin farklı kişilerden oluşturulması zorunludur. Dağıtım şirketinde görevli olan söz konusu yöneticiler, ilgili 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 alamaz. Bu hükümdeki ayrıştırma, üretim, dağıtım ve perakende şirketlerinde yöneticilerin tamamen farklı kişilerden oluşmasını öngörmesi dışında dağıtım şirketindeki yöneticilerin, dağıtım, perakende ve üretim şirketlerini kontrol eden ana şirketlerde veya ana şirketin kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan kurul, yönetim kurulu v.b yapılanmalarda görev alamayacağını

⁴⁴⁴Dündar ve Utaş, 2015, a.g.m, s.3; Akın 2008, a.g.m., s.13,14; Yavuz, 2008, a.g.m, s. 56.

⁴⁴⁵Dündar ve Utaş, 2015, a.g.m, s.3

⁴⁴⁶Eroğlu, a.g.m, s.123,124.

da öngörmektedir. Bu şekliyle üretim, dağıtım ve perakende şirketleri arasındaki ayrıştırma müdahalesini bir adım daha ileri görülmekte ve piyasa faaliyeti göstermesi şart olmayan ancak bünyesinde piyasa faaliyetlerini yürüten şirketleri barındıran ana şirketlerin veya ana şirketin kontrolünde olan ve piyasa faaliyeti göstermesi şart olmayan diğer şirketlerin de yönetimine müdahale edildiği görülmektedir. Regülasyonun uygulandığı alanların sınırlarını aşarak piyasa faaliyeti göstermesi şart olmayan ana şirket veya grup şirketlerine yönelen ve TTK'nın düzenlediği alana müdahale niteliğinde olan böyle bir düzenlemenin EPK'da olsa dahi TTK hükümleri karşısında geçerliliği ve uygulanabilirliği tartışma konusu olacaktır.

Hükmün, dağıtım şirketleri ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetiminde ayrıştırma istediği görülmektedir. Müdahale yalnız yönetim kurulu üyeliği konumu ile sınırlı olmayıp, genel müdür, genel müdür yardımcısı ünvanları ile başka ünvanlarla çalışanları, başka ünvana sahip olsalar da görev ve yetki itibarıyla bu konumlara denk veya daha üst makamlarda imza yetkisine sahip diğer yöneticileri de kapsamaktadır.

Öncelikle, Ayrıştırma Esaslarının m.6/3 hükmünün denetçilerin farklı kişilerden oluşturulmasına ilişkin kısmının, eTTK'da,(m.347 ila m.359) anonim şirketlerde iç denetim faaliyeti şirketin bir organı olarak görülen ve organlara has şekilde çeşitli yetkilerle donatılan denetçi veya denetim kurulları tarafından yerine getirilmesinin öngörülmesi nedeniyle uygulanabilirliği sözkonusuyken, TTK ile denetçinin organ olmaktan çıkarılması ve iç denetimi yerine getirecek başka bir organa da yer verilmemesi gerekçeleriyle, TTK açısından artık uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Yönetim ayrıştırmasının hukuki dayanağı olarak gösterilen EPLY m.33/5 hükmü ile Ayrıştırma Esaslarının m.6/3 hükmüne göre dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve perakende satış şirketlerinin yönetim kurulu üyelerinin farklı kimselerden oluşturulmasına ilişkin düzenleme doğrultusunda öngörülen regülasyon müdahalesinin, öncelikle TTK m.408/2-b hükmü kapsamında devredilmez olduğu belirtilen şirketin yönetim kurulu üyelerinin seçimi görev ve yetkisini elinde bulunduran genel kurulun yetkisini sınırlandırmaya veya engellemeye

yönelik olduğu görülmektedir. TTK m.375 hükmü kapsamında, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri sayılmıştır. Hükme göre şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi, şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi, müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları ile yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Görüldüğü üzere, yönetim ayrıştırması ile belirtilen piyasa faaliyetini gerçekleştiren şirketlerin hem genel kurulunun hem de yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri olarak nitelendirilen yönetim kurulu üyelerinin seçimi ile şirket yöneticilerinin belirlenmesine yönelik olarak yetkilerin kullanılması sınırlandırılmakta veya engellenmektedir. Hem genel kurul hemde yönetim kurulu açısından, emredici hüküm niteliğinde olan devredilmez görev ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin böyle bir sınırlandırma veya engelleme TTK'da bulunmamaktadır. Hatta, TTK m.391/1-d hükmü kapsamında diğer organların devredilmez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin yönetim kurulu kararlarının batıl olacağı belirtilmek suretiyle, şirketin yönetim kurulunun genel kurul için belirlenen devredilmez görev ve yetkilerinin alanına girmesi önlenmek istenmiş ve girildiği takdirde alınan kararı butlan gibi ağır bir yaptırıma tabi kılmıştır. Aynı durum, genel kurul açısından da geçerlidir. TTK m.447/1-c hükmünde, anonim şirketin temel yapısını bozan kararların batıl olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, anonim şirkette, TTK m.408/1-b, m.375, m.391/1-d ve m.447/1-c gibi emredici mahiyetteki hükümlerle şirketin organlarının devredilmez görev ve yetkilerine ilişkin alan sıkı bir şekilde korunmak istenmiştir. Oysa, yönetim ayrıştırmasının hukuki dayanağı olarak gösterilen EPLY m.33/5 hükmü ile Ayrıştırma Esaslarının m.6/3 hükümleri tam da bu emredici hükümlere aykırı olarak genel kurulun yönetim kurulunu seçme yetkisine, yönetim kurulunun da, yöneticileri belirleme, görevlendirme yetkilerini sınırlandırmaktadır. Üstelik bu müdahale EPLY m.33/5 hükmü açısından birincil düzenleme olarak EPK'da değil de, ikincil düzenleme düzeyinde EPLY'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin, uygulama önceliği açısından TTK hükümlerinin önüne geçerek uygulanmasının, açık bir şekilde özel kanun hükümlerine uygulanma önceliği tanıyan TTK m.330 hükmü kapsamında kabul görmeyeceği kanaatindeyim.

Müdahalenin diğ er hukuki dayanağı olan Ayırıştırma Esaslarının m.6/3 hükmünün TTK karşısındaki konumu daha da zayıftır. Zira, Ayırıştırma Esasları kapsamındaki hükümler, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan hatta normlar hiyerarşisinde yer almayan idari bir karar niteliğinde olan EPDK kararı ile getirilmiş olup, bu hükümlerin, uygulama önceliği açısından TTK hükümlerinin önüne geçerek uygulanmasının, gerek açık bir şekilde özel kanun hükümlerine uygulanma önceliği tanıyan TTK m.330 hükmü kapsamında gerekse emredici olduğu belirtilen diğ er ilgili hükümler karşısında geçerliliği olmayacağı kanaatindeyim. Bu açıklamalardan hareketle, yönetim ayırıştırmasına yönelik olarak belirtilen hükümlerin ihlali teşkil edecek şekilde yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesi veya genel müdür ve genel müdür yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğ er yöneticilerin seçilmesi halinde, buna ilişkin kararlar, TTK karşısında geçerli olacaktır.

İletim ve dağıtım teşebbüsleri ile üretim ve tedarik teşebbüsleri arasında hukuki ayırıştırmaı tamamlayıcı olarak yönetim ayırıştırması öngörülmesi, özellikle iletim ve dağıtım piyasalarındaki şirketlerin bağımsız bir yapı ve karar alma mekanizmasına sahip olmalarının sağlanması, yukarıda belirtilen söz konusu riski bertaraf ederek rekabetçi bir ortam yaratılması açısından önem arz etmektedir. Bu gerekçeyle, aynı anda farklı piyasalarda faaliyet gösteren birden fazla şirketlerin yönetiminde bulunma ve yönetiminde söz sahibi olma gibi ticari özgürlüklerini kısıtlıyor gibi gözükse de, enerji piyasasındaki faaliyetlere yönelik olarak hukuki ayırıştırmaı tamamlayıcı mahiyette olan yönetim ayırıştırması önlemi sayesinde iletim ve dağıtım teşebbüslerinde, üretim ve tedarik teşebbüslerindeki yöneticilerin bulunmasının önlenmesi, ölçülü bir regülasyon tedbiridir. Ancak bu durumun bir adım ileri götürülerek üretim, dağıtım ve perakende şirketlerinde yöneticilerin tamamen farklı kişilerden oluşmasını öngörmesi dışında, dağıtım şirketindeki yöneticilerin, dağıtım, perakende ve üretim şirketlerini kontrol eden ana şirketlerde veya ana şirketin kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan kurul, yönetim kurulu v.b yapılanmalarda görev alamayacağını da öngörmesi kanaatimce makul regülasyon sınırını aşan bir tedbir mahiyetinde olup, müdahalenin öngörüldüğü hükümlerin geçerliliğini ve

uygulanabilirliğini TTK hükümleri karşısında tartışmalı hale getirdiği, bu sonuçlardan kaçınmak için de, ölçülü tedbirleri içeren ve TTK hükümleri ile uyumlu bir regülasyon oluşturulmasının önemli ve gerekli olduğu kanaatindeyim.

6.5.3. Enerji Şirketlerinde Muhasebe (Hesap) Ayırıştırması Zorunluluğunun Değerlendirilmesi

En temel fakat etkinliği az olan bir ayırıştırma çeşidi⁴⁴⁷ olarak görülen muhasebe veya hesap ayırıştırması olarak adlandırılan ayırıştırma, birden fazla lisansa sahip olan aynı tüzel kişi veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişilerin lisansa tabi her faaliyet veya tesis için ayrı hesap ve kayıt tutması anlamına gelmektedir⁴⁴⁸. Bu kapsamda, şebeke faaliyetleri için ayrı bilanço ve gelir tablosu hazırlanarak, bu faaliyetlere ilişkin muhasebe kurallarının varlık ve yükümlülüklerinin, gelir ve giderlerin, amortismanların ve karın net biçimde ortaya konulması amaçlanmaktadır⁴⁴⁹.

Öncelikle, hesap ayırıştırması ve çapraz sübvansiyonun enerji şirketleri için öngörülmesinin amacının ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bir şirketin, bir piyasada oluşan maliyetlerini, başka bir alandaki faaliyetlerine yüklemesi ve elde ettiği geliri aynı şekilde başka bir piyasadaki faaliyetlerini finanse etmek için kullanması halinde çapraz sübvansiyon sözkonusu olmaktadır.⁴⁵⁰ Çapraz sübvansiyon yasağı, özellikle rekabete açık faaliyetler ile açık olmayan faaliyetler açısından önem arz etmektedir. Zira, rekabete açık bir faaliyetin, rekabete açık olmayan bir faaliyetten elde edilen gelirle desteklenmesi, rekabetin amaçlandığı serbest piyasa oluşumunda arzu edilen bir hal değildir. Bahsedilen bu duruma, enerji piyasasında karşılaşmak mümkündür. Çünkü enerji piyasasında, doğal tekel niteliği taşıması nedeniyle rekabete açık olmayan faaliyetler ile rekabete açık olan faaliyetler birlikte mevcuttur. Bu faaliyetler, özellikle mevzuatça yasaklanmadığı sürece, aynı tüzel kişi tarafından aynı anda yerine

⁴⁴⁷ Eroğlu, a.g.m, s.123.

⁴⁴⁸ İzak Atiyas, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, İstanbul, TESEV Yayınları, 2006, s.52.

⁴⁴⁹ Selen Yersu Şahin, “Enerji Sektöründe Ayırıştırma”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No. 131, Ankara, 2012, s.9.
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FUzman%25c4%25b1k%2BTezi%2F9selenyersusahinmiz.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.04.2018)

⁴⁵⁰ Akın 2008, a.g.m, s.14; Yavuz 2008, a.g.m, s.56,57.

getirilebilmektedir. Böyle bir durumda, çapraz sübvansiyon yasağı öngörülmemesi halinde, rekabete açık bir faaliyet, rekabete açık olmayan bir faaliyetten elde edilen gelirle desteklenecek ve bu durum, rekabete dayalı piyasa yapısını bozucu sonuçlar doğurabilecektir. İşte bu piyasayı bozacak sonuçları engellemenin yolu, hesap ayrıştırması ve çapraz sübvansiyon yasağı öngörülmesidir⁴⁵¹.

Elektrik piyasasına ilişkin olarak, EPK m.5/2-b hükmünde, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet gösteren tüzel kişilerin, tarifesi düzenlemeye tabi her faaliyet ve bu faaliyetin lisansı kapsamında sınırlandığı her bölge için ayrı hesap ve kayıt tutmakla yükümlü olduğu hususunun düzenlendiği görülmektedir. Madde, açık bir şekilde hesap ayrıştırması öngörmektedir. EPK'nın, Geçici Madde-1/3 hükmünde de, 31/12/2015 tarihine kadar tüm hesapların ilgili mevzuata göre ayrıştırılarak tutulacağına ilişkin hükmün yer aldığı görülmektedir. Hesap ayrıştırmasıyla bağlantılı olan çapraz sübvansiyondan ise yine açıkça bahsedilmemekte ise de, EPK m. 17/3 hükmünde, onaylanan tarifeler içinde, söz konusu tüzel kişinin piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamayacağı, ancak iletim ek ücretinin bu hükmün istisnasını oluşturacağı belirtilmek suretiyle çapraz sübvansiyonun kastedildiği de ileri sürülmüştür.⁴⁵² EPK'nın, Geçici Madde-1/2 hükmünde, 31/12/2015 tarihine kadar ulusal tarife uygulamasının gereklerinin esas alınacağı ve ulusal tarifede çapraz sübvansiyon uygulanacağı, ulusal tarifenin, EPDK tarafından hazırlanacağı ve Kurul onayıyla yürürlüğe gireceğine ilişkin maddede çapraz sübvansiyon ifadesinin geçtiği görülmektedir. Ancak bu maddenin, ulusal tarifede çapraz sübvansiyon uygulanmasına ilişkin olup, hesap ayrıştırmasına tabi şirketlerin tabi olduğu çapraz sübvansiyon yasağı ile ilgili olmadığı açıktır.

⁴⁵¹Yavuz 2008, a.g.m, s.57.

⁴⁵² Yavuz, sözkonusu hükümden hareketle tarifelerin belirlenmesinde herbir gelir kalemine ilişkin gelir ve gider denkleğinin sağlanmasının esas olduğu, bu denklik ile gelir kalemleri arasında çapraz sübvansiyonun engellenmesi ve maliyet tabanlı fiyatlandırmanın sağlanmasının amaçlandığını ileri sürmektedir. (Yavuz 2008, a.g.m, s.55.) Kanaatimce, EPK m. 17/3 hükmü ile çapraz sübvansiyon yasağı arasında doğrudan değil dolaylı bir ilişki sözkonusudur. Çapraz sübvansiyon, EPK m. 17/3 hükmünde belirtilen amaca hizmet eden araçlardan biridir. Dolayısıyla hükmün doğrudan çapraz sübvansiyondan bahsettiğini ileri sürmek güçtür. Bu yorumdan hareketle, çapraz sübvansiyon yasağının EPK'da açık bir dayanağı olmadığı, doğrudan EPLY m.44 hükmünden kaynaklandığı, bu durumun ise Kanunla düzenlenmeyen bir hususun Yönetmelikle ihdas edilmesi anlamına geleceği, bu nedenle de, sözkonusu yasağın hukuki dayanak açısından sorunlu olduğunu belirtmemiz yanlış olmayacaktır.

EPK'ya dayanılarak çıkarılan EPLY'de hesapların ayrıştırılmasına yönelik özel bir hüküm öngörülmüştür. Hesapların ayrıştırılması ve çapraz sübvansiyon yasağı başlığını taşıyan EPLY m. 44 hükmünde, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet gösteren tüzel kişilerin, tarifesi düzenlemeye tabi her faaliyet ve bu faaliyetin lisansı kapsamında sınırlandığı her bölge için, piyasa faaliyeti ile birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetin yürütülmesi halinde, piyasa dışı faaliyet için, ayrı hesap ve kayıt tutmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Hükümde, hesap ayrıştırmasının bir uzantısı olarak görülen çapraz sübvansiyon yasağının öngörüldüğü yasağın detaylandırıldığı anlaşılmaktadır. EPLY 29/4-a hükmünde de tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahibinin, hükmün üçüncü fıkrasında sayılanlara ek olarak, piyasa faaliyetleri arasında ve piyasa faaliyetleri ile piyasa dışı faaliyetleri arasında çapraz sübvansiyon yapamayacağı hususu vurgulanmıştır. Görevli tedarik şirketi, hesaplarını Kurul tarafından onaylanan Elektrik Dağıtım Sektörü Düzenleyici Hesap Planına uygun olarak tutmakla yükümlüdür.

Hesap ayrıştırması ve çapraz sübvansiyon yasağının elektrik piyasasında faaliyet gösteren kamu şirketleri (TEİAŞ, TEDAŞ, EÜAŞ, EPİAŞ) için uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu hükümlerin piyasa faaliyeti gerçekleştiren tüm şirketleri kapsadığı hususu gözönüne alındığında, bu şirketlerin de bu kurala ve yasağa uymalarının gerektiği sonucuna ulaşmamızı engelleyen bir durum bulunmamaktadır.

Doğal gaz piyasasında hesap ayrıştırmasının birden fazla lisansa sahip olan aynı tüzel kişi veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişiler için öngörülmüştür. Bu durum, DPK m.6/a-2 hükmünde açıkça ifade edilmektedir. Hükme göre, birden fazla lisansa sahip olan aynı tüzel kişi veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişiler, lisansa tabi her faaliyet veya tesis için ayrı ayrı muhasebe kayıtları tutmak zorundadır. DPK m.7-c hükmünde ise, doğal gaz piyasasında birden fazla konuda faaliyet gösteren tüzel kişilerin muhasebe ayrışmalarını yapmalarının zorunlu olduğu hususu vurgulanmıştır. Ayrıca DPK 4/d-2 hükmünde de depolama faaliyetinde bulunmak isteyen doğal gaz üretim şirketinin EPDK'ya yaptığı başvuruda, depolama lisansı için istenen yeterliliğe sahip olduğunu belgelemesinin şart olduğu, şirketin, depolama faaliyetine başladığı takdirde, depolama faaliyetini,

muhasebesini ayırıştırmak suretiyle üretim faaliyetinden ayrı olarak yürüteceği hususu belirtilmiştir. Aynı husus DPLY m.24 hükmünde de tekrar edilmiştir. DPK Geçici Madde-2 hükmünde de farklı piyasa faaliyetlerini aynı çatı altında sürdürmesi nedeniyle, BOTAŞ'ın özel muhasebe ayırıştırmasına ilişkin bir düzenleme öngöröldüğü görölmektedir. Hükümde, BOTAŞ'ın iletim, depolama, satış, ithalat faaliyetlerine ilişkin muhasebe ayırışımının, hazırlık dönemi sonundan itibaren oniki ay içerisinde gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Yine DPK Geçici Madde-3-d hükmünde de şehir içi doğal gaz dağıtım şirketlerine özel bir düzenleme getirilmiş, dağıtım şirketlerinin, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren dağıtım ve satış faaliyetleri için şirket içinde muhasebe ayırışımını yapmak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

DPLY m.31-f hükmünde, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek lisans sahiplerinin, lisanslarında Kuruldan izin alınmaksızın yapılacak faaliyetler olarak belirtilenlerin dışında piyasa dışı faaliyette bulunamayacağı, Kurulun izin verme aşamasında talep edilen lisansın türü, piyasa dışı faaliyetin niteliği ve enerji piyasası ile ilişkisini göz önünde bulundurulacağı, tüzel kişilerin lisanslarında belirtilen faaliyetleri arasında hesap ayırışımını yapmak zorunda olup, çapraz sübvansiyon tesis edemeyecekleri ifade edilmiştir. DPLY'nin hesapların ayırıştırılması ve çapraz sübvansiyon yasağı başlıklı m. 35 hükmünde doğrudan hesap ayırıştırmayı düzenlenmiştir. Yönetmelikte, hesap ayırıştırmayı yapması gereken şirketlerin çapraz sübvansiyon yasağına tabi olduklarından bahsedilmektedir. Oysa DPK'da yalnızca hesap ayırıştırmasından bahsedilmiş, çapraz sübvansiyondan herhangi bir şekilde bahsedilmemişti. Çapraz sübvansiyon yasağının, ikincil mevzuat niteliğinde olan DPLY hükümleriyle öngörölmüş olması, normlar hiyerarşisine uygun olarak, dayandığı Kanuna uygun olması gereken Yönetmelikte, Kanunda düzenlenmemiş bir hususun düzenlenmiş olması, daha da önemlisi bir yasak getirilmiş olması ve bunun yaptırma bağlanmasının, yasaya ve hukuka aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyim.

TTK'da, ayrı lisanslara tabi olarak farklı faaliyetlerde bulunsalar bile, bu şirketlerin, lisana tabi herbir faaliyeti için ayrı hesap tutmasını veya faaliyetler arasında çapraz sübvansiyon yapılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani TTK'ya tabi şirketler açısından hesapların, birçok hükümde ifade edildiği gibi Türk Muhasebe Standartlarına uygun bir şekilde tutulması yeterlidir. O nedenle, hesap

ayrıştırması TTK'dan değil enerji mevzuatından kaynaklanan bir yükümlülük olup, TTK'ya tabi olarak kurulan ve enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim ve limited şirketlerine yönelik münferit bir regülasyon müdahalesi teşkil etmektedir. Düzenleme, hesap ayrıştırması yönünden özel kanun niteliğindeki EPK ve DPK hükümlerinden kaynaklandığından, TTK m.330 hükmü doğrultusunda, EPK ve DPK hükümlerinin TTK hükümlerinden önce uygulanacaktır. Ancak yukarıda çapraz sübvansiyon ile ilgili olarak belirttiğimiz görüş doğrultusunda aynı şeyi çapraz sübvansiyon yasağı için söylemek mümkün olmayacaktır. Zira, TTK'nun, uygulama önceliği verdiği özel kanunlar olan EPK ve DPK'da yasal dayanağı olmadığı halde, bu kanunlara dayanılarak çıkarılan EPLY ve DPLY kapsamındaki hükümlerle getirilen bir yasağın, uygulama yönünde TTK hükümlerinin önüne geçmesi düşünülemez. Bu nedenle yönetmeliklerle getirilen çapraz sübvansiyon yasağı açısından, TTK m. 330 hükmünün dayanak olması sözkonusu olmayacaktır. Bu gerekçeyle, enerji şirketlerine çapraz sübvansiyon yasağı uygulanması hukuki dayanaktan yoksundur. Bu aykırılık, çapraz sübvansiyon yasağına ancak EPK ve DPK'da açıkça yer vermekle giderilebilecektir.

6.5.4. Enerji Şirketlerinde Ayrıştırma Zorunluluğuna İlişkin Hükümlere Aykırılığın Enerji Mevzuatı Açısından Sonuçları

Hukuki ayrıştırmayı düzenleyen 4628 sayılı Kanunun, m. 3/1-c hükmü elektrik piyasasında dağıtım şirketlerinin, üretim ve perakende satış şirketlerinin faaliyetlerini 01/01/2013 tarihinden itibaren ancak ayrı tüzel kişilikler altında yürütülebileceğine dair hüküm kapsamında gerçekleştirilmesi gereken hukuki ayrıştırmanın, hiç gerçekleştirilmemesi durumunda, şirket, EPDK tarafından, hükmün gönderme yaptığı EPK m.16 ve EPLY m.27 hükümleri kapsamında idari para cezası, lisansın iptal edilmesi yaptırımları ile karşılaşacak ve hiçbir faaliyet gösteremeyecek hale getirilebilecektir.

Fonksiyonel ayrıştırma zorunluluğu açısından ise, böyle bir ihlalin enerji mevzuatı açısından yaptırımının ne olacağına ilişkin Ayrıştırma Esaslarında herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda EPLY m.27/1 hükmündeki, lisans sahibi tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranması durumunda, fiilin niteliğine göre EPK m.16 hükümlerinde öngörülen yaptırımların uygulanacağına

ilişkin yollama doğrultusunda ihlale neden olan ilgili şirkete yaptırım uygulanacaktır. EPLY m.33/5 hükmü kapsamında dağıtım şirketindeki yöneticilerin, dağıtım, perakende ve üretim şirketlerini kontrol eden ana şirketlerde veya ana şirketin kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan kurul, yönetim kurulu v.b yapılanmalarda görev alamayacağına ilişkin hükümlerin ihlali halinde dağıtım, perakende ve üretim şirketlerini kontrol eden piyasa faaliyeti göstermeyen ana şirketlere veya ana şirketin kontrolünde olan şirketlere EPLY m.27/1 ile EPK m.16 hükmlerinde belirtilen yaptırımların uygulanması sözkonusu olamayacaktır. Bu durumda yaptırımların muhatabının, dağıtım, perakende ve üretim şirketleri olacağı kanaatindeyim.

Enerji şirketlerinin hesap ayıştırmasına ilişkin hükümlere aykırı davranması halinde, EPK veya EPLY'de özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda, böyle bir aykırılık EPK m. 16/1 kapsamındaki, Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek ve aykırılığın giderilme imkanı varsa düzeltilmesi ihtar edilecek, giderilmediği takdirde idari para cezası verilecek, düzeltilmesi mümkün değilse ihtar edilmeksizin idari para cezası verilecektir. Doğal gaz şirketlerinin hesap ayıştırmasına ilişkin hükümlere aykırı davranması halinde de, DPK veya DPLY'de özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda da, böyle bir aykırılık DPK m. 9 kapsamındaki, Kanun hükümlerine ve çıkarılan yönetmelik, talimat ve tebliğlere aykırı hareket edildiğinin tespit edilmesi halinde, durum ihtar edilecek, ihtara rağmen mevzuata aykırı durumlarını devam ettirenlere hükümde öngörüldüğü şekilde idari para cezası verilecektir. İdarî para cezalarını gerektiren fiillerin ihtara rağmen düzeltilmemesi veya tekrarlanması hallerinde idarî para cezaları her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanacak ve ceza miktarının hükümlerde belirtilen eşiği (EPK m.16/2, DPK m.9) aşması halinde lisansın iptali sözkonusu olabilecektir.

SONUÇ

Enerji piyasası faaliyetleri, TTK hükümlerine göre gerek devlet eliyle gerekse özel teşebbüsler eliyle kurulmuş, özel hukuk hükümlerine tabi şirketler veya ticari işletmeler eliyle yerine getirilmektedir. Enerji piyasası regülasyona tabi olduğundan, piyasada faaliyet gösteren şirketler, aynı zamanda, TTK'ya göre özel kanun niteliğinde olan EPK ve DPK hükümlerine de tabidirler. TTK'da yer alan bazı hükümler, EPK ve DPK'da yer alan özel kanun hükümlerinin elektrik ve doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlere öncelikli olarak uygulanmasının dayanağını teşkil etmektedir. TTK'da bulunan dayanak hükümlerin, hem TTK'da yer alan daha özel nitelikli bazı hükümlerle ve EPK ve DPK'nın hükümleriyle çeliştiği görülmektedir.

TTK'nın m.210/2 hükmüne göre diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilmektedir. Bu hükmün, kanunları değil ilgili bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlarca çıkarılan yönetmelik, tebliğ v.b gibi alt düzenlemeleri kapsadığı anlaşılmaktadır. EPDK, TTK m.210/2 hükmü anlamında bahsedilen kurumlardan biri olduğundan enerji şirketleri için yapılan düzenlemelerin, TTK m.210/2 hükmü kapsamında yapıldığı söylenebilecektir. TTK m.210/2 hükmünün, doğrudan enerji piyasası regülasyonun ana dayanağını teşkil eden kanunları sınırlandırma amacına değil, ikincil düzenlemelerin çerçevesini belirleme amacına hizmet ettiği görülmektedir.

TTK-regülasyon ilişkisine yönelik referans maddelerden biri olan TTK'nın m.330 hükmü gereği, enerji piyasasında faaliyet gösteren, bu nedenle de EPK ve DPK gibi özel kanuna tabi anonim şirketler açısından, EPK ve DPK'da bulunan hükümler, TTK'ya kıyasla öncelikle uygulanacaktır. TTK m. 330 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere, özel kanunla ibaresiyle sadece kanunlar kastedilmiş olup, daha alt düzeydeki normların kapsama alınmasına Kanun Tasarısının amacı ve lafzı engeldir. Bu kapsamda, doğrudan, enerji şirketlerine yönelik yönetmeliklerden veya daha alt düzeydeki düzenlemelerden kaynaklanan regülasyon müdahalelerine ilişkin

hükümlerin TTK m. 330 hükmü kapsamında özel kanun hükmü olarak sayılması ve TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanması mümkün değildir.

TTK m.333 hükmünde ilke olarak şirketlerin kuruluşunun, esas sözleşme değişikliklerini herhangi bir makamın iznine tabi kılınmadığı açıkça ifade edilmiştir. Enerji, TTK m.333 hükmü doğrultusunda TB tarafından çıkarılan *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliği* m.5 hükmü uyarınca, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği bu maddede Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilen faaliyetlerden biri olarak anılmadığından, enerji şirketlerinin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine tabi olmadığı açıktır. Bu husus, TTK m.333 hükmündeki düzenlemeyle de vurgulanmıştır. Enerji şirketlerinin kuruluşu izne tabi değildir ancak aynı durum esas sözleşme değişikliği açısından geçerli değildir. EPK'nın m.4/3 hükmü doğrultusunda çıkarılan EPLY gereği piyasa faaliyeti gerçekleştirecek şirketlerin esas sözleşmelerinde yer verilmesi zorunlu olan hususlar ile esas sözleşme ve değişiklikleri için EPDK'nın onayının alınacağı hususu düzenlenmiştir. Bu durum, TTK m.330 hükmüne aykırılık göstermezken TTK m.333/2 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Doğal gaz piyasası açısından da durum paralellik arz etmektedir.

EPDK'nın enerji şirketlerinin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetkilerinin devam edip etmediği hususu özel kanun-genel kanun yürürlük tarihlerine göre belirlenmelidir. EPK, TTK'dan sonraki tarihte yürürlüğe girdiğinden elektrik piyasasında EPDK'nın elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetkilerine sahip olmaya devam etmektedir. Buna karşın, DPK'nın yürürlük tarihi, TTK'dan önce olduğundan, DPK'da, EPDK'nın doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetkilerinin, TTK m.333 hükmüncü kaldırıldığını değerlendirmekteyiz.

TTK'nın m.340 hükmündeki birinci cümle ile TTK'nın açıkça izin vermesi durumunda esas sözleşmeden sapılabileceğinin ifade edilmiş olup, bu sınırlandırma, hem tüm anonim şirketler açısından hem de enerji piyasasında faaliyet gösteren

şirketler açısından TTK'nın doğrudan getirmiş olduğu genel bir sınırlandırmadır: TTK m.340 hükmünün, ikinci cümlesi ile özel kanunlara dayanılarak oluşturulan tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin TTK açısından bir anlamı olmayacağı, bu hükümlerin TTK açısından kabul görmeyeceği kastedilmektedir.

TTK'nın anonim şirketler açısından, özel kanunlarda öngörülmesine izin verilen esas sözleşme hükümlerini yazılış itibariyle emredici niteliğinde olsa bile, TTK'ya nispeten tamamlayıcı hüküm olarak gördüğü ve tamamlayıcı hükümler derken, özel kanunlarda, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine ilişkin öngörülen, emredici olsun veya olmasın tüm hükümleri kastettiği kanaatindeyim. Enerji şirketleri açısından da, EPK ve DPK tarafından enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine konulmasını öngördüğü hükümleri emredici nitelikte olsa bile tamamlayıcı olarak görmektedir. TTK m.340 hükmünün neredeyse aynısı, limited şirketlere ilişkin olarak da TTK m.579 hükmünde öngörüldüğünden, TTK m.340 ile ilgili olarak yukarıda yapılan tüm değerlendirmelerin ve yorumların TTK m.579 için de geçerli olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

İçerdikleri hükümler itibariyle TTK'nın m.210/2 hükmü ile TTK'nın m.333 hükmü birbirini tamamlayıcı hükümler olarak gözükmemektedir. Ancak TTK m.333 hükmü ile TTK m.210/2 hükmünün gerekçesiyle uyumlu değildir. TTK'nın m.210/2 hükmü, TTK'nın m.330 hükmüyle çelişmemektedir. TTK'nın m.333 hükmü içeriği itibariyle özel nitelikli hükümdür ve genel hüküm niteliğinde olan ve özel kanun hükümlerine uygulama önceliği veren TTK m.330 hükmüyle çelişmesine rağmen ondan önce uygulanması gerekmektedir. TTK'nın m.340 hükmü de, m.333 hükmü gibi, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine yönelik müdahaleleri açık bir şekilde sınırlandırmaya çalışmıştır. Bu yönüyle, her ikisi de özel hüküm niteliğinde olan TTK'nın m.340 hükmü ile TTK m.333 hükmü tutarlıdır. TTK'da yer alan genel hüküm niteliğindeki TTK'nın m.330 hükmü ile özel hüküm niteliğinde olan TTK m.340 arasında ise kanun içi bir çelişkiye yol açılmıştır. TTK'da, yer alan hükümlerin, kanunda yer alan başka hükümlerle, başka hükümlerin gerekçesiyle kanun içi çatışma oluşturacak şekilde kaleme alınması ciddi hukuki sorunlara yol açacak düzeydedir. Gerek konumuz çerçevesinde burada bahsedilen maddelerin birbirleri arasındaki

çelişkileri, gerekse TTK'ya göre uygulama önceliğine sahip olan özel kanunlar ile TTK arasındaki çelişkileri giderecek şekilde bir çalışma yapılması gerekmektedir.

TTK m. 371/2 hükmü ile *Ultra Vires* ilkesi kaldırılmış olduğundan, kural olarak piyasa faaliyeti gösteren şirket tarafından gerçekleştirilen işletme konusu dışındaki işlem, hükümde belirtilen şartlar çerçevesinde TTK açısından geçerli olarak kabul edilmektedir. Enerji şirketinin yönetim kurulunun, işletme konusu dışında bir işlem için alacağı karar, münhasıran genel kurulun yetkisinde olan işletme konusu değişikliğine ilişkin devredilmez nitelikteki yetkinin fiili olarak devri anlamına gelebileceğinden, TTK m. 391 hükmünde belirtilen bir diğer butlan sebebi olan, diğer organların devredilmez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine yönelik bir karar olarak görüleceğinden, bu kararın butlanı ileri sürülebilecektir.

Enerji şirketleri, ilgili dayanak kanunlar (EPK, DPK) ile kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde (EPLY, DPLY) açıkça belirtildiği üzere, enerji piyasası faaliyeti olarak adlandırılan faaliyetlerin yerine getirilmesi, kanun ve yönetmeliklerde belirtilen istisnalar dışında lisansa tabi kılınmıştır. Bazı istisnalarla birlikte, lisansın, lisansı edinen tüzel kişiden bağımsız şekilde münferit olarak devredilmesi yasaklanmıştır. Özel kanunlara tabi sigorta şirketleri, bankalar gibi özel niteliklere sahip anonim şirketlerin faaliyet izinlerinde olduğu gibi lisansa tabi faaliyetleri yerine getirecek enerji şirketlerinin almaları zorunlu olan lisanslar da, faaliyet izni ile aynı mahiyette olup, lisans, TTK m.333 kapsamında belirtilen kuruluş izni olarak değerlendirilemeyecektir.

Enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine yönelik müdahaleler kapsamında, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hususların tamamı, EPK m.4/3 hükmüne dayanarak, EPLY'de düzenlenmiştir. EPK m.4/3 hükmü, kanun düzeyinde şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususlara ve esas sözleşme değişikliklerinin EPDK onayına tabi olacağına ilişkin hiçbir içerik, sınırlama, kısıtlama öngörmeyip, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususların, yönetmelikle düzenlemesini öngördüğünden, hüküm doğrultusunda, sadece yönetmelikle, TTK'daki genel hükümlerin uygulanmasını sınırlandıracak şekilde

emredici hüküm ihdas edilemeyecektir. EPLY ile piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususların, yönetmelikle düzenleneceğini öngören hükümlerin, TTK m.330 kapsamına giren özel kanun hükümleri olarak değerlendirilemeyeceği ve enerji şirketlerine öncelikli olarak uygulanamayacağı kanaatindeyim. EPK hükümleri ile TTK m.210/2 anlamında olan bir kurum olan EPDK'ya piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hükümleri belirleme yetkisi verilmemiştir. Bu nedenle, EPK'ya dayanarak çıkarılan EPLY hükümleri ile de, bu belirleme yetkisi verilemeyeceğinden, EPLY'deki şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hükümler, TTK m.210/2 hükmüne de aykırıdır. EPK'nın, piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken hükümlere ilişkin bir hükme açıkça yer vermemesi, TTK m.333 hükmünün son cümlesine uygundur. Buna karşın bu hususun yönetmelikle düzenleneceğini belirten hüküm doğrultusunda, yasal düzeyde bir çerçeve belirlenmeksizin, çıkarılan EPLY hükümleri ile esas sözleşmenin lisans başvurusunda Kuruma sunulacağına ilişkin EPDK tarafından yayınlanan karar, TTK m.333 hükmüne de aykırıdır. Piyasada faaliyet gösterecek şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken tüm hususlara ilişkin EPLY hükümleri, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği ve diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağına ilişkin TTK m.340 hükmüne de aykırıdır

Enerji şirketlerinin esas sözleşmelerine konulması gereken hükümlere bakıldığında, anonim veya limited şirket olması hususunun, esas sözleşmede belirtilmesi, zaten tüm şirketler için zorunlu olması nedeniyle, TTK'ya uygundur. Payların nama yazılı olması zorunluluğunun ise anonim şirketlerde TTK m. 484 hükmüyle uyumlu olduğu görülmektedir. Anonim şirketler açısından, pay senetlerinin nama yazılı olacağına yönelik esas sözleşmeye hüküm konulabilecek ve bu hüküm TTK m.340 anlamında bir sapma teşkil etmeyecektir. Esas sözleşmede önlisans süresi boyunca şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılmayacağına yönelik hükme yer verilmesi halinde ise, TTK'daki pay devirlerine ilişkin hükümlere göre Kanunda ve esas sözleşmede payların devri kısıtlanabileceğinden, anonim şirketlerde pay devrinin bu şekilde sınırlandırılması, pay sahipleri tarafından esas sözleşmeye hüküm

konularak sınırlandırılabilir. Bu açıdan, esas sözleşmeye bu şekilde bir hüküm konması da, TTK m.340 anlamında bir sapma teşkil etmeyecektir. Esas sözleşmeye konulması öngörülen bir diğer hüküm olan, önlisans başvurularında şirketin esas sermayesinin kurum tarafından belirtilen toplam yatırım tutarının % 5 ine artırılması ve buna ilişkin esas sözleşme değişikliği yapılması hususunun, esas sözleşmede belirtilmesi TTK m. 332 hükmü doğrultusunda, esas sözleşmeye hüküm olarak konulabilecek olup, böyle bir hüküm TTK m.340 hükmüne aykırılık teşkil etmeyecektir. Önlisans başvurularında, şirket sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde kurumun onayının alınacağına ilişkin hükme yer verilmesi ise, TTK m.473, m.474 ve m. 475 hükümlerinde, anonim şirketin sermayesinin bir kısmını pay sahiplerine iade etmek ve şirket zararını kapatmak amacıyla, düzenlemelerde belirtilen usul izlenerek azaltılabilmesi karşısında, TTK m.333 hükmüne aykırıdır. TTK m.333 hükmüne aykırı olan bir esas sözleşme hükmü, TTK m.340 hükmü açısından da bir sapma teşkil edeceğinden, esas sözleşmede bulunan buna ilişkin bir hüküm, TTK m.333 hükmündeki emredici hükümlere aykırı olacaktır.

Enerji şirketlerinde pay devirleri ile şirket birleşmeleri açısından da lisans yönetmeliklerinde öngörülen hükümlere, şirket esas sözleşmesinde yer verilmesi ve bu esas sözleşmenin EPDK'ya sunulmasına ilişkin hususunun esas sözleşmede belirtilmesine ilişkin hükümlerin konulması zorunlu tutulmuştur. Pay devrine ilişkin sınırlama esas sözleşmeye konulması gereken diğer hükümlerden farklı olarak, EPLY'de değil, yasal düzeyde EPK m.5/3 hükmünde doğrudan düzenlendiğinden, bu hüküm, TTK m.330 gereği enerji şirketlerine öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu anlamda, pay devri ve birleşmenin sınırlandırılmasına ilişkin olarak esas sözleşmeye hüküm konulmasa bile EPK m. 5/3 hükmü doğrultusunda getirilen kanuni sınırlandırma uygulama alanı bulacaktır.

Esas sözleşmede, tarifesi düzenlemeye tabi faaliyet yürüten tüzel kişiler için, şirket amaç ve konusuna ilişkin hükümlerin, elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata uygun hale getirilmesi ile bu hükümlere ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde EPDK'nın uygun görüşünün alınmasına ilişkin hükme yer verilmesi, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliğini Bakanlık tarafından yayınlanan Tebliğle belirtilenlerin

dışındaki anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde değişiklik yapılmasını herhangi bir kurumun onayına tabi kılmak istemeyen TTK m.333 hükmüne aykırıdır. TTK m.333 hükmüne aykırı olan bir esas sözleşme hükmü, TTK m.340 hükmü açısından da bir sapma teşkil edeceğinden, emredici nitelikteki TTK m.340 hükmüne de aykırı olacaktır.

Esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin düzenlemelerin de esas sözleşmeye hüküm olarak konmasına ilişkin regülasyon müdahalesi TTK m.333 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zorunluluk TTK m.340 hükmüne de üç yönden aykırıdır. Zira TTK m.340 hükmü diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgü olarak hüküm doğuracağını açıkça belirtmiştir. Zorunluluğa ilişkin hükümler, emredici mahiyette olsa da, TTK m.340 hükmü açısından kabul görmemektedir. İkinci olarak, TTK m.340 hükmü diğer kanunların öngörülmesine izin vermesinden bahsetmektedir. Zorunluluğa ilişkin hükümler kanundan değil yönetmelikten kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle de TTK m.340 hükmüyle çelişki halindedir. Üçüncü olarak, TTK m.340 a uygun olmamakla birlikte, uygun olsaydı dahi sermaye azaltılmasına ilişkin hükmün geçerliliğini, dayandığı kanuna özgü olarak hüküm doğuracağından bahsederek, TTK açısından geçerli olmayacağını kastetmiştir. Bu yönden de, zorunluluğa ilişkin hükümler, TTK m.340 hükmüne aykırıdır. Söz konusu hüküm, diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabileceğine dair düzenleme öngören TTK m. 210/2 maddesiyle de uyumlu değildir. Zira, esas sözleşmeye eklenmesi gereken hükümleri EPK ve DPK değil, EPLY ve DPLY hükümleri serbest bir şekilde düzenlemiştir. EPDK tarafından çıkarılan yönetmeliklerde yer alan buna ilişkin hükümlerin, kanuni dayanaktan yoksun olduğu ve TTK m. 210/2 hükmü kapsamındaki düzenlemeye de uygun olmadığı görülmektedir.

Enerji mevzuatının, enerji şirketleri için asgari sermaye miktarı ile sermaye artırımını ile sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK'nın onayının alınacağına ilişkin hükme ilişkin düzenlemeleri, görünüşte TTK'daki düzenlemeler ile çelişmesine rağmen TTK m. 330 hükmü doğrultusunda

uygulanma önceliğine sahip olacaktır. Ancak asgari sermaye, sermaye artırım ve elektrik üretimi faaliyetinde bulunacak olan şirketlerde sermaye miktarının azaltılmasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde EPDK'nın onayının alınacağına ilişkin hükmün esas sözleşmeye konulması zorunluluğuna ilişkin hükümlerin yasal düzeyde EPK'da değil ikincil mevzuat düzeyinde EPLY'de düzenlenmiş olması, kanaatimce bu hükümlerin TTK m. 330 anlamında özel kanun hükümleri olarak nitelendirilmesinin ve TTK hükümlerinden önce uygulanmasının önünde engel teşkil etmektedir. Sermaye azaltımına ilişkin regülasyon müdahalesi TTK m.333 hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zorunluluk esas sözleşme değişikliklerinin EPDK'nın onayına tabi kılmasına ilişkin zorunluluğa ilişkin müdahaleyi açıklarken belirttiğimiz gibi TTK m.340 hükmüne de üç yönden aykırıdır.

Doğal gaz şehir içi dağıtım faaliyetini gerçekleştirecek şirkete yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aramaksızın, yüzde on nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorunluluğu bizatihi DPK m.4/4-g hükmünden kaynaklanmaktadır. DPK veya DPLY, bu zorunluluğa ilişkin olarak esas sözleşmeye hüküm konulmasından söz etmemektedir. TTK m. 334 hükmünde ise esas sözleşmeye hüküm konulmasından söz etmektedir. Hüküm, bu yönüyle TTK m. 334 hükmüyle çelişki teşkil etmektedir.

DPK m.4/4-g hükmü kapsamında yapılan davetin belediye veya belediye şirketinin kabul etmesi halinde, yüzde on oranındaki paya karşılık gelen sermaye koyma borcu kimin tarafından yerine getirileceği konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, yüzde on oranındaki paya karşılık gelen sermaye koyma borcunun, dağıtım şirketinde pay sahibi olan diğer ortaklar tarafından ancak daveti kabul eden belediye veya şirketi adına yerine getirilmesinin gerekeceği kanaatindeyim. Belediye veya şirketinin, dağıtım şirketi tarafından DPK m.4/4-g hükmü doğrultusunda sermaye koyma zorunluluğu olmaksızın yüzde on oranında ortak olmaya davet edilmemesinin, TTK açısından bir sonucu veya yaptırımını bulunmamaktadır.

DPK m.4/4-g hükmünde, dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorunluğu, esas sözleşmede düzenlenmeksizin, yalnızca yasal düzenlemeyle imtiyaz oluşturulmasının TTK hükümleri karşısında mümkün olamayacağı gerekçesiyle

belediye veya belediye şirketine TTK anlamında tanınan bir tür imtiyaz olarak görülemeyecektir. Diğer yandan, belediye ve belediye şirketlerine yani pay sahibine özel olarak tanınan sermaye koymaksızın ortak olma hakkının yeni bir pay sahipliği hakkı olarak ta değerlendirilebileceğini ileri sürmek kanaatimce mümkün değildir.

Enerji şirketlerinde pay devirlerinin kısıtlanmasına yönelik, EPK'da ve DPK'da bulunan hükümlerin, TTK'daki pay devrinde serbestlik ilkesine rağmen öncelikli olarak uygulanabilmesinin dayanağı TTK m. 330 hükmüdür. Ayrıca TTK m. 490/1 hükmü, enerji şirketlerinde pay devrinin kısıtlanabilmesinin bir diğer dayanağıdır. EPK m. 5/3 hükmünde, elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerdeki pay devirlerinin, Kurulun iznine tabi olduğuna ilişkin kısıtlama, TTK m. 490/1 hükmünde bahsedildiği anlamda kanuni bir kısıtlamadır.

EPK ve EPLY tarafından pay devrine ilişkin sözü edilen kısıtlamaların lisans başvurusunda bulunan şirket tarafından esas sözleşmesine konulmasına ilişkin zorunluluk kanundan değil yönetmelikten (EPLY m.4/a) kaynaklandığından bu yönüyle TTK m.340 hükmüyle çelişki halindedir. Kanunda düzenlenmiş olsaydı dahi, emredici mahiyette olan bu zorunluluğun TTK m.340 hükmü kapsamında, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu hükümlerin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracak şekilde uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin pay devirleri açısından izne veya onaya tabi olduğuna ilişkin DPK'da herhangi bir hüküm olmamasına rağmen, DPLY m. 42 hükmünde, belirtilen pay devirlerinin Kurul iznine veya onayına tabi olduğu hususu düzenlenmiş olduğundan, belirtilen görüşler, doğal gaz piyasası açısından da geçerlidir.

Elektrik piyasası açısından EPK'da ve EPLY'de, banka ve sigorta sektörlerinde olduğu gibi, Kurul izni veya onayı almaksızın şirket paylarının devri için yapılan pay devir sözleşmelerinin ve pay defterine yapılan kaydın geçersiz olacağına yönelik açık bir hüküm bulunmadığından, pay devir sözleşmeleri ile pay defterine yapılan kayıt hukuken geçerlidir. Ancak devrin geçerli sayılması, EPK ve EPLY nezdinde öngörülen yaptırımların uygulanmasına engel olamayacaktır.

EPK m.5/8 hükmü ile EPLY 27/3 hükmündeki lisansı iptal edilen tüzel kişinin, bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dâhil, yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamayacağı, lisans başvurusunda bulunamayacağı, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamayacağına yönetim kurullarında görev alamayacağına ilişkin kısıtlama TTK m.340 dışındaki hükümlere aykırı olup aynı zamanda T.C Anayasasının 48. Maddesi kapsamında güvence altına alınan çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü sınırlamaktadır. Hüküm, lisansı iptal edilen şirketlerde belirli oranda pay sahibi veya yönetim kurulu veya müdür olarak görev yapanların da hukuki muhatap kapsamına dahil edilerek, yasalarca tanımlanan bir suç olmamasına rağmen ceza niteliğinde yaptırım uygulanmasını içermesi nedeniyle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

EPK 9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerinde dağıtım şirketinin, diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde doğrudan pay sahibi olması veya diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin dağıtım şirketinde doğrudan pay sahibi olması yasaklanmıştır. Hükme göre, dağıtım şirketinin diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerde dolaylı pay sahibi olmasına ve diğer piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin dağıtım şirketinde dolaylı pay sahibi olmasına bir engel bulunmadığı kanaatindeyim.

EPK 9/1 ile EPLY m. 33/2-t ve u hükümlerindeki yasaklara rağmen, dağıtım şirketi, piyasa faaliyeti gösteren başka bir şirkette pay sahibi olur veya piyasa faaliyeti gösteren başka bir şirketin pay sahibi olmasına neden olacak bir işlem gerçekleştirdiği takdirde, belirtilen sonuçları doğuran işlemler TTK nezdinde geçerli olarak kabul edilecektir. Zira EPK ve EPLY’de iştirak yasağını doğuran işlemlerin geçersiz olacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğal gaz piyasasındaki iştirak ilişkisine aykırı davranılmasının TTK açısından sonucu, elektrik piyasasındaki gibidir.

Elektrik piyasasında, lisans ve önlisans başvurusunda bulunan veya halihazırda edinilen lisans ve önlisans çerçevesinde faaliyet gösteren şirkette yönetim kurulu üyesi olacak kimselerin niteliklerine yönelik EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünün, özel kanunların genel kanunlardan öncelikli olarak uygulanacağına

yönelik TTK m. 330 hükmü kapsamında öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin niteliklerine ilişkin bu hükümler, TTK 363/2 hükmü kapsamında kanuni şart olarak görülemeyeceğinden, EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünce öngörülen niteliklerin, TTK hükümleri gereği, esas sözleşmeye mutlaka hüküm olarak konulması gerektiğini değerlendirmekteyim. Bu hususa, diğer regülasyon müdahalelerinde olduğu gibi, şirketin esas sözleşmesinde de yer verilmesi zorunlu kılınmamıştır. Esas sözleşmede yer verilmesi EPK'da öngörülmediği gibi buna ilişkin esas sözleşme değişikliklerinin EPDK onayına tabi olacağına ilişkin bir zorunluluk da EPK'da öngörülmediğinden, EPK m. 5/8 hükmü ile EPLY m. 20/3-c hükmünün, TTK m.333 hükmüne aykırılık teşkil etmediğini değerlendirmekteyim.

TTK 363/2 hükmü kapsamında esas sözleşmeye bu hükümlerde belirtilen niteliklere ilişkin bir hüküm konmasına gerek bulunduğundan, konulması durumunda, bu hüküm, TTK m.363/2 hükmü kapsamında esas sözleşmede düzenlenebilecek hususlardan biri olarak görüleceğinden, TTK'nın m.340 hükmünün anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanunda izin verilmişse sapabileceğine ilişkin düzenlemesiyle çelişmediğini değerlendirmekteyim. Esas sözleşmede yer verilecek olan hükümlerin kaynağı, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri olduğundan, TTK m.340 hükmü karşısında, tamamlayıcı hüküm olarak görülecek ve EPK'nın düzenlediği alana özgü olarak hüküm doğurabilecektir. Yani TTK karşısında geçerli kabul edilmeyecektir. Bu açıdan, EPK m. 5/8 ile EPLY m. 20/3-c hükümleri, TTK m.340 hükmüyle uyumlu gözükmemektedir.

TTK m.363/2 hükmündeki şartları ve nitelikleri kaybeden üyenin, üyeliğinin, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği açık bir şekilde ifade edildiğinden, TTK m.363/2 hükmüne aykırı bir genel kurul kararının üyeliğe ilişkin kısmının geçersizliğinin iptal edilebilirlik ve yokluk yaptırımını olmadığı, hükümdeki açık ifadeler karşısında doğrudan butlanla malul olacağını değerlendirmekteyim. Bu kapsamda, kararın butlanla sakatlığı için dava açılması zorunlu olmamakla birlikte, butlanın tespiti için dava açılabilir.

EPLY m. 33/4 hükmüne göre, elektrik dağıtım şirketi, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlüdür. Dağıtım şirketini

kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişiler, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemez. Dağıtım şirketi tarafından yapılan iş ve işlemler ile alınan kararların bağımsız olmaması halinde geçerli olmayacağına yönelik herhangi bir hüküm EPK'da veya EPLY'de bulunmadığından, hükme rağmen, dağıtım şirketi tarafından yapılan ve bağımsız olarak görülmeyen iş ve işlemler TTK açısından geçerli olacaktır. Ancak dağıtım şirketi, TTK m.195 anlamında dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişilerle arasında bir hakim şirket-bağlı şirket ilişkisi sözkonusu olduğu takdirde TTK m. 202 ila m.209 arasındaki hükümler uygulama alanı bulacağından, EPLY m.33/4 hükmü, özellikle hakim şirketin, bağlı şirket üzerindeki yönetim hakkını sınırladığından, bu hükümlerle çelişki yaratmaktadır.

EPK m. 16/4 hükmü kapsamında, bir görevli elektrik tedarik şirketinin, hükümde belirtilen ihlallerin gerçekleştiğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda, EPK m.16 hükmü kapsamında gerekli koşulların oluşması halinde, , lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektilerilerek yerlerine Kurul tarafından atama yapılması tedbiri öngörülmüştür. Bir takım farklılıklarla birlikte doğal gaz piyasasındada da benzer bir hüküm DPLY m. 17 hükmünde, öngörülmektedir. TTK kapsamında, anonim veya limited şirketlerin, elektrik dağıtım ve tedarik şirketi açısından hükümlerde belirtilen durumlara benzer sonuçlara yol açacak şekilde hareket etmiş olması, şirketlerdeki yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesini gerektirecek nedenlerden biri olarak sayılmamıştır. EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinde elektrik dağıtım ve tedarik hizmeti yerine getiren şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin görevden el çektilerilmelerine gerekçe olarak belirtilen hususlar TTK m. 364/1 hükmü haklı neden teşkil etse bile, yönetim kurulu üyelerinin görevden el çektilerilmelerine şirketin genel kurulunun değil Kurulun karar vermesi TTK hükümleriyle çelişki oluşturmaktadır. Aynı hükümlerde yönetim kurulu üyelerinin Kurul kararı ile görevden el çektilerilmeleri sonrasında yerlerine Kurul kararı ile şirketin genel kurulunun dahli olmaksızın yönetim kurulu kararı üyelerinin atanması da TTK hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Elektrik piyasası açısından bu müdahale EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinden kaynaklanmış olması nedeniyle, TTK m.330 hükmü doğrultusunda özel kanunda yer alan yasal dayanağa sahiptir.

Doğal gaz dağıtım şirketine yönelik müdahalenin kaynağı DPK değil DPLY m. 17 hükmüdür. Doğal gaz dağıtım şirketi için öngörülen bu müdahale, TTK m.330 hükmünde belirtildiği gibi özel kanunda yer alan bir yasal dayanağa sahip değildir. Kanunda yeralmayan ve doğrudan yönetmelik hükmüyle ihdas edilen bir müdahalenin, özel kanun hükmü olarak değerlendirilemeyeceğinden, TTK m.330 hükmünden önce uygulanmasının hukuken mümkün olmadığı kanaatindeyim.

TTK m.210/2 hükmünün ortaya koyduğu çerçevede, EPDK'nın, EPK'da, kamu hizmeti olarak görülen elektrik dağıtım hizmetinin sürekliliğini sağlamak için elektrik dağıtım şirketlerinin yönetimine yönelik bu müdahaleyi öngördüğü dikkate alındığında, EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinde düzenlenen tedbirlerin, TTK m.210/2 hükmünde belirlenen çerçeveye uygun olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim. Doğal gaz dağıtım şirketine yönelik müdahalenin ise, TTK m.210/2 hükmünde belirtildiği gibi kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalınmaksızın kanunda bir yasal dayanağa sahip olmaksızın doğrudan yönetmelik hükmüyle sözkonusu müdahalenin ihdas edildiği dikkate alındığında, doğal gaz dağıtım şirketleri için öngörülen müdahalenin TTK m.210/2 hükmünde ortaya konulan çerçeveye uygun olmadığı kanaatindeyim. Doğal gaz dağıtım şirketinin DPLY m.17 hükmünde, hükümdeki hususların kabul edildiğine ilişkin esas sözleşmesine hüküm konması zorunlu olduğundan, hüküm, TTK m.340 karşısında, diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükmü olarak değerlendirilecek ve dayanak kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracak, yani TTK karşısında geçersiz olarak görülecektir. Elektrik dağıtım şirketleri açısından ise, EPK m. 10/7, EPK m. 16/3 EPK m. 16/4 hükümlerinde düzenlenen müdahalenin dağıtım şirketinin esas sözleşmesinde hüküm olarak yer alması zorunlu kılınmamıştır. Ancak böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen, sözkonusu müdahalenin uygulanabilmesi için TTK açısından konuya ilişkin hükmün zorunlu olarak esas sözleşmeye konulması bir gerekliliktir. Bu durumda, esas sözleşmeye konulacak hüküm, TTK m.340 anlamında emredici hüküm olarak görülemeyecek ancak diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükmü olarak nitelendirilebilecek, böylece, TTK karşısında geçersiz olarak görülecektir.

Regülasyon kapsamındaki sözkonusu düzenlemelerin, elektrik ve doğal gaz hizmetinde sürekliliği sağlamak için, çeşitli tedbirler öngörmesi elbette gereklidir. Ancak bahse konu düzenlemelerin, mümkün olduğu ölçüde tüm şirketler gibi enerji şirketlerinin de tabi olduğu TTK sisteminin temellerini hedef alacak şekilde tedbirleri öngörmemesine ilişkin beklenti haklı bir beklentidir. Buna rağmen yukarıda değinilen tedbirlerin yukarıda ayrı başlıklar altında ele aldığımız birçok TTK hükmüne aykırı durumları doğurduğu, hatta sermaye şirketlerini, sorumluluk açısından şahıs şirketine dönüştürecek kadar TTK'nın temel sistemine müdahale teşkil edecek boyutta sonuçlara yol açtığı görülmektedir. Bu sonuçlardan kaçınmak için regülasyon adı altında, alınması gereken tedbirleri içeren ve sistematik bir görünümünden uzak TTK'ya aykırı dağınık düzenlemeler yerine, hali hazırda TMK ve TTK sisteminde kabul görmüş müesseselerin uygulanmasını içeren düzenlemelerin öngörülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Bu bağlamda, regülasyon kapsamında, EPK'nın ve DPK'nın sözkonusu hükümlerinde belirtilen mevzuat ihlalleri, hizmetin aksadığının ve bahsedilen diğer durumlarının Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda, elektrik ve doğal gaz dağıtım şirketleri için, EPK m. 16/3, m.16/6 ve m.16/7 hükümleri ile DPK m.9 ile DPLY m.17 hükümleri kapsamında öngörülen tedbirlerden özellikle yönetim kurulu üyelerinin görevden alınarak yerine yeni üyelerin atanmasına ilişkin tedbirin yerine, öncelikle, şirketlere, TTK'da organ yokluğu halinde mahkemece tedbir olarak atanan yönetim kayyımının EPDK tarafından atanması öngören bir düzenleme yapılabilecektir. Atanacak kayyım, EPDK tarafından belirlendiğine göre, dağıtım hizmetlerinin devamını sağlamak için EPDK'nın öngördüğü her türlü tedbiri alabilecektir. Böyle bir düzenlemenin ise, kayyım müessesesinin, TMK ve TTK sistemi tarafından istisnai de olsa, kabul edilmiş olması nedeniyle, hukuken daha uygun olacağı ve regülasyon ile TTK arasında oluşan ve yukarıda ele alınan aykırılıkları ortadan kaldıracığı, TTK sistemiyle daha uyumlu bir regülasyon oluşturulmasına katkıda bulunacağı kanaatindeyim.

DPK m. 4/4-g hükmüyle doğal gaz şehir içi dağıtım şirketinin yönetim kurulunun oluşturulmasına müdahale edilmekte ve hükümde TTK m.334 hükmünden bahsetmektedir. Özellikle doğal gaz şehir içi dağıtım şirketinde, belediye veya şirketinin yönetim kurulunun temsili açısından DPK m. 4/4-g hükmünün, TTK'da yasal dayanağı bulunmaktadır.

TTK m. 134 hükmünde, TTK m.134 - m.194 arasındaki birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerin tüm ticaret şirketlerine uygulanacağı, diğer kanunların, bu Kanunun m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. TTK m. 134 hükmünün, özel kanunlarına uygulama önceliği veren TTK m. 330 düzenlemesi ile çeliştiği görülmektedir. Hüküm doğrultusunda, özel kanun EPK'nın ve EPLY'nin TTK'nın m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olan hükümleri karşısında, TTK m. 135 ilâ m. 194 hükümlerine uygulama önceliği vermiştir. EPLY'deki birleşme ve bölünmeye ilişkin hükümlerin ise, TTK m.330 anlamında diğer kanun hükümleri olarak kabul edilemeyeceğini ve öncelikli olarak uygulanamayacağını değerlendirmekteyim.

EPLY 59/1 hükmündeki, lisans sahibinin birleşme işlemi ve bölünme işlemi için, işlemden önce, Kurul onayının alınmasının zorunlu olduğuna ilişkin düzenleme, TTK m.134 hükmüne, aykırılık teşkil etmekle birlikte, Kurul onayının, TTK m.147/2-k hükmünde sözü edilen ilgili makamlardan alınan onaylar kapsamına girdiğini değerlendirmekteyim.

Birleşme veya bölünme sözleşmesi taslağının, içeriğine ilişkin EPLY m.59/4 hükmünün, birleşme sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu hükümleri düzenleyen TTK m. 146 hükmüne, bölünme sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu hükümleri düzenleyen TTK m. 167 hükmüne, aykırıdır. EPLY m.59/4 hükmünün yönetmelikten kaynaklanması nedeniyle TTK m.330 hükmüne, diğer kanunların, bu Kanunun m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin TTK m. 134 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. EPLY m.59/4 hükmünün TK m. 134 hükmüne aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, TTK m. 134 hükmüne uygulama önceliği verildiğinden, EPLY 59/4 hükmünün uygulanmamış olması, yapılan birleşme ve bölünme işlemini TTK nezdinde geçersiz hale getirmeyecektir.

EPLY m. 19/4 hükmü ve EPLY m.19/6 hükmü kapsamında elektrik üretimi için önlisans almış şirketlerin herhangi bir şekilde birleşme, bölünmesine izin verilmemektedir. TTK, şirketlerin, birleşme veya bölünmelerine faaliyet alanlarına göre belirleme veya izin verip vermeme gibi bir düzenleme öngörmediğinden, elektrik

üretimi için önlisans almış şirketlerin birleşme, bölünmesini yasaklayan EPLY m.19/4 ile m.19/6 hükümleri, EPLY m. 59/7'deki izin verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, birleşme veya bölünme işlemi tamamlanmadığı takdirde, verilen iznin geçersiz olacağına ve Kurul kararı ile yeniden izin almaksızın birleşme işlemlerine devam olunamayacağına yönelik hüküm, TTK m.135 ilâ m.194 hükümlerinde, birleşmenin veya bölünmenin tamamlanması için azami bir süre öngörülmemesi, sürenin aşılması halinde işlemlerin geçersiz hale geleceğine yönelik hüküm bulunmamasından dolayı, diğer kanunların, TTK m.135 ilâ m.194 hükümlerine aykırı olmayan hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin TTK m. 134 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumda, EPLY m. 59/7'da belirtilen altı aylık sürenin aşıldığı bir birleşme veya bölünme işlemi, bu hükme rağmen, TTK hükümleri nezdinde geçerli addedilebilecektir.

EPLY m.59/6 hükmünün de devralan tüzel kişinin birleşme veya bölünme sonrası oluşan sermayesinin artırımını zorunlu kılmış olması itibariyle TTK m. 142, m. 162 ve m.474 hükümlerle paraleldir. Ancak TTK'da m. 142 ve m. 163 hükümlerinde sermaye artırım miktarını devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktara endekslerken, EPLY m.59/6 hükmünde sermaye artırım miktarını, her bir piyasa faaliyetine yönelik olarak belirlenen ve lisans sahibi şirketler için öngörülen asgari sermayeye koşulunu sağlamaya endekslemiştir. EPLY m.59/6 hükmünde öngörülen sermaye artırımını zorunluluğu ile TTK'da m. 142 ve m. 163 hükümlerinde öngörülen sermaye artırımını zorunluluğu örtüşmemektedir.

Elektrik piyasasında, geçerli şirket birleşmelerine yönelik özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, birleşme veya bölünme sözkonusu olduğu takdirde, gerek altında birleşilen, gerekse, bölünme sonucu piyasa faaliyeti gerçekleştirmeye devam edecek şirketin, anonim veya limited şirket olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin kendi altında, başka bir sermaye şirketi, şahıs şirketi veya kooperatifle birleşmesi, TTK m.137 hükmüne uygunken EPK m. 4/3 hükmüne aykırı olacaktır.

Doğal gaz piyasa faaliyeti gösteren şirketlerin birleşmesine ilişkin DPLY m.43, şirketlerin birleşme sözleşmelerinin içereceği hükümler açısından yeni bir

zorunluluk öngörüldüğü görülmektedir. DPLY m.43 hükmünün, birleşme sözleşmesinin, tüketicilerin hak ve alacaklarını ihlal eden hükümler ile lisans sahibi tüzel kişinin yükümlülüklerini kaldıran hükümleri içermeyeceği düzenlemesi de TTK m. 134/2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. DPLY m.43 hükmünün uygulanmamış olmasının ise yapılan birleşme işlemi TTK nezdinde geçersiz hale getirmeyeceği sonucuna ulaşmaktayım.

DPLY m. 43 hükmünde, hüküm kapsamında getirilen yükümlülüklerin lisans sahibi tüzel kişilerin ana sözleşmelerinde ve ilgili lisanslarında yer alacağı hususuna yer verilmiştir. Doğal gaz piyasasında da, birleşme işlemine dahil olan piyasa faaliyeti gösteren şirketin, en başından, esas sözleşmesinde DPLY’de yer alan birleşme hükümlerine yer verilmesi zorunlu kılınmaktadır TTK kapsamındaki birleşme hükümlerinden yararlanabilmek için ise, esas sözleşmeye birleşmeye yönelik hükümlerin konulması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Esas sözleşmeye hüküm konmasa da, şirketler, TTK’da yer alan hükümlere uygun olarak birleşebilecektir. Doğal gaz şirketleri için esas sözleşmeye birleşmeye yönelik hükümlerin dercedilmesine dair zorunluluk içeren düzenleme de, yine TTK m. 134/2 hükmünden bir sapma teşkil etmektedir.

EPK m. 15/1 hükmünde, EPK m.11/10 hükmü uyarınca dağıtım şirketleri hariç elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yapılacağı ifade edilmektedir. Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin ise Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Bu denetimle, piyasada faaliyet gösteren şirketin her türlü faaliyetlerinin, uygulamalarının işlem, hesap, mali tabloların yanısıra, elektrik hizmeti sunulurken sağlanan standartlar ile teknik hususlar da denetlenmektedir. EPDK denetimi, bir yönüyle TTK anlamında bir yönüyle mali denetim iken, bir yönüyle ilgili piyasa mevzuatına uygunluğunu sağlayacak bir regülasyon denetimidir, bir yönüyle de, piyasa hizmetinin sürekliliğini sağlamak amacıyla teknik bir denetimdir. Bu mahiyette bir denetim karma denetim niteliği göstermektedir. Regülasyon kapsamında kalan enerji piyasası faaliyetleri için, piyasa faaliyetlerine yönelik olarak gerek EPDK ve Kurul gerekse ETKB veya TEDAŞ tarafından denetim öngörülmüş olması, hem denetimin TTK’da öngörülen denetime

alternatif bir denetim olmayıp ek olarak getirilmiş bir denetim olması, hem de regülasyon kurallarına uyulup uyulmadığına yönelik olması nedeniyle, TTK'daki denetim hükümleriyle bir çelişki oluşturmadığı kanaatindeyim.

EPDK'nın 5507 sayılı Kararında yer alan, yapılacak bağımsız denetimin, kapsamını belirleyen hükümler ile bağımsız denetimi gerçekleştirecek gerçek/tüzel kişilere, raporun belirtilen süre içerisinde, EPDK'ya Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliğine uygun olarak bildirilmesi konusunda TTK dışında ek bir yükümlülük öngören hükümler, TTK m.397/4 hükmü ile Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen bağımsız denetime ilişkin ölçütlere uysalar ve bağımsız denetime tabi olsalar bile, bağımsız denetim kapsamından çıkarılan hükümler, idari bir karar olan EPDK Kararı ile enerji şirketleri için TTK'nın ve TTK'ya dayanarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararına aykırı olarak hüküm getirilmiş olması nedeniyle ,TTK m.330 ile TTK m.210/2 hükümlerine ve TTK'nın bağımsız denetime yönelik hükümlerine aykırı olduğunu ve TTK hükümleri kapsamında geçerli olamayacağını değerlendirmekteyim.

Enerji şirketlerinden, Kararın eki olan (II) nolu cetvelde EPDK'dan lisans, sertifika veya yetki belgesi alıp bu Kurum düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren şirketler şeklinde bahsedildiğinden, enerji şirketlerinin hepsi değil, ancak (II) sayılı liste için yukarıda belirtilen eşik değerleri aşanlar bağımsız denetime tabi olacak, belirtilen eşik değerleri aşmayanlar bağımsız denetime tabi olmayacaktır. Kararın 5/1 maddesinde eşik değerlere tabi şirketlerin, Kararda belirtilen üç ölçütten en az ikisinin eşik değerini art arda iki hesap döneminde aştığı takdirde müteakip hesap döneminden itibaren bağımsız denetime tabi olacağı belirtilmektedir. Bağımsız denetime tabi olmayan enerji şirketler ise TTK m. 397/5 hükmünde belirtilen denetime tabi olacaktır. Bağımsız denetime tabi olup da, bunu yerine getirmeyen enerji şirketlerinin denetime tabi olduğu hâlde, denetletirilmemiş finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporun TTK m. 397/2 hükmüne göre düzenlenmemiş hükmünde olacaktır. Diğer yandan. TTK m. 408/2-d hükmüne göre, bağımsız denetime tabi olunmasına rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, genel kurul tarafından finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması konularında karar verilemeyecektir. Verildiği takdirde ise,

TTK m. 447 hükmü kapsamında, genel kurul kararlarının butlanla sakat hale geldiğinin tespiti için dava açılacaktır. Yani, bağımsız denetim zorunluluğu olmasına rağmen yapmayan anonim şirket, kâr dağıtamayacak, sermaye artıramayacak ya da azaltamayacak, kredi sağlayan fon şirketlerine finansal tablolar verilemeyecek, şirket genel kurul tarafından mali tabloların incelenmesi, tartışılması ve ibrası yapılamayacaktır.

Enerji mevzuatında (EPK ve DPK) kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin özel hükümler olmamakla birlikte, bu ilkenin kapsamına giren TTK ve SerPK hükümlerinin enerji şirketlerine kamuyu aydınlatma ilkesinin uygulanmasını birçok açıdan etkilemesi kaçınılmazdır. Enerji şirketleri, kamu adına düzenleme ve denetleme yapmakla görevli EPDK'yı aydınlatma, şeffaf olma yükümlülüğü altındadır.

TTK'ya tabi olan enerji şirketleri, aynı zamanda SerPK'ya tabi olması durumunda da, SerPK'da bahsedilen anlamda kamuyu aydınlatma ilkesine tabi olacaktır. TTK ile enerji mevzuatının çatıştığı durumlarda ise TTK m. 330 hükmü devreye girerek özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması doğrultusundaki hükmü kapsamında, enerji mevzuatının kamuyu aydınlatma ilkesine aykırı hükümlerinin, öncelikli olarak uygulanmasına imkan verecektir. Enerji mevzuatı ile sermaye piyasası mevzuatının çelişmesi SerPK m.2 hükmüne göre, SerPK ile birlikte SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta hükümler var ise denilmek suretiyle, SerPK ile birlikte SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta yer alan hükümlere, diğer özel kanun hükümlerine (enerji şirketleri açısından EPK ve DPK) ve TTK hükümlerine nazaran uygulama üstünlüğü tanınmıştır. SerPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatın, normlar hiyerarşisinde, başka bir özel kanuna veya genel kanun niteliğindeki TTK hükümlerinden önce gelecek şekilde konumlandırılması normlar hiyerarşisine aykırıdır.

EPLY m. 33/4 hükmüne göre, elektrik dağıtım şirketi, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlü olan dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişiler, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemez. Bu hüküm, elektrik dağıtım şirketine hakim olan şirketin talimat verme hak ve yetkisine sınırlandırma getirmektedir. EPLY m. 33/4 hükmü, EPK'da

bir dayanağa sahip olmadığından, doğrudan yönetmelik kapsamında ihdas edilmiş bir yükümlülüktür. Bu nedenle hüküm, TTK m.330 anlamında TTK'ya göre öncelikli olarak uygulanacak özel kanun hükmü de değildir. TTK m.330 hükmü anlamında özel kanun hükmü olmayan bu durum aynı zaman TTK m.210/2 hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Dağıtım faaliyeti, gösteren tüzel kişilerin bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketinin piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere, doğrudan ortak olamayacağına ilişkin EPK m. 9/1 hükmü, dağıtım şirketi ile piyasa faaliyet gösteren şirketler arasında, doğrudan birbirlerine ortak olma ve iştirak ilişkisi oluşturma hususunu yasaklamakta ancak dolaylı pay sahipliğine müdahale etmemektedir. İştirak ilişkisinin kısıtlanmasının, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanma alanını daralttığı görülmektedir. Buna rağmen, hüküm, EPK'da yer aldığından, TTK m.330 anlamında TTK'ya göre öncelikli olarak uygulanacak özel kanun hükmü niteliğindedir. TTK m.330 hükmü anlamında özel kanun hükmü olan düzenleme TTK m.210/2 hükmüne de aykırılık teşkil etmemektedir.

DPLY m. 31/g hükmünde de toptan satış faaliyeti ile iletim ve dağıtım faaliyetlerini yerine getiren şirketler arasında, bir set örülmek suretiyle, iletim ve dağıtım şirketlerinin toptan satış şirketlerinden bağımsız hareket etmesine olumsuz etkiye neden olacak iştirak ilişkilerine girilmesi yasaklanmıştır. Bu hüküm doğal gaz piyasasında daha çok, hukuki ayırtırmaya yönelik olarak getirilmekle olmakla birlikte, şirketler topluluğunun uygulama alanını daraltmaktadır. Doğal gaz piyasasındaki iştirak ilişkisine aykırı davranılmasının TTK açısından sonucu, elektrik piyasasındaki gibidir. Yani yasağa rağmen, yapılan pay devri işlemleri, DPK'da açıkça geçersiz olacağına yönelik düzenleme olmaması nedeniyle geçerlidir.

2008 yılında, mülga 4628 sayılı Kanunun, m.3/1-c hükmünde yapılan değişiklikle, dağıtım şirketlerinin, üretim ve perakende satış şirketlerinin faaliyetlerini, 01/01/2013 tarihinden itibaren ancak ayrı tüzel kişilikler altında yürütülebileceğine dair hüküm getirilmiş, söz konusu hüküm doğrultusunda, Kurul kararıyla EPK'nın m.3/1-c bendi hükmü çerçevesinde, Dağıtım Ve Perakende Satış Faaliyetlerinin

Hukuki Ayırıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar (Ayırıştırma Esasları) kabul edilerek yayımlanmasına, karar verilmiştir.

Hukuki ayırıştırmanın nasıl yapılacağına ilişkin olarak Ayırıştırma Esaslarında yer alan bölünme sözleşmesi öncesinde yeni bir anonim şirket kurulması öngörüldüğünden ve kurulacak şirketin pay sahipliği yapısının, devralan şirketin paylarının, bölünen şirketin ortakları tarafından iktisap edileceği zorunluluğu karşısında, ayırıştırmanın, yavru şirket kurulması yoluyla yapılması tercihini ortadan kaldıran ve bölünme sonrası ikincil mevzuat düzeyinde EPLY hükümleri ile düzenlenen asgari sermaye zorunluluğuna uyulmasını öngören m.5 hükmü, hukuki ayırıştırma işlemleri tamamlanana kadar, devralan şirket ile bölünen şirketin aynı kontrol yapısına sahip olması zorunluluğu öngören m.6/2 hükmü, bölünme sonrası kurulacak şirketin TTK hükümleri uyarınca bir anonim şirket olarak kurulacağını ancak ikincil mevzuat düzeyinde EPLY ile getirilen hükümlere göre şirket ana sözleşmesinde, şirketin amaç ve konusu, hisse senetlerinin nevi, hisse senetlerinin devri, birleşme ve ana sözleşme değişikliği ile ilgili EPLY’de yer alan hükümlere ilişkin düzenlemelere yer verilmesi gerektiğini ifade eden m.9 hükmü, bölünen şirketin paylarının, devralan, yani yeni kurulan perakende satış şirketinin bölünen şirketin ortakları tarafından iktisap edileceği zorunluluğu ile hukuki ayırıştırma işlemleri tamamlanana kadar, devralan şirket ile bölünen şirketin aynı kontrol yapısına sahip olması zorunluluğunu öngören m.6 hükmü, TTK m.165 hükmünde belirtilen durumların olup olmadığından bahsedilmeksizin dağıtım şirketlerinin bölünme sözleşmesinin hazırlanmasına başlamadan önce ara bilanço çıkarmak zorunda olduğunu öngören m.8 hükmü, TTK hükümleri kapsamında bölünme sözleşmesinin genel kurul dışında başka bir organ veya kurumun onayına sunulması gerekmemesine rağmen hazırlanacak bölünme sözleşmesinin dağıtım şirketi tarafından onaylı bir örneği, tamamlanma tarihini takip eden 5 (beş) iş günü içerisinde EPDK’ya sunulması zorunluluğu öngören. 8/2 hükmü TTK hükümlerine aykırıdır. Ayrıca, bölünmeye ilişkin hükümlerin TTK m.134 hükmüne de uygun olma zorunluluğuna rağmen, yukarıda bölünmeye ilişkin olarak TTK’ya aykırı olduğunu ifade ettiğimiz hususların tamamının ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan EPDK kararı ile getirilmiş olması nedeniyle, bu hükümler, aynı zamanda hem TTK m.134, hem de TTK m.330 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Yapılması gereken hukuki ayrıştırmanın hiç gerçekleştirilmemesi, TTK'nın özel kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağına yönelik m.330 hükmü dışındaki diğer hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecektir. TTK m. 330 hükmüne aykırılığın ise TTK açısından bir yaptırımını bulunmamaktadır.

Yönetim ayrıştırmasını sağlamak üzere, dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve perakende satış şirketlerinin yönetim kurulu üyesi, genel müdür ve genel müdür yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticilerin 01/01/2013 tarihinden itibaren farklı kişilerden oluşturulmasının zorunlu olduğu hususuna yer veren Ayrıştırma Esaslarının m.6/3 hükmünün, elektrik piyasasında EPLY m. 33/5 hükmünde vücut bulduğu görülmektedir. Söz konusu hükümler, genel kurulun, yönetim kurulunu seçme yetkisine, yönetim kurulunun da, yöneticileri belirleme, görevlendirme yetkilerini sınırlandırdığı veya engellediğinden TTK'nın, m.408/2-b hükmüne, yönetim kurulunun ise şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi, şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi, müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları ile yönetimin üst gözetimine ilişkin yetkilerini sınırlandırdığından veya engellediğinden, TTK'nın m. 375 hükmüne, ayrıca, ikincil düzeyde bir norm dahi olmayan hatta normlar hiyerarşisinde yer almayan EPDK kararı ile getirilmiş olması nedeniyle de TTK m.330 hükmüne aykırıdır. Kanun hükmü olmadığından, TTK m.210/2 hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle bu hükümlerin, uygulama önceliği açısından TTK hükümlerinin önüne geçerek uygulanması hukuken mümkün olmadığından, buna ilişkin kararların, hükümlere aykırı olarak alınan kararların TTK karşısında geçerli olacağını değerlendirmekteyim.

Elektrik piyasasına ilişkin olarak EPK m.5/2-b hükmü ile EPLY m. 44 hükmünde de, birden fazla lisansa sahip olan aynı tüzel kişi veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişilerin lisansa tabi her faaliyet veya tesis için ayrı hesap ve kayıt tutması anlamına gelen hesap ayrıştırması ve çapraz sübvansiyon yasağı da öngörülmüştür. Buna göre, görevli tedarik şirketi, perakende satış faaliyeti ile

perakende satış hizmeti için ayrı hesap tutacak ve bu hesaplar arasında çapraz sübvansiyon yapamayacaktır.

Doğal gaz piyasasında ise, hesap ayırıştırmasının birden fazla lisansa sahip olan aynı tüzel kişi veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişiler için öngörüldüğü DPK m.6/a-2 hükmünde açıkça ifade edilmektedir. DPK'da yalnızca hesap ayırıştırmasından bahsedilmiş, çapraz sübvansiyondan herhangi bir şekilde bahsedilmemiştir. Çapraz sübvansiyon yasağı, ikincil mevzuat niteliğinde olan DPLY hükümleriyle öngörülmüş olması, normlar hiyerarşisine uygun olarak, dayandığı Kanuna uygun olması gereken Yönetmelikte, Kanunda düzenlenmemiş bir hususun düzenlenmiş olması, daha da önemlisi bir yasak getirilmiş olması ve bunun yaptırıma bağlanması yasaya ve hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

TTK'da, ayrı lisanslara tabi olarak farklı faaliyetlerde bulunan şirketlerin, lisansa tabi herbir faaliyeti için ayrı hesap tutmasını veya faaliyetler arasında çapraz sübvansiyon yapılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK'ya tabi şirketler açısından hesapların, birçok hükümde ifade edildiği gibi Türk Muhasebe Standartlarına uygun bir şekilde tutulması yeterlidir. O nedenle, hesap ayırıştırması TTK'dan değil enerji mevzuatından kaynaklanan bir yükümlülük olup, TTK'ya tabi olarak kurulan ve enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim ve limited şirketlerine yönelik münferit bir regülasyon müdahalesi teşkil etmektedir. Düzenleme, hesap ayırıştırması yönünden özel kanun niteliğindeki EPK ve DPK hükümlerinden kaynaklandığından, TTK m.330 hükmü doğrultusunda, hesap ayırıştırmasına ilişkin EPK ve DPK hükümleri, TTK hükümlerinden önce uygulanacaktır.

Son olarak, tezimizin konusu teşkil eden ve Kanunda olmayan birçok regülasyon müdahalesinin, EPDK tarafından çıkarılan Yönetmeliklerle, diğer ikincil düzenlemelerle ve hatta idari kararlarla düzenlendiği görülmektedir. Bu durumun, Kanun koyucunun yerine geçerek onun düzenlemediği veya düzenlenmesine açıkça imkan vermediği durumlar için düzenlemeler öngörülmesi anlamına geldiği, Kanunda açıkça yer alamayan hususların Yönetmelik ile düzenlenmesinin hukukun temel prensiplerinden biri olan normlar hiyerarşisine aykırı olduğu açıktır. Kanaatimce, normlar hiyerarşisine uygun kanun yapım tekniğinin benimsenmesi, yönetmelikler ve

ikincil düzenlemelerin, kanunların bıraktığı boşlukları dolduracak, kanunla aynı güce ve etkiye sahip bir norm olarak görmekten vazgeçilmesi ve hukuk güvenliğini sarsacak bu yanlış uygulamalara son verilmesi, enerji piyasasında Türk Ticaret Kanununun temelini oluşturan düzenlemelerle barışık ve hukuk sistemiyle uyumlu bir regülasyon oluşturabilme açısından önem arz etmektedir.



KAYNAKÇA :

1- Kitaplar :

- AKDAĞ GÜNEY, Necla (2012). Anonim Şirket Yönetim Kurulu. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla (2014). Anonim Şirketlerde Kuruluş. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla (2011).Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası.
- AKIN, Murat Yusuf (2014). Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- AKYILDIZ, Ali (2001). Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri, Ottoman Securities. Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Bilingual Edition Turkish- English. İstanbul:Mas Matbaası.
- ALIŞKAN, Murat (2007). Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları. İstanbul:Legal Yayıncılık.
- ALPER, Gizem (2013).Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı). İstanbul:Vedat Kitapçılık.
- ANARAL, Hüseyin (1982). Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye. Ankara:Yarı Açık Cezaevi Matbaası.
- ANSAY, Tuğrul (1982). Anonim Şirketler Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- ARI, Zekeriyya (2019). Anonim Şirketlerin Denetimi. Bursa: Ekin Yayınları
- ARSLANLI, Halil (1960). Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- ASLAN, İ.Yılmaz (2009). Enerji Hukuku C.III (Doğalgaz Piyasasında Regülasyon ve Rekabet). Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- BAHTİYAR, Mehmet (2019). Ortaklıklar Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi.
- BAHTİYAR, Mehmet (1996). Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- BATTAL, Ahmet (2001). Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- BATTAL, Ahmet (2003). Bankalar Kanunu Şerhi. Ankara:Türkiye Bankalar Birliği Yayını.
- BAYRIL, Bahadır, Seyhan ERÖZÇELİK, Serdar YILMAZ (2009). Önce Ateş Vardı, Türkiye'de Enerji Devrimi ve Modern Hayatın Etkileşimi. İstanbul: Mehmet Zorlu Vakfı.
- BEŞERGİL, Bilsen (2009).Yakıtlar ve Yağlar. İzmir: Ege Üniversitesi Basımevi.
- BİÇER, Levent (2010). Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye. İstanbul:Beta Basım Yayım.
- BİÇER, Levent (2019). Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları. Ankara:Yetkin Yayınları.
- BİLGİLİ, Fatih, Ertan DEMİRKAPI (2013). Şirketler Hukuku. Bursa: Dora Yayınları.
- COŞTAN, Hülya (2013). Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ÇAKMAK, Zeynep (2011). Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu. Ankara: Çakmak Yayınevi.

- ÇAM, Gülçin (2019). Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÇEBİ, Hakan (2010).Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- ÇEBİ, Hakan (2019).Limited Şirketler Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.ÇELİK, Aydın (2007). Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun İbrası. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÇONKAR, M.Halil (2016). Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye. İstanbul:Oniki Levha Yayıncılık.
- DEMİREL, Duygu (2016).Ticaret Sicili. Ankara: Seçkin Yayınları.
- DEMİRKAPI, Ertan (2008). Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri. Güncel Yayınevi: İzmir,
- DİNÇEL, Adnan (1973).Türkiye’de Elektriklendirme Hizmetlerinin Anı ve Belgelerle Tarihçesi. Ankara: TEK 50. Yıl
- DOMANIÇ, Hayri (1988). Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II. İstanbul: Temel Yayınları
- DOMANIÇ, Hayri, Erol ULUSOY (2007).Ticaret Hukukunun Genel Esasları. İstanbul: Arıkan Yayıncılık.
- ERDEM, Nuri (2012). Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi. İstanbul: Vedat Kitapçılık,
- ERGÜN, Çağdaş Evrim (2010). Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara: Çakmak Yayınevi.
- GÖNEN, Yakup (2011).Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara:Adalet Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2003). İdare Hukuku C.1-2. Bursa: Ekin Kitapevi Yayınları.
- GÜNDAY, Metin (1999). Rekabet Hukuku ve Yargı.Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.
- İHTİYAR, Mustafa (2006). Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem (2016).Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi. Ankara:Adalet Yayınevi.
- İMREGÜN, Oğuz (1968). Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- İMREGÜN, Oğuz (1989). Anonim Ortaklıklar. İstanbul:Yasa Yayınları.
- İMREGÜN, Oğuz (2005). Kara Ticareti Hukuk Dersleri, (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak). İstanbul: Filiz Kitabevi Basım.
- İZMİRLİ, Yadigar (2001). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer (1964). İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini. Ankara: Ajans Türk.
- KARASU, Rauf (2015). Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları.
- KARAYALÇIN, Yaşar (1968). Ticaret Hukuku,C1, Giriş-Ticari İşletme Hukuku. Ankara: BTHAE.
- KAYIHAN, Şaban (2019). Şirketler Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- KENDİGELEN, Abuzer (2011).Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tesbitler. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- KENT, Bülent (2012). Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları. Ankara: Adalet Yayınları.

- KESKİN, Mustafa (2018). Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- KIRCA, İsmail, Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, Çağlar MANAVGAT (2016).Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- KIRCA, İsmail, Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, Çağlar MANAVGAT (2013) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt:I, Temel Kavram ve İlkeler – Kuruluş –Yönetim Kurulu. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- KIZILYEL, Güventürk (2018)). Sermaye Piyasasında Anonim Ortaklıkların Pay Devri ve Sınırlamaları. İstanbul: Aristo Yayınevi.
- MANAVGAT, Çağlar (2016). Hukuki Açından Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- McGREW, James, H. (2003). FERC Federal Energy Regulatory Commision. American Bar Association.
- MOROĞLU, Erdoğan (2016). 6102 Sayılı TTK. Değerlendirme ve Öneriler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- MOROĞLU, Erdoğan (2014). Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- MOROĞLU, Erdoğan (2015). Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- OĞUZ, Fuat (2011). .Devlet ve Piyasa. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- OKUTAN, Gül (1997).Ticaret Sicili. 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:714.
- ÖKÇÜN, A.Gündüz (1971). 1920-1930 Yılları Arasında Kurulan Türk Şirketlerinde Yabancı Sermaye. Ankara: Ankara Üniv. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:324. Sevinç Matbaası.
- ÖZDAMAR, Emine (2019). Anonim Şirkette Pay Devri. Ankara: Adalet Yayınevi.
- POROY, Reha, Turgut S. EREM, Sermaye Piyasası Etüdü, Ankara, 1964.
- POROY, Reha, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU (2014). Ortaklıklar Hukuku I. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- POROY, Reha, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU(2010).Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- POROY, Reha, Hamdi YASAMAN (2015).Ticari İşletme Hukuku. İstanbul:Vedat Kitapçılık.
- POROY, Reha, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU (2017). Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- PULAŞLI, Hasan (2013). Şirketler Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Adalet Yayınevi.
- REİSOĞLU, Seza (2007). Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I, (Md.1-72). Ankara: Yaklaşım Yayınları.
- SEVİ, Ali Murat (2014). Anonim Ortaklıkta Payın Devri. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SEVİ, Ali Murat (2013). Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- STOBER, Rolf (2007). Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14.Auflage. Stuttgart.
- STONE, Alan (1982). Regulation and Its Alternatives. Washington D.C: Congressional Quarterly Press.
- ŞAHİN, Ayşe (2013). Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi. İstanbul: Vedat Kitapçılık,

- ŞENER, Oruç Hami (2015). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TAŞDELEN, Nihat (2005). Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TAŞDELEN, Servet (2006). Bankacılık Kanunu Şerhi. Ankara: Turhan Kitabevi.
- TEKİL, Fahiman (1998). Anonim Şirketler Hukuku. İstanbul: Alkım Yayınevi.
- TEKİNALP, Ünal (2015). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, (Tek kişi ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEKİNALP, Ünal (1979). Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeler, C. II. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- TOKSAL, Baki (1986). Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I. Ankara: Sevinç Matbaası.
- TURANBOY, Asuman (2002). Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- UÇAR, Salter (1993). Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul: Alfa Yayınları.
- ULUSOY, Ali (2003). Bağımsız İdari Otoriteler. Ankara: Turhan Kitabevi.
- UYGUN, İbrahim Doğuhan (2015). Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- UZEL, Necdet (2013). Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- UZUNALLI, Sevilay (2013). Anonim Şirkette İşletme Konusu. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÜÇİŞİK, Güzin, Aydın ÇELİK (2013). Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÜLGEN Hüseyin, Mehmet HELVACI, Abuzer KENDİGELEN, Arslan KAYA, N. Füsün Ertan NOMER, (2015). Ticari İşletme Hukuku (6102 Sayılı TTK ve Diğer Yeni Mevzuata Göre). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- YANLI, Veliye (2005). Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması. İstanbul: Beta Yayınları.
- YAYLA, Ahmet (2013). İdarenin Doğalgaz Piyasası Düzenleme Faaliyeti. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- YILDIRIM, Ali Haydar (2008). Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları.
- YÜCE, Alber Aydın (2013). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

2- Makaleler, Bildiriler, Diğer Basılı Yayınlar

- ABBAK, Akın (2014). “Halka Açık Anonim Ortaklıklar Bakımından Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı”. Fasikül Hukuk Dergisi, C.6(61), s.6-16.
- AKBULAK, Yavuz (2015). “Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Oluşturulması”. İstanbul Barosu Dergisi, C.89(6), s.111-121.
- AKBULAK, Yavuz (2016). “Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.90(2), s.138-164.
- AKBULAK, Yavuz (2011). “Anonim Şirketlerde Bölünme: Yeni TTK, KVK ve SPK Düzenlemeleri”. Terazi Hukuk Dergisi, C.6,(59), s.14-19.

- AKDAĞ GÜNEY, Necla (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme”. Türk Ticaret Kanun Tasarısı Sempozyumuna Sunulan Tebliğ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II(I), s.499-510.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Mustafa Alper GÜMÜŞ, (2013), “Taşınırların Anonim Şirketlere Esas Sermaye Olarak Getirilmesi”. Regesta, C.3(3), s.3-30
- AKDOĞAN, Nalan, M.Uğur AKDOĞAN (2011). “Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Düzenlemelerinin Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkeleriyle Uyumunun Karşılaştırmalı Olarak Analizi”. Muhasebe ve Denetime Bakış, C.4(35), s.1-31.
- AKIN, İrfan (2008). “Enerji Direktiflerinde Ayrışma”. FMR(Ankara Barosu. Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi), C.8(1), s.11-34.
- AKIN, İrfan (2013). “Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Hakları”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.26(106), s.11-39.
- AKINCI, Müslüm (2001). “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”. Rekabet Dergisi, (5), s.3-16.
- AKSOY, Mehmet Ali (2013). “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII(1-2), s.45-76.
- ALIŞKAN, Murat (2012). “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, “6102 Sayılı Ticaret Kanunu’nu Beklerken” 10-11-12, Sempozyum, C.18(2).
- ALTAŞ, Soner (2013). “Yeni TTK’ya Göre İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paysahipleri Özel Kurulu”. Terazi Hukuk Dergisi, C.8(83), s.71-79.
- ALTAŞ, Soner (2013). “Ticaret Şirketlerinde Bakanlık Denetimi ve İlgililerin Yükümlülükleri”. Mali Çözüm Dergisi, (117), s.89-97.
- ARSLAN, Erdoğan (2011). “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Denetçinin Niteliği”. Mali Çözüm Dergisi, (104), s.73-107.
- ARSLAN, Özkan (2015). “Bağımsız Denetim Yapıtılmamasının Hukuki Sonuçları”. Mali Çözüm Dergisi, (132), s.73-86.
- ASLAN, Erol, Özcan YAVAŞ (2012). “Çukurova Elektrik A.Ş. Ve Kepez Ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri A.Ş. İmtiyaz Sözleşmelerin Feshi”. İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.15(1) s.117-166.
- ASLAN, Yasin M.(2010), “Türk Hukukunda Tüzel kişilerin Ceza Sorumluluğu”. Ankara Barosu Dergisi, (2), s.233-246.
- ASLAN, Yavuz Can (2017). “İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu”. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5(2), s.73-99.
- ATİYAS, İzak (2000). “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon? Devletin Düzenleyici Rolü”. TESEV Yayınları:19, s.19-34.
- ATİYAS, İzak (2006). “Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform”. TESEV Raporu.
- AYAN, Özge (2011). “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi”. Legal Hukuk Dergisi, (102), s. 2237-2266.
- AYDIN, Muhammed Ali (2014). “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu”. Legal Hakemli Hukuk Dergisi, C:12(134), s. 27-52.
- AYGÖRMEZ, Gülsüm Ayhan (2010). “Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I”. Ceza Hukuku Dergisi, C.5(14), s. 67-88.

- AYGÖRMEZ, Gülsüm Ayhan (2013). “Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş III”. Ceza Hukuku Dergisi, C.8(22), s.61-84.
- AYOĞLU, Tolga (2013). “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10(2), s.219-252.
- AYTAÇ, Zühtü (2010). “Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları”, Avrupa Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans (Ed.Korkut Özkorkut),Ankara, s. 59-137.
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman (2020).“Ekonomik Suçlar”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19(1), s. 119-163.
- BAHTİYAR, Mehmet, Levent BİÇER(2004). “Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK. m. 273 Değişikliği”. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan, (1-2), s.393- 415.
- BAHTİYAR, Mehmet (2006).“Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Armağan Özel Sayısı, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, s. 53-65.
- BAYSAL, F. Eda (2014). “Güvenlik Tedbirleri ve Kabahatler Hukukundaki ilkesel ve Fiili Sorunlar Karşısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”. Fasikül Hukuk Dergisi, C.6, S.61, s.17-26.
- BORA, Sevda (2013). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri- Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar”. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4(7), s.75-93.
- BORA, Sevda (2014). “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları”. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5(9), s. 93-113.
- BOZDEMİR, Enver (2013).“Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetimin Zorunluluğuna İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler”. Mali Çözüm Dergisi, C.23(118) s.67-85.
- BOZKURT, Tamer (2017). “Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Resmi Bir Makamın İznine Bağlanması ve Bu İzin Hukuki Niteliği Sorunu”. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16(2), s.421-451.
- BİRSEL, Mahmut T, A.Murat SEVİ, (2013). “Anonim Şirket Denetiminde Yeni Yaklaşımlar”. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s.33-60.
- BÜLBÜL, Mustafa Oğuzcan (2007). “Doğalgaz Piyasasında Rekabet”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:77, Ankara.
- ÇAĞA, Barbaros (1974). “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.7(3), s.581-602.
- ÇAĞLAR, Hayrettin (2010). “Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi”. BATİDER, C. XXVI(2), s. 35-53.
- ÇALIŞ DAL, Seniha, Yıldırım ERCAN (2013). “Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetçi”. Mali Çözüm Dergisi, (118) s.87-106.
- ÇAMOĞLU, Ersin (2013), “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12(2), s.19-33.
- ÇAMOĞLU, Ersin (2015). “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.31(1), s. 5-19.
- ÇELEBİ, Ali Ergin (2018). “Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17(2), s.517-575.

- ÇELİK, Aytekin (2009). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.25/4, s.559-592.
- ÇELİKDEMİR, Bekir (2020). “Elektrik Dağıtım Şirketlerine Yönelik Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16. Maddesi ile Doğal Gaz Dağıtım Şirketlerine Yönelik Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 9. Maddesi Kapsamında Öngörülen Tedbirlerin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi ve Kayyım Çözümü Önerisi”. Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C.9(36) s. 1265, 1304.
- ÇETİN, Nusret (2002). “Bağlam Kuralları Taşıyan Hisse Senetleri” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DEĞİRMENCİ, Cenker (2013). “6103 Sayılı TTK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Madde 24/11 (Pay sahiplerinin ve Limited Şirket Ortaklarının Şirkete Borçlanma Yasağı) Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesine Uygun mudur?” Prof. Dr.Ersin Çamoğluna Armağan, s.654-664.
- DEMİR, Aybüke (2014). “Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacakların Teminat Altına Alınması”. Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2(2), s.17-34.
- DERBENTLİ, Yaprak (Temmuz 2015). “Anonim Şirketlerde Sermaye Azaltması”. Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5(10), s.107-155.
- DERYAL, Yahya, Mehmet DURGUT (2009). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Anonim Şirketlerin Denetimine Getirilen Yenilikler”. Mali Çözüm Dergisi, (96), s.35-66.
- DOĞAN, Beşir Fatih (2013). “TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4(1), s.61-84.
- DOĞANAY, İsmail (1975). “Limited Ortaklıkta Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nelerdir?”. BATİDER, C.8, s. 83-93.
- DOĞRUSÖZ, A.Bumin (1998). “Limited Şirkette Pay ve Pay Devri”. Yaklaşım Dergisi, (63), s.58-59.
- DÖNMEZ, Eftal (2003). “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”. Ankara Barosu Dergisi, (2), s.55-78.
- DURSUN, Gizem (2019). ““Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi” ve Bu Kapsamda 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14(175), s.853-885.
- DÜŞÜNÜR, Ahmet (1996). “Anonim Şirketlerde Pay Sahipliğinin Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- EĞİLMEZ, Mahfi (1982). “İngiltere’de Sermaye Piyasası”. Maliye Dergisi, (60).
- EKİCİ, Akın (2007). “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı”. Bankacılar Dergisi, (63), s.51-70.
- ELDEM, İbrahim (2001). “Anonim Şirketlerde Birleşme”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.13(3), s.951-982.
- ELMAS, Fatma Tuğçe (2017). “Sermaye Şirketlerinde Ayni ve Nakdi Sermayenin Getiriliş Usulü”. Konya Barosu Dergisi, C.1(1), s.13-36.
- EMİNOĞLU, Cafer (2014). “Türk Ticaret Kanunu'nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9(2), s. 1-25.
- ENGİN GÜNAY, Gözde (2013). “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu”. İstanbul Barosu Dergisi, C.87(6), s.163-182.
- EPÇELİ, Sevgi (2010). “TTK Tasarısı'nın Bölünmeye İlişkin Maddeleri”. İstanbul Barosu Dergisi, C.84(1), s. 193-216.

- ERDİL, Ergin (2010). "Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Devri". Yargı Dünyası Dergisi, (171), s.11-31.
- ERGÜDEN, A.Engin (2014). "Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Birlikte Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9(117), s. 183-196.
- EROĞLU, Muzaffer (2010). "Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları". Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, C.11(1), 109 -148.
- EROL, Emine (2007). "Türkiye'de Elektrik Enerjisinin Tarihi Gelişimi 1902-2000". İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- EROL, Gülhanım Sızlı (1999). "Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması". Uzmanlık Tezi, Yayın No 2487, DPT İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müd. Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi, Ankara.
- GEÇGEL, Ercan (2016). "Şirketler Topluluğunda Tam Hâkimiyet ve Hâkim Şirketin Sorumluluğu". Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7(13), s.73-90.
- GENÇAY SEVGİLİ, Fatma Didem (2014). "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri". AÜHFD, C.63(2), s.397-417
- GÖKTÜRK, Kürşat (2013). "Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII(1-2), s.631-662.
- GÖNEN, Ramazan (2013). "Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri". İstanbul Barosu Dergisi, C.87(2), s.388-396.
- GÖNEN, Yakup (2010). "Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV(2) s.359-385.
- GÜNAY, Ece Deniz (2013). "Kamuyu Aydınlatma İlkesinin 6362 Sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanununa Yansımaları". Terazi Hukuk Dergisi, C.8(77), s. 20-22.
- GÜNERİ, Onur (2016). "Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi". Terazi Hukuk Dergisi, C.11(123), s. 56-64.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı (2012). "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında, Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi". BATİDER, C.28(1), s.157-190.
- GÜVENEK, Burcu (2009). "Devletin Regülasyonlar Yoluyla Piyasalara Müdahalesi ve Türkiye Enerji Piyasaları". SÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, (18), s. 45-62.
- HATEMİ, Hüseyin (2013). "Ultra Vires Kuramı ve Türk Hukuku". Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 327-333.
- HELVACI, Mehmet (2013). "Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırım Usulü ve Bu Sisteme Tabi Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı". BATİDER, C.XVIII(1-2) s. 157-171.
- HUYSAL, Ayşegül (2016). "Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetlerinin Hukuki Niteliği". MÜHF - HAD, C.22(1), s.317-346.
- İSMAYILOV, Araz (2014). "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Ultra Vires İlkesinin Yeri". Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3(2), s.209-226.
- KARA, Etem, Şaban KAYIHAN (2016). "AB Şirketler Hukuku Açısından Türk Hukukunda Asgari Sermaye". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.32(2), s.75-96.

- KARACAN, Ali İhsan (2001). "Özerk Kurumların Özerkliği, Rekabet Dergisi". Sayı:8, s.3-59.
- KARAHAN, Sami (1994). "Ticaret Sicil Memurunun Kararlarına Karşı Hukuki Yollara Başvurabilecek "İlgililer" Kavramının Kapsamı". Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, (84), s.48-52.
- KARAKAN, Esra (2012). "Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sermaye Koyma Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonuçları". Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1(1), s.121-141.
- KARAKAŞ, Mehmet (2008). "Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler". Maliye Dergisi, (154), s.99-120.
- KARAKOÇ, Mehtap, (2013). "Türk Ticaret Kanunu ile Birlikte Bağımsız Denetimde Meydana Gelen Gelişmeler". Muhasebe ve Finansman Dergisi, (59)s.17-37.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem (2017). "Ticaret Sicili Müdürlüğü Kararlarına İtiraz Edebilecek Kişiler". İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16(2), s.125-140.
- KARAMAN ÇOŞGUN, Özlem (2012). "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken". 10-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18(2), s. 333-348.
- KARASU, Rauf (2012). "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Emredici Hükümler İlkesi Tebliği". 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Özel Sayı, C.18(2), s.311-332.
- KARATAŞ, Muharrem, (2014). "Şirket Denetçiliğinden Bağımsız Denetçiliğe". Muhasebe ve Denetime Bakış, (43), s.123-142.
- KAŞAK, Esra, Hayrettin ÇAĞLAR (2016). "Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65(3), s.659-686.
- KAYA, İlknur (2016). "İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar". Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2(3), s.225-245.
- KILIÇ, Harun (2010). "Türk Hukukunda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrini Düzenleyici Kurumların İzinleri". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIV(2), s.71-101.
- KIRCA, İsmail (2011). "Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi". Bankacılar Dergisi, (79), s.71-79
- KNIGHT, Paul (2001). Rekabet Kurumu Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu. Rekabet Kurumu Yayınları, 15-16 Mart 2001, s. 101-113.
- KÖKSAL, Aytaç (2010). "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 309 ile 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu". Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.I, s.1387-1419.
- KÖSE, Murtaza (2012). "Tarihi Süreçte Şirketler Ve Fonksiyonları". Ekev Akademi Dergisi, (50), s.274,276.
- KUMKALE, Rüknettin (2010). "Sermaye Şirketlerinde Bölünme". Terazi Hukuk Dergisi, C.5(44), s.291-299.
- KUTUKIZ, Doğan, Akif ÖNCÜ (2009). "Bağımsız Denetimin Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimin Gelişmesine Etkisi". Muhasebe ve Finansman Dergisi, (41), s.131-139.

- MANAVGAT, Çağlar (2014). “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”. Batider, C.XXX Sayı:3, s.41-61.
- MANAVGAT, Çağlar (2013). “Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunundaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”. BATİDER, 2013, C.XXIX(1), S.45-78.
- MANAVGAT, Çağlar (2005). “Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I(1), s. 523-551.
- MOROĞLU, Erdoğan (2000). “A.Ş Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği”. Kemal Oğuzman'a Armağan, s.515-529.
- MUMCU, Uğur (1970). “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”. AÜHF Dergisi, C.27(1-2), s. 37-66.
- NARBAY, Şafak (2007). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması, Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”. Prof Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, C.I, s.287-327.
- NILSONN OKUTAN, Gül (2011). “Şirketler Topluluğu”. Bankacılar Dergisi, (79), s.90-103.
- OR, Zeynep (2011). “Bankaların Halka Açılması ve Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü: Hukuksal Bir Bakış Açısı”. Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C.3(2), s. 39-49.
- ORAK, Cem Çağatay (2015). “Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIX(1), s.253-304.
- ÖLMEZOĞULLARI, Nalan, Tamer ÇETİN, (2005). “Doğal Tekeller, Regülasyonu Ve Rekabetçi Uygulamalar”. İktisat İşletme ve Finans, C.20(232), s:36-55.
- ÖZCAN, Fatma (2000). “Türk Hukukunda Primli Hisse Senetleri”. Prof. Dr.Tahir Çağa Anısına Armağan, s. 351-387.
- ÖZDAMAR, Mehmet (2006). “Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi”. GÜHFD, C. X(1-2), s. 100 vd.
- ÖZDAMAR, Mehmet (2015). “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, (1), s.143-155.
- ÖZDAMAR, Mehmet (2012). “4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Yapılması Planlanan Değişiklikler”. Enerji Hukuku Dergisi, (2), s.215-225.
- ÖZDAMAR, Mehmet, (2014). “Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri”. Enerji Hukuku Dergisi, (1), s.113-131.
- ÖZDAMAR, Mehmet (2013). “Elektrik Piyasası Kanunu ve TTK Çerçevesinde Enerji Şirketlerinin Denetimi”. Enerji Hukuku Dergisi , (1), s.97-111.
- ÖZDEMİR, Naziye (2016). “İmparatorluktan Cumhuriyete Elektriğin Tarihsel Gelişimi (1850-1938)”. Osmanlı Medeniyeti Araştırmaları Dergisi, C.2(3), s.17-32.
- ÖZDEMİR, Kadir (2011). “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sermaye Şirketlerinde Bölünme”, Terazi Hukuk Dergisi, C.6(55), s.33-36
- ÖZKORKUT, Korkut (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Mali Müşavirler”. BATİDER, C.XXIII, s.29-69.
- ÖZSUNGUR, Fahri (2014). “Ticaret Sicilinde Tescilin Evreleri ve Türleri”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16,(1), s.269-293.

- PASLI, Ali (2011). “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması(I) YTK Kitap-2 Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler”. BATİDER, C.XXVII, S.3, s.137-167.
- PELVAN, Neslihan (2019). “Limited Şirketlerde Pay Devri”. Bursa Barosu Dergisi, C.43(107), s.84-87.
- PULAŞLI, Hasan (2007). “Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi”. Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, s.467-487.
- PULAŞLI, Hasan (2013). “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8(1), s.1-12.
- REEL, Yeşim (2010). “Elektrik Sektörünün Regülasyonu”. Enerji, Piyasa ve Düzenleme, C.1(2), s.194-218.
- SALMAN, Banu (2008). “Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma Ve Özelleştirme”. Memleket Siyaset Yönetim, C.3(6), s.188-208.
- SANCAKDAR, Oğuz (2001). “İdare Hukuku yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Kısa bir Değerlendirmesi”. Amme İdaresi Dergisi, C.34(4), s. 97-137.
- SARAÇ, Senem (2012). “Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerin Birleşmesinde veya Bölünmesinde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayıları Düzenlemesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C.7(69), s. 30-32.
- SARIKAYA, Ahmet Selim (2006). “Mevcut 6762 Sayılı TTK ve Yeni Taslakta Limited Şirketlerde Pay Devri”. Yaklaşım Dergisi, (159), s.233-238.
- SARISOY, Sinan (2010). “Düzenleyici Devlet ve Regülasyon Uygulamalarının Etkinliği Üzerine Tartışmalar”. Maliye Dergisi, (159), s.278-298.
- SERDER YILMAZ, Selen (2013). “TTK’da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8(1), s.187-233.
- SEVİ, Ali Murat (2019). “Hâkim Şirket Yöneticilerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu”. Terazi Hukuk Dergisi, C.14(151), s.112-139.
- SEZGİNER, Murat (2013). “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeleri)”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII(1-2), s.1592-1621.
- SÜMER, Ayşe (2010). “TTK Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi”. İİBF Dergisi, C.XXVIII(I), s.171-181.
- SÜMERTAŞ, Duygu (2014). “Türkiye Elektrik Piyasası Kanunu Kapsamında Lisans Esasları ve Türleri”. İstanbul Barosu Dergisi, C.88(5), s.152-167.
- ŞAHİN, Ayşe (2014). “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukuki Sorunlar”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9(117), s.145-174.
- TANRIVERDİ, Alper (2016). “Sermayenin Azaltılmasına İlişkin Güncel Sorunlar”. TBB Dergisi , (116), s.305-314.
- TAŞDEMİR, Özgür (2020). “Ekonomi Ceza Hukuku ile İdari Ceza Hukuku Arasındaki Gri Alan: Düzenleyici (Regülatif) İdari Cezalar”. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6(1) s.99-156.
- TAŞPOLAT, Melis (2008). “Genel Kurul Kararlarına Karşı Açılan İptal Davası ve Konunun Türk Ticaret Yasası Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Düzenlenmesi”. İstanbul Barosu Dergisi, C.82(4), s.1839-1882.

- TATLI, Burçak (2018). "Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği komisyonunun CEZ Kararı". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9(1), s.77-104.
- TEKİL, Fahiman (2000). "Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları". Kemal Oğuzman'a Armağan, s.1091-1114.
- TEKİNALP, Ünal (1996). "Sermayeyi Artırmada "Çift Usul"ün Geçerliliği ve Gerekliliği". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.18(4), s. 3-7.
- TEKİNALP, Ünal (1997). "Ultra Vires". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, s.44 v.d.
- TEKİNALP, Ünal (2008). "TTK Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı". Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.II, s. 635 - 652.
- TEKİNALP, Ünal (2001). "Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 Sayılı Kanunun İşlerliği". Mükellefin Dergisi, (106), s.31-42.
- TEKİNSOY, Ayhan (2007). "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar". Ankara Barosu Dergisi, (2), s.119-134.
- TOLA, Nuran Rabia (2017). "Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar". Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8(16), s.63-85.
- TOSUN, Zelal Narçin (2015). "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması". Terazi Hukuk Dergisi, C.10(105), s.89-103.
- TÜRK, Ahmet (2010). "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler". Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, s. 2163-2191.
- TÜTÜNCÜ, Muharrem (2016). "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Cinsiyete Dayalı Kota Uygulamaları". İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15(1), s. 825-851.
- ULUKAYA, Leyla (2013). "Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi". C.4(8), s.129-161.
- ULUSOY, Ali Dursun (2014). "İletim Sistemi Sistem Kullanım Anlaşmasından Doğan Sorunlar". Enerji Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu(26 Kasım 2014), (Konuşmacı) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- ÜNLÜ, Ufuk (2016). "Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet Ve Sorumluluk İlişkisi". Terazi Hukuk Dergisi, C.11(122), s.102-107.
- ÜNLÜ, Ufuk (2014). "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi ve Bölünmesi". Terazi Hukuk Dergisi, C.9(100), s.323-330.
- ÜNLÜ, Ufuk (2015). "Anonim Şirketlerde Sermaye Unsurunun İncelenmesi". Terazi Hukuk Dergisi, C.10(111), s.134-143.
- ÜNLÜ, Ufuk (2017). "Sermaye Şirketlerinin Birleşmesi; Birleşme Türleri, Birleşme Nedenleri ve Kolaylaştırılmış Şekilde Birleşme". Terazi Hukuk Dergisi, C.12(133), s.107-116.
- ÜLGEN, Hüseyin (2000). "Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti". Kemal Oğuzman'a Armağan, s.1283-1291.
- YALÇIN, Selim (2015). "Türk Ticaret Kanunu'nda Hakim Şirketin Kayba Sebebiyet Verici Talimatı/Yönelmesi ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu". İstanbul Barosu Dergisi, C.89(5), s.163-176
- YALÇIN, Adalet (2005). "Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı". Bursa Barosu Dergisi, C.29(78), s.187-195.

- YARDIMCI, Okan (2011). "Türkiye Doğalgaz Piyasası: Geçmiş 25 Yıl, Gelecek 25 Yıl". Ekonomi Bilimleri Dergisi, C.3(2), s.157 -166.
- YARSUVAT, Duygun (1999). "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu". Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, s.889-918.
- YASAMAN, Hamdi (2003). "Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk". Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, s.709.
- YAVUZ, Mustafa (2008). "Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayırıştırma Ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı". FMR. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi. C.8(4), s. 39-77.
- YAVUZ, Mustafa (2014). "Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Şirketlerde Sermaye Artırım Usulü". Terazi Hukuk Dergisi, C.9(99), s.77-82.
- YILDIRIM, Suat (2011). "Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Denetçi". Mali Çözüm Dergisi, (106), s.43-52.
- YILDIZ, Burçak (2006). "TTK Tasarısında Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi". AÜHF Dergisi, C.55(1-2), s.321-353,
- YILDIZ, Burçak (2011). "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerin Hukuki Niteliği". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.27(3), s.111-134.
- YILDIZ, Şükrü (2007). "TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi". Ergon Çetingil Rayegan Kender 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, s. 1195-1199.
- YILMAZ, Asuman (2015). "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.31(2), s. 99-128.
- YİĞİTOĞLU, Zeynep Özge, (2015). "Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası". Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C.2(2), s.149-180.
- YÜCEL, Özge (2011). "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu ile İzne Bağlanan Pay Edinim ve Devirleri". İnÜHFD, C.2(1),s.387-416.
- ZENGİNOBUZ, Ünal (2000). "Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon". 24 Şubat 2000 Tarihinde Rekabet Kurumunda Sunulan Tebliğ, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, (5), s. 101-128.

3- Elektronik Kaynaklar:

- ACAR, Şeref, Mustafa DÜNDAR, (2013). "EPDK Lisansına Sahip Olan Şirket ile Lisansa Sahip Olmayan Şirketlerin Birleşmesinin Mümkün Olup Olmadığının Hukuki Açından Değerlendirilmesi". <http://www.eksperymm.com.tr/epdk-sirket-birlesmesinde-lisans-sahibi-olmayan-sirket> (Erişim Tarihi: 23.04.2018).
- AKTAN, Coşkun Can, KARAASLAN Yusuf Tuğrul (2006). "Regülasyon Ekonomisi Ve Kamusal Regülasyonlar Teorisi". http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu_maliyesi/kamu-ekonomisi/regulasyon-ekon.pdf (Erişim Tarihi: 15.04.2018).
- AKTEPE, Ahmet (2012). "Osmanlı Devletinde Elektrik". TEİAŞ E-Bülten Dergisi, <http://www.teias.gov.tr/ebulten/makaleler/2012/OSMANI%20ELEKTR%C4%B0K/> (Erişim Tarihi:10.10.2018)

- ARDIYOK, Şahin (2002). “Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli”. Lisansüstü Tez Serisi, No:9, Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik%2B%25c3%2587a1%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2Ftez92.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018).
- ATİYAS, İzak (2006). “Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılanması Sürecinde Dağıtım Faaliyetlerinde Dikey Ayırıştırma”. <http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/izak-atiyas-rekabet-dergisi-elektrik-dikey-ayristirma.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2018).
- BOTAŞ 2016 Yılı Sektör Raporu, <http://www.botas.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- DOLUN, Leyla (2002) “Türkiye’de Elektrik Enerjisi Üretimi ve Kullanılan Kaynaklar”. http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/SA/2002-SA/SA-02-06-18_Elektrik_Enerjisi_Sektoru.pdf (Erişim Tarihi: 23.10.2018).
- DÜNDAR, Selim, UTAŞ, Alper, (2015). “Türkiye’de Enerji Sektöründe Ayırıştırma”. <http://www.dundarsir.com/uploads/makale/178-1/T%C3%BCrkiye'de%20Enerji%20Sekt%C3%B6r%C3%BCnde%20Ayr%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1rma.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018).
- EPDK 2011 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, <http://www.epdk.org.tr> (Erişim Tarihi: 20.03.2017)
- EPDK 2018 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, <http://www.epdk.org.tr> (Erişim Tarihi: 25.03.2019).
- EPDK 2019 Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, <http://www.epdk.org.tr> (Erişim Tarihi: 06.07.2019).
- ERDEM, Ercüment (2018). “Anonim Şirketlerde Pay Rehni”. <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/anonim-sirketlerde-pay-rehni/> (Erişim Tarihi: 05.10.2018).
- GRIFFIN, Stephan (June 1998). “The Rise and fall of the Ultra Vires Doctrine in Company Law”. Mountbatten Journal of Legal Studies, V.2(1), p.5-31. http://ssudl.solent.ac.uk/954/1/1998_2_1.pdf (Erişim Tarihi :03.05.2018).
- GÜLER, Birgül A (1996). “Kentsel Altyapı Finansmanı (Belediyeler Bankası : 1933-1945)”. Amme İdaresi Dergisi, C.29(1), s.87-105, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/c44c149b020aaf1_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi (Erişim Tarihi : 30.10.2018).
- KARAMUSTAFAOĞLU, Mert (2007). “Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FUzman%25c4%25b1k%2BTezi%2Ftez84.pdf> (Erişim Tarihi:12.11.2016).
- KARAYAMAN, Mehmet (2014). “Ankara Elektrik Türk Ticaret Anonim Şirketi Tarihçesi (1929-1939)”. Osmanlı Bilimi Araştırmaları, C.XVI(1) s.50-72. <http://istanbul-universitesi.beta.dergipark.gov.tr/download/article-file/13419> (Erişim Tarihi: 28.10.2018).
- KESKİN, Gültekin (2008). “Türkiye’de Doğalgaz Regülasyonu”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü, Sosyal Bilimler Enstitüsü, http://anibal.gyte.edu.tr/dosya/546/bilgi/Halen%20Devam%20Eden%20Y%C3%BCksek%20Lisans%20Tezleri_07-08.htm (Erişim Tarihi: 15.04.2018).

- KILCI, Hakan (2017). “Kurumsal Yönetimde Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık İlkesinin Yeri ve Önemi”. Tebliğ, International Congress of Management Economy and Policy, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/430169> (Erişim Tarihi:04.12.2018).
- KOÇ, Yıldırım (18 Nisan 2010). “Elektriği Millileştirmiş ve Devletleştirmişik”. Aydınlik Dergisi, <http://www.yildirimkoc.com.tr/usrfile/1323724111a.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).
- OMAR, Paul J (2004). “Powers, Purpose and Objects: The Protracted Demise of the Ultra Vires Rule”. Bond Law Review, V.16(1), <https://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1280&context=blr> (Erişim Tarihi: 15.04.2018).
- ONGUN, Abdulkadir (2015). “Türkiye’de Elektrik Piyasası Süreci”. <http://www.tespaam.org/turkiyede-elektrik-piyasasi-sureci/> (Erişim Tarihi: 01.12.2018).
- ÖZTÜRK, Mehtap Yıldırım, KESKİN, Tuğba Bayman, ERGÜN, Çağdaş Evrim (2004). “Türkiye’de Değişen Enerji Politikası Yasal Çerçeve ve Uygulamalar”. http://cakmak.av.tr/pdf/28736_1.pdf (Erişim Tarihi:12.11.2018).
- REUTER, Ernst (1942). “Belediyeler Bankası”. (Çeviren:Orhan Tuna) İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası, C.IV(1), s. 42-68. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuifm/article/viewFile/1023014250/1023013457> (Erişim Tarihi : 30.10.2018).
- SERBEST, A. Hamit (2003).“Türkiye’de Elektrik Enerjisi Üretimine İlk Yılları”. EMO Elektrik Mühendisliği Dergisi, (418), s. 31-33 (I. Bölüm) ve (419), s. 13-17 (II. Bölüm), http://www.EMO_K2M212_Turkiye_de_elektrik_enerjisi_uretiminin_ilk_yillari_H.Serbest_EMD_418-haz2003.pdf (Erişim Tarihi: 15.04.2018).
- ŞAHİN, Selen Yersu (2012). “Enerji Sektöründe Ayırıştırma”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No. 131, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FUzman%25c4%25b1k%2BTezi%2F9selenyersusahinmiz.pdf> , (Erişim Tarihi: 15.04.2018)
- TAN, Turgut (2005). “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”. Danıştay ve İdari Yargı Günü, Sempozyum, 137.Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:72, <http://www.danistay.gov.tr> /Erişim Tarihi: 17.04.2018)
- TAŞDÖKEN, Serdar (2012).“Elektrik Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayırıştırılmasının Yeni TTK Açısından Değerlendirilmesi”. <https://www.dunya.com/gundem/elektrik-dagitim-ve-perakende-satis-faaliyetlerinin-hukuki-haberi-187311> (Erişim Tarihi: 14.09.2019).
- TUTUŞ, Ayla (2006). “Türkiye’de Elektrik Enerjisinin Tarihsel Gelişimi ve Yeni Piyasa Düzeni İçerisinde Hidroelektrik Enerjinin Yeri”. TMMOB Su Politikaları Kongresi, TMMOB Su Politikaları Kongresi Bildiriler Kitabı, C.1, Ankara.s.318-330, <http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/9136.pdf> (Erişim Tarihi:24.10.2018)
- TÜSİAD Enerji Stratejisi Dizisi-3 (2008). “Türkiye Elektrik Piyasası İçin Özelleştirme Önerileri”. s.43. <https://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/4007-tusiad-enerji-stratejisi-dizisi---3> (Erişim Tarihi:12.11.2018)
- WHINSTON MD (2015). “Lectures on Antitrust Economies”. MIT Press, Cambridge <http://sites.northwestern.edu/csio/files/2015/08/2003-CSIO-WP-0039-1ag1x1j.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2018).

YAZICI, Hakkı Alper (2013). “Yeni Türk Ticaret Kanununda Şirket Birleşmeleri”, TAAD, (14), s.807-840, <http://www.taa.gov.tr/yayin/etiket/sirketler-hukuku/> (Erişim Tarihi: 23.04.2018.)

<http://www.actecon.com/>
<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/www.anayasa.gov.tr>
<http://www.americaslibrary.gov>
<http://www.botas.gov.tr/>
<https://www.britannica.com/>
www.danistay.gov.tr
<http://dergiler.sgb.gov.tr/>
<https://dictionary.cambridge.org/>
<http://www.dunyabulteni.net>
<http://edisonlightglobes.com>
<http://www.emo.org.tr>
<http://www.energycharter.org/>
<http://www.epdk.gov.tr/>
<http://www.eppen.org/>
<http://www.etimolojiturkce.com>
<http://www.euas.gov.tr/>
<https://www.ferc.gov/>
<https://fossil.energy.gov/>
<http://www.gracesguide.co.uk>
<https://www.iea.org/>
<http://www.idarehukuku.net/>
<http://www.iif.com.tr/>
<https://www.ilbank.gov.tr>
<http://www.imo.org.tr/>
<http://www.irena.org/>
<http://www.journals.istanbul.edu.tr>
<http://naturalgas.org/>
<http://www.msydergi.com/>
<https://openknowledge.worldbank.org>
<http://www.rekabet.gov.tr>
<http://sites.northwestern.edu/>
<http://www.sobiad.org/>
<http://www.sosyoekonomijournal.org/>
<https://supreme.justia.com/>
<http://www.tapdk.gov.tr/>
<http://tbmm.gov.tr/>
<http://www.teias.gov.tr>
<http://www.tdk.gov.tr>
<http://www.tespam.org/>
<http://www.todaie.edu.tr>
<http://tusiad.org/tr/>
<http://www.universetoday.com>
<https://www.worldenergy.org/>
<http://www.yildirimkoc.com.tr>

ÖZGEÇMİŞ
Bekir ÇELİKDEMİR

Eğitim :

Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Doktora Programı

Eylül 2013- Devam ediyor.

Brunel Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Londra/İngiltere)

Yüksek Lisans- Avrupa ve Uluslararası Ticaret Hukuku

Eylül 2008- Ekim 2009

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Lisans Öğrenimi

Ekim 1995- Eylül 1999

Elazığ Merkez Endüstri Meslek Lisesi

Elektrik Bölümü

Eylül 1991-Haziran 1994

Mesleki Denevim :

1- TÜBİTAK - Avukat-Hukuk Müşaviri

Ağustos 2014- Devam ediyor.

2- Çiftçi Avukatlık Bürosu – Yönetici Avukat

Mart 2013-Mart 2014

3- Eksim Yatırım Holding- Hukuk Müşaviri

Mart 2010-Mart 2013

3- Kocaeli Büyükşehir Belediyesi İSU Genel Müdürlüğü- Avukat

Ekim 2004-Mayıs 2007

4- Çiftçi Avukatlık Bürosu –Avukat

Mart 2003-Ekim 2004

5- Çiftçi Avukatlık Bürosu – Avukatlık Stajı

Ocak 2000-Şubat 2001

Yabancı Dil

İngilizce (Professional)