



EPDK MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE ENERJİ PİYASASINDA ÖNLİSANS VE LİSANS DÖNEMLERİNDE PAY DEVİRLERİ

Yönetici Ortak Av. Hasan Zihni Gönen, Avukat Başak Eser

I. Giriş

Enerji Piyasası Kanunu (“**Kanun**”) kapsamında belirlenmiş faaliyetlerde bulunmak isteyen tüzel kişilerin faaliyetine başlamadan önce bu Kanun ve Yönetmelik kapsamındaki istisnalar hariç, her faaliyet için lisans almakla yükümlü kılınmıştır. Elektrik piyasasındaki önlisans ve lisanslandırma uygulamalarına ilişkin usul ve esaslar ise Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği’nde (“**Yönetmelik**”) düzenlenmiştir. Kanun’un 6. Maddesi ve Yönetmeliğin 5. Maddesi uyarınca üretim faaliyetiyle işgal edecek tüzel kişinin önlisans almak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Elektrik piyasası düzenlemeleri, elektrik enerjisi lisansına sahip anonim veya limited şirketlerin hisse devirlerini belirli koşullara tabi kılarak, Enerji Piyasası Kurulu'nun (“**Kurul**”) iznine bağlamıştır.

Bu çalışmada da Kanun ve Yönetmelik kapsamında önlisans ve lisans döneminde pay devrine ilişkin getirilen düzenlemelere ve istisnalarına değinilecektir.

SHARE TRANSFERS DURING PRE-LICENSE AND LICENSE PERIODS IN THE ENERGY MARKET WITHIN THE FRAMEWORK OF EMRA LEGISLATION

Managing Partner Atty. Hasan Zihni Gönen, Associate Atty. Başak Eser

I. Introduction

Under the Energy Market Law (“**Law**”), legal entities wishing to engage in specified activities are obliged to obtain a license for each activity, except for the exceptions within the scope of this Law and the Regulation, before commencing their activities. The procedures and principles regarding pre-licensing and licensing practices in the electricity market are set out in the Electricity Market Licensing Regulation (“**Regulation**”). Pursuant to Article 6 of the Law and Article 5 of the Regulation, a legal entity that will engage in generation activities is obliged to obtain a preliminary license.

Electricity market regulations subject the share transfers of joint stock or limited liability companies holding electricity licenses to certain conditions and to the permission of the Energy Market Board (“**Board**”).

In this study, the regulations and exceptions regarding the share transfers during the preliminary license and license period within the scope of the Law and the Regulation will be analyzed.

II. Önlisans Döneminde Pay Devrine İlişkin Kısıtlamalar

Yönetmelik'in 12. Maddesi uyarınca önlisans başvurusunda bulunmak isteyen tüzelkişilerin sağlaması gereken şartlardan biri de tüzel kişinin esas sözleşmesinde önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin hükme yer verilmesidir. Türk Ticaret Kanunu uyarınca tanınan devir serbestisinin engellenmesi için şirket esas sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme getirilmesi zorunlu tutulmuştur. Böylece üçüncü kişilere önlisans aşamasında yapılacak hisse devrinin önüne geçilmiştir.

Kanun'un 6. Maddesi ve Yönetmelik'in "Önlisansın sona ermesi ve iptali" başlıklı 19. Maddesi ile, 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 önlisansın iptal olacağı düzenlenmiştir.

Yönetmelik'in "Pay Devirleri" başlıklı 57. maddesi ile de bu düzenlemeye paralel olarak Lisans alınıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değiştirilmesi, paylarının devri ve payların devrini doğuracak iş ve işlemler yasaklanmıştır.

Bununla beraber, bu katı pay devri yasağına Yönetmelik'in 57. Maddesinin 1. fıkrası ile birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu maddeye göre aşağıdaki durumlar önlisans döneminde pay devri yasağına istisna oluşturmaktadır:

- Halka açık olan 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 değişiklikleri,
- Uluslararası antlaşmalar kapsamında kurulması öngörülen tesisler için önlisans verilen tüzel kişilerin pay devri,
- Önlisans sahibi bir tüzel kişinin ortaklık yapısında, yurt dışında kurulmuş olan

II. Restrictions on Share Transfer during the Pre-License Period

Pursuant to Article 12 of the Regulation, one of the conditions to be met by legal entities wishing to apply for a pre-license is to include a provision in the articles of association of the legal entity that the shareholding structure of the company cannot be changed during the pre-license period. In order to restrict the freedom of share transfer granted under the Turkish Commercial Code, it is mandatory to include such a provision in the articles of association of the company. Thus, the share transfers to third parties during the pre-license period is prevented.

Article 6 of the Law and Article 19 of the Regulation titled "Termination and cancellation of the pre-license" stipulates that the pre-license shall be canceled in the event of a direct or indirect change in the shareholding structure of the legal entity holding the pre-license, transfer of shares or merger and division of shares, except for the reasons of succession and bankruptcy, until the license is obtained, with the exceptions specified.

Article 57 of the Regulation titled "Share Transfers" prohibits the direct or indirect change of the shareholding structure of the legal entity holding pre-license, share transfers, and transactions that will lead to the transfer of shares, except for the reasons of inheritance and bankruptcy, until the license is obtained.

However, certain exceptions to this strict share transfer prohibition have been introduced by paragraph 1 of Article 57 of the Regulation. According to this article, the following situations constitute exceptions to the share transfer prohibition during the pre-license period:

- Changes in the shareholding structure of public legal entities and legal entities with a publicly traded legal entity shareholder, resulting from the shares of the said shareholder, limited to its publicly traded shares,
- Legal entities given pre-license for facilities foreseen to be established within the scope of international agreements,
- Indirect shareholding changes that occur in the shareholding structure of a legal entity holding a

ortakların ortaklık yapılarında oluşan değişiklikler sebebiyle gerçekleşen dolaylı pay sahipliği değişiklikleri,

- Önlisans sahibi tüzel kişi ile bu tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı tüzel kişi ortaklarının paylarının halka arz edilmesi kapsamında, söz konusu önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında oluşacak doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri,
- Pay sahiplerinin rüçhan haklarının kullanımına bağlı olarak önlisans sahibi tüzel kişinin mevcut ortakları arasında oluşan pay değişiklikleri sebebiyle, söz konusu önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında gerçekleşen doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri,
- Önlisans sahibi tüzel kişinin önlisansına derç edilmiş tüm dolaylı pay sahiplerinin pay oranları değişmeksizin doğrudan ortak haline gelmesi sonucunu doğuran değişiklikler ile tüm doğrudan pay sahiplerinin pay oranları değişmeksizin dolaylı pay sahibi haline gelmesi sonucunu doğuran değişiklikleri,
- Özelleştirme programında yer alan önlisans sahibi tüzel kişinin kamu uhdesindeki paylarının satış veya devri nedeniyle ilgili önlisans sahibi tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısında oluşan değişiklikleri,
- Önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında doğrudan veya dolaylı paya sahip mevcut ortakları arasında ilgili önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında kontrol değişikliği oluşturmayacak şekilde yapılan doğrudan veya dolaylı pay değişiklikleri,
- Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan önlisans sahibi tüzel kişilerin ortaklık yapısında, kamu kurum ve kuruluşu niteliğini haiz ortak dışında yeni ortak alınmamak kaydıyla, sermaye artışı ve/veya ortakların değişmesinden kaynaklanan doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri,

pre-license due to changes in the shareholding structure of its shareholders established abroad,

- Direct or indirect changes in the shareholding structure of a legal entity holding a pre-license, within the scope of the public offering of the shares of the legal entity's direct or indirect legal entity shareholders,
- Direct or indirect changes in the shareholding structure of a legal entity holding a pre-license due to the share transfer between the existing shareholders of such legal entity holding a pre-license, due to the use of priority rights of the shareholders,
- Changes that cause all indirect shareholders to become shareholders without changing the share ratios of the legal entity holding a pre-license, and changes that result in all direct shareholders becoming indirect shareholders without changing their share ratios,
- Changes in the shareholding structure of a legal entity holding a pre-license directly or indirectly due to the sale or transfer of the public shares of such legal entity participating in the privatization program,
- Direct or indirect share transfers made between shareholders of a pre-license holder, who already directly or indirectly hold shares of such legal entity's shareholding structure, in a manner that does not create a change of control in the shareholding structure of the legal entity holding a pre-license,
- Direct or indirect shareholding structure changes in the shareholding structure of legal entities holding a pre-license, more than half of the share capital of which are directly or indirectly owned by public institutions and organizations, on the condition that new shareholders are not introduced other than the shareholder with the characteristics of public institutions and organizations, resulting from share capital increase and/or change of shareholders,

- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında, önlisans sahibi tüzel kişi ile bu tüzel kişinin doğrudan ve dolaylı tüzel kişi ortaklarının kendi paylarını iktisap etmesi sonucu, söz konusu önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında gerçekleşen doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri,
- **Yurt dışında kurulmuş tüzel kişilerce veya bu tüzel kişilerce kontrol edilen ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında kurulmuş tüzel kişiler tarafından, yurt dışı kaynak kullanılması suretiyle önlisans sahibi tüzel kişilikte gerçekleştirilen doğrudan veya dolaylı pay edinimleri,**
- Önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında doğrudan veya dolaylı paya sahip olan ve eşler ile aralarında birinci derece kan hısımlığı bulunan gerçek kişiler arasında yapılan pay devirleri sonucunda söz konusu önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında gerçekleşen doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri,
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yönetimine el konulan önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında gerçekleşen doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri,
- YEKA için verilen önlisanslarda önlisans sahibi tüzel kişinin doğrudan ve/veya dolaylı ortaklık yapısı değişiklikleri.
- Within the scope of the provisions of the Turkish Commercial Code numbered 6102, the direct or indirect changes in the shareholding structure of a legal entity holding a pre-license, as a result of direct and indirect acquisition of their own shares by such legal entity and shareholders of such legal entity,
- **Direct or indirect share acquisitions in a legal entity holding a pre-license by using foreign resources, carried out by legal entities established abroad or by legal entities controlled by these legal entities and established pursuant to the Turkish Commercial Code numbered 6102,**
- Direct or indirect changes in the shareholding structure of a legal entity holding pre-license, as a result of the share transfers between the spouses and individuals who have a direct or indirect share in the shareholding structure of such legal entity with first degree blood kinship,
- Direct or indirect changes in the shareholding structure of a legal entity holding a pre-license whose management was seized by the Savings Deposit Insurance Fund,
- Direct and / or indirect changes in the shareholding structure of a legal entity holding a pre-license issued for YEKA.

Bu noktada en önemli istisnalardan biri de Yurt dışında kurulmuş tüzel kişilerce veya bu tüzel kişilerce kontrol edilen tüzel kişiler tarafından, yurt dışı kaynak kullanılması suretiyle önlisans sahibi tüzel kişilikte gerçekleştirilen doğrudan veya dolaylı pay edinimlerine ilişkin olmuştur. Yönetmelik'in 57. Maddesinin 1. Fıkrasının 1 bendi ile ülkemizin yabancı yatırıma ihtiyaç duyduğu dönemde Kurul yabancı yatırıma teşvik etmek gayesiyle hisseleri yabancı yatırımcıya devredilmesi veya finanse edilmesi hallerinde önlisans dönemindeki hisse devrine ilişkin sınırlamalara çok önemli bir istisna getirilmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu istisna doğrudan uygulanabilir; bir başka ifade ile koşulsuz bir istisna değildir. Yönetmelik'in 57(1) maddesindeki koşulların

At this point, one of the most important exceptions is related to direct or indirect share acquisitions in the pre-license holder legal entity by legal entities established abroad or legal entities controlled by these legal entities, by using foreign resources. With subparagraph 1 of paragraph 1 of Article 57 of the Regulation, a rather important exception to the restrictions on the transfer of shares during the pre-license period has been introduced by the Board in cases where shares are transferred to or financed by a foreign investor in order to encourage foreign investment during the period when our country needs foreign investment. However, it is important to note that this exception is not directly applicable; in other words, it is not an unconditional exception. Whether the conditions in Article 57(1) of the

gerçekleşip gerçekleşmediği ilgililer tarafından yapılacak başvuruya istinaden Kurum'un yapacağı incelemeye tabidir.

III.Lisans Döneminde Pay Devrine İlişkin Kısıtlamalar

Lisans verilerek kamu görevinin devredildiği şirketin ortaklık yapısının ve kontrolünün de idarenin gözetimi ve denetimi altında olması gerektiğinden yola çıkarak belirli bir oranın üzerinde pay devirlerinin yapılabilmesini Kurul iznine tabi tutmuştur. Kanun'un 5. maddesinin 3. Fıkrasına göre, Elektrik Piyasası'nda faaliyet gösteren lisans sahibi tarifesi düzenlemeye tabi olan tüzel kişilerden halka açık şirketlerde %5, diğer şirketlerde ise %10 ve bu nisapları aşan sermaye payı değişikliklerinde şirket tarafından Kurul'dan izin alınması gerekmektedir.

Yine Kanun'a paralel olarak, Yönetmelik'in 57. Maddesinin 2. Fıkrası ile 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 işlemlerin Kurul onayına tabi olduğu düzenlenmiştir.

Kanun ve Yönetmelik metninde yer alan halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan azlık pay oranlarıdır. Bu oranlarda paylara sahip olan pay sahipleri şirketin işleyişini ve hatta kontrolünü etkileyebilecek ilave haklara sahip olmaktadır. Bu nedenle yukarıda belirtilen oranlar ve üzerindeki pay devirleri önemli sayılmış ve Kurul iznine tabi tutulmuştur.

Kanun'un yine 5. Maddesinin 3. Fıkrası ile izin yükümlülüğü getirmiş olduğu bir diğer husus ise lisans sahibi bir şirketin uhdesinde bulunan tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi anlamına gelebilecek her türlü iş ve işlemin gerçekleştirilebilmesi için öncelikle Kurul'dan izin alınması gerekesidir.

Regulation are met or not is subject to the examination to be made by the Authority based on the application to be made by the relevant parties.

III. Restrictions on Share Transfers during the License Period

Based on the fact that the shareholding structure and control of the company to which the public duty is transferred by granting a license should also be under the supervision and control of the administration, the Board has subjected the transfer of shares above a certain percentage to the permission of the Board. Pursuant to Article 5, Paragraph 3 of the Law, among the legal entities operating in the Electricity Market that are subject to tariff regulation, these companies are required to obtain permission from the Board for capital share changes exceeding 5% in publicly traded companies and 10% in other companies.

Parallel to the Law, Paragraph 2 of Article 57 the Regulation stipulates that the direct or indirect acquisition by a natural or legal person of shares representing ten percent or more of the capital of a legal entity holding a license, or five percent or more of the shares representing five percent or more of the capital of publicly traded companies, and share transfers that result in a change of control in the shareholding structure of the legal entity, or other transactions that result in this result, independent of the aforementioned capital share changes, are subject to the approval of the Board.

The minority shareholding ratios set forth in the text of the Law and the Regulation are five percent in publicly traded companies and ten percent or more in other companies, which are the minority shareholding ratios set forth in the Turkish Commercial Code. Shareholders holding shares at these rates have additional rights that may affect the operation and even control of the company. For this reason, share transfers at or above the aforementioned ratios are considered significant and are subject to the Board's approval.

Another issue that the Law also imposes a permission obligation under Paragraph 3 of Article 5 is that the Board's permission is required for all kinds of transactions and operations that may mean a change in the ownership or right of use of the facilities under the control of a licensee company.

Son olarak, Yönetmelik'in 57. maddesinin 2. fıkrası ile, tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahibi tüzel kişilerin payları üzerinde rehin tesis edilmesi ile bu tüzel kişilere ilişkin hesap rehni tesis edilmesinin her defasında Kurul'un onayına tabi olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu madde ile dağıtım şirketleri için verilecek hisse rehinleri Kurum'un iznine tabi tutulmuştur.

Yönetmelikteki düzenlemeler ile Kanun'da belirtilen unsurlar arasında iki farklılık bulunmaktadır. İlk olarak, Yönetmelik'te, Kurul izni gerektiren konular arasında pay devri yanında rehin işlemi de yer alırken, daha geniş haklar tanıyan intifa haklarından bahsedilmemiştir. Ancak, Kanun'un açık hükmüne göre, rehin işlemi yanında intifa hakkının tesis edilmesi ve bu hakların devri de Kurul iznine tabi tutulmuştur. Diğer bir fark ise, Yönetmelikte yer alan "onay" ifadesinin Kanunda geçen "izin" ifadesiyle farklı olmasıdır. İzin ve onay kavramları, işlemlerin zamanlaması açısından farklılık gösterirler. İzin, işlemin gerçekleşmeden önce alınmalıdır, ancak onay, işlemin gerçekleşmesinin ardından uygunluğun teyidini içerir. Dolayısıyla, mevcut durumda, Kanun ve Yönetmelikte belirtilen şartları içeren işlemlerde, Kurul izni önce alınmalıdır, çünkü Kanunda izin ifadesi kullanılmıştır.

IV.Sonuç

Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği uyarınca elektrik piyasasında faaliyet göstermek isteyen ve gösteren tüzel kişilerin pay devrine ilişkin birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bu düzenlemelerin amacı, elektrik piyasasında lisans sahibi şirketlerin kontrolünün belirli şartlar altında tutulması ve lisans başvurusu yapamayacak olan kişilerin, pay devri yoluyla piyasaya girişlerinin önlenmesidir. Bu sayede, sektördeki rekabetin sağlıklı bir şekilde devam etmesi ve piyasadaki denge ve güvenin korunması hedeflenmektedir. Bununla beraber bu katı sınırlamaya Kanun ve Yönetmelik tarafından birtakım istisnalar getirilmiştir. Elektrik piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilerin, gerçekleştirecekleri yatırımları planlarken bu çalışmada değinilen sınırlamaları göz önünde bulundurmaları sağlıklı bir yatırım süreci yürütmek için oldukça önemlidir.

Finally, paragraph 2 of Article 57 of the Regulation stipulates that the establishment of a pledge on the shares of the license holder legal entities whose tariffs are subject to regulation and the establishment of account pledges for these legal entities are subject to the approval of the Board each time. Therefore, with this article, share pledges to be given for distribution companies are subject to the permission of the Board.

There are two differences between the Regulation and the elements set forth in the Law. First, while the Regulation includes pledge transactions as well as share transfers among the matters requiring the Board's permission, right to use, which grant broader rights, are not mentioned. However, according to the express provision of the Law, the establishment of right to use and the transfer of these rights are also subject to the Board's permission. Another difference is that the term "approval" in the Regulation is different from the term "permission" in the Law. The concepts of permission and approval differ in terms of the timing. Permission must be obtained before the transaction takes place, whereas approval involves confirmation of compliance after the transaction has taken place. Therefore, in the current situation, for transactions involving the conditions specified in the Law and the Regulation, the Board's authorization must be obtained first, because the Law uses the term permission.

IV. Conclusion

Pursuant to the Electricity Market Law and the Electricity Market License Regulation, certain restrictions have been imposed on the transfer of shares by legal entities wishing to and operating in the electricity market. The purpose of these regulations is to keep the control of the companies holding licenses in the electricity market under certain conditions and to prevent the entry of persons who cannot apply for a license to the market through share transfer. In this way, it is aimed to maintain healthy competition in the sector and to preserve the balance and safety in the market. However, the Law and the Regulation provide for certain exceptions to this strict limitation. It is very important for the legal entities that will operate in the electricity market to consider the limitations mentioned in this study while planning their investments in order to carry out a healthy investment process.