



ELEKTRİK PİYASASI DÜZENLEMELERİ AÇISINDAN PROJE FİNANSMAN SÖZLEŞMELERİNDE ESASLI OLUMSUZ ETKİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

CENGİZ GÜNEŞ

**ENERJİ HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ YÖNETİM
KURULU ÜYESİ**

ENERJİ VE ALTYAPI YATIRIM UZMANI

26.02.2024

ELEKTRİK PİYASASI DÜZENLEMELERİ AÇISINDAN PROJE FİNANSMAN SÖZLEŞMELERİNDE ESASLI OLUMSUZ ETKİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

GİRİŞ

Proje; belirlenen hedeflerin, sınırlı kaynaklarla ve belli bir sürede gerçekleştirilmesini sağlamak üzere planlanan faaliyet ve alt faaliyetler bütünüdür, ilgili hedeflerin gerçekleştirilmesi için projeye özgü kurulan şirkete, proje şirketi denilmektedir. Proje şirketinin varlıkları proje ile ilgili olarak almış olduğu haklar (ön lisans, izin, ruhsat) ve şirket kuruluşunda taahhüt edilip ödenen sermayedir. Projelerin öz kaynakla finansmanı sınırlı olduğundan kaldırıcı işlemlere başvurulması proje finansmanının temel yapısı gereğidir ve saf anlamda proje finansmanı, yatırım bedeli ile işletme maliyetlerinin proje gelirleri ile karşılandığı, finansörler tarafından proje varlıklarının ve nakit akışlarının teminat kabul edildiği ve proje varlık ve/veya gelirleri dışında kaynak ve teminat gerektirmeyen finansman biçimidir.

Diğer taraftan proje şirketi dışında ortaklardan ve/veya grup şirketlerinden de teminat alınması da uygulamada sıkça rastlanan durum olup bu yapı kurumsal ya da yapılandırılmış finansmana girmektedir. Finansman hukuku açısından da kredi sözleşmeleri ve finansman belgeleri bu yapılar ve ilgili mevzuat üzerine kurulur. Kreditörler tarafından teminatlar alınmış olmakla birlikte kredi alan şirketin düzenlenen bir piyasada yer alması, bağımsız idari otorite tarafından da tanınan teminat dışı yasal mekanizmaların kurulmasını ve finansörlere belli konularda esneklik tanınmasını gerekli kılmıştır.

Proje finansmanını sağlayan taraflara kredi sözleşmesi ve finansal belgeler dışında mevzuatta belli düzenlemelerle haklarının kurala bağlanması, enerji ve altyapı projelerinin yapılması ve garantiler nedeniyle uygun finansman koşullarının sağlanması açısından da önemlidir. Enerji ve altyapı projelerinin yüksek finansman gerektirmeleri ve yapım sürelerinin göreceli olarak uzun olması, tek bir kreditorü aşan ve konsorsiyum olarak finanse edilmesini gerektiren yapısı, yatırım ve işletme dönemi risklerini dağıtan ilkelerin dikkate alınmasını zorunlu kılan özellikleri ve kamusal anlamda arz güvenliği açısından projelerin yapım ve işletiminde sürekliliğin sağlanması hedefleri, mevzuatta kreditorlerle ilgili garanti ve proje finansman düzenlemelerini gündeme taşımıştır. Özellikle alım garantili proje finansmanından piyasa tabanlı proje finansmanına geçişte bu tür düzenlemeler projelerin gerçekleştirilmesi ve finansman bulunması için gerekli olmuştur. İdare açısından da yatırımların veya işletmede olan tesislerin kül halinde faaliyetine devam etmeleri arz güvenliği ve kamu hizmetinin aksamaması önemlidir.

Projelerle ilgili elektrik piyasasında çeşitli risk unsurları söz konusu olup başlıca riskler; yatırım döneminde, tamamlanma riski, mevzuat riski, kur riski, faiz riski, beklenmeyen giderler, zemin koşullarında ortaya çıkan olağanüstü haller nedeniyle maliyet artışları vb. risklerdir, işletme döneminde; miktar riski, fiyat riski, mevzuat riski, yağış riski, yakıt fiyatlarında artış riski vb. risklerdir. Tamamlanma riski finansörler için en önemli riskler arasındadır, zira tesisin tamamlanması tesisin nakit üretmesi ve finansöre anapara ödemelerinin başlamasını ifade eder.

1. TANIM VE KAPSAM

Esaslı olumsuz etki; sürekli borç ilişkisinin ifası esnasında borç ilişkisinin temelini çökmemesi ile birlikte proje/kurumsal finansman kredisi kullanan tüzel kişi borçlu ile bu krediye bağlı diğer garantörlerin, hukuki ve/veya mali durumunun, ticari faaliyetlerinin, varlıklarının,

teminatlarının veya nakit akışlarının, sözleşmenin bağitlandığı veya tarafların kararlaştırdığı tarihteki durumlarına göre kısmen veya tamamen olumsuz bir şekilde etkilenmesine ve bunun sonucunda a) kredi faiz ve/veya anapara ödemelerinin aksamasına yol açan, b) kredi teminatlarının değerini kısmen veya tamamen olumsuz yönde değiştiren c) projenin sözleşme tarihindeki verilerinden olumsuz sapma gösteren, bu kapsamda sözleşmenin yürütülmesini sakatlayan/ortadan kaldıran ve/veya sözleşmenin yürütülmesi kredi verene göre riske eden olay ve durumlardır.

Bu durumlar, tüzel kişi borçlu ile diğer borçluların, kamu idareleri veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin faaliyetin yürütülmesi ile ilgili yol açtığı (mücbir sebep veya beklenmeyen haller dışındaki) herhangi bir durum veya olay ile sözleşme tarafı tüzel kişi borçlu ile diğer borçluların finansman belgelerindeki, teminat ve taahhütnameler ile ödeme yükümlülüklerini sözleşmede belirlenen zaman veya usule uygun olarak yerine getirme yeteneğini kısmen ve/veya tamamen ortadan kaldıran yahut zorlaştıran veya kreditor tarafından tek taraflı ve iyi niyetli olarak borçlunun durumuna ilişkin yapılan objektif değerlendirmelerde, yükümlülükleri ile ilgili olarak risk emarelerinin bulunduğunun tespit edildiği herhangi bir durum/olaylar ifade edilmektedir.

Dikkat edileceği üzere esaslı olumsuz etki yaratan olayın/durumun, borçlunun borcunu ödemesini, yükümlülüklerini zamanında ve usulüne uygun olarak yerine getirme ve finansman belgelerinin hukuken icra edilebilme yeteneğinin kısmen de olsa sakatlandığı durumlarda borçluya tanınan düzeltme süreleri içinde düzeltilmemesi, alacaklının düzeltilemeyeceğine ilişkin kanaate varmasına ilişkin olay ve durumlardır. Buna göre borçlunun yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi, zamanında yerine getirmeme riskinin bulunması, finansman belge ve hükümlerinin uygulanmama riskinin bulunması şeklinde üç özellik karşımıza çıkmaktadır.

2

Burada şu konuyu belirlemek gerekir; sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü haller, harp, ülkeyi sarsan ciddi ekonomik krizler, enflasyonda ani ve aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, sonucu para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağıllığın beklenemeyeceği durumlar esaslı olumsuz etki tanımı dışındadır. Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasının önemli ölçüde güçleşmesi durumunda “işlem temelinin çökmesi” gündeme gelir ve bu durumda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve sözleşmeye müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. Esaslı olumsuz etki işlem temelinin çökmesinden farklı ve taraflarca sözleşme ile ilgili borç ilişkisine konu faaliyete göre çerçevesi çizilen, tarafların mutabık olduğu ve sonuçlarının sözleşmede yer aldığı olay ve durumları ifade etmektedir.

Mücbir sebep halleri dışında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak tesislerin onaylanmış yatırımını/işletmesini zorlaştıracı, engelleyici, önleyici, durdurucu, geciktirici etki yapan veya lisans sahibi tüzel kişinin ön lisans/lisans kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesinin süresini, maliyetini artırma etkisi bulunan tüm gayretin gösterilmesine karşın önlenemeyecek, giderilemeyecek konular ön lisans/lisans sahibi tüzel kişi için haklı nedenlerdendir. Haklı nedenler uygulamada esaslı olumsuz etki sonucunu doğuran özellikler taşıyabilmektedir. Haklı nedenler sözleşmenin yürütülmesini sakatlayan bir sonuç olarak ortaya çıkabilmektedir. Ön lisans/lisans sahibi tüzel kişiden kaynaklanmayan haklı sebeplere sektör tecrübelerimize göre aşağıdaki konuları örnek gösterebiliriz.

a) Ön lisans/lisans sahibi tüzel kişinin tesis inşaatı ile ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşlarının

herhangi birinin lisans sahibi tüzel kişi ile arasındaki herhangi bir sözleşmeden/mevzuattan doğan yükümlülüğünü ihlal etmesi;

b) Kamu kurum veya kuruluşu tarafından yapılan veya sebep olunan ve lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan doğan tüm hak ve yükümlülüklerini eksiksiz olarak kullanmasını ve yerine getirmesini engelleyen işlemler;

c) Ön lisans/lisans yürürlük tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinde, bu tarihten sonra çıkarılan yeni mevzuat hükümleri de dâhil olmak üzere yapılan değişiklikler;

ç) Kamu kurum ve kuruluşları veya herhangi bir merkezi veya mahalli resmi makamın tesislerin; yapılması, finanse edilmesi veya işletilmesi için kendi tasarrufları dâhilinde bulunan bütün yasal izinleri, hakları, onayları vermemesi, geciktirmesi, kurulması gereken komisyonlara atama yapmaması,

d) Ön lisans sürecinde alınan yasal izin onay ve/veya sözleşme ile bağitlanan hakların lisans tarihinden sonra yapım süresinde idari karar ve uygulamalarla veya yargı kararı ile iptal edilmesi.

Dikkat edileceği üzere borçlu şirketin faaliyeti ile ilgili olarak şirket dışında gelişen tasarruflar nedeniyle faaliyetin yürütülememesi, gecikmeler meydana gelmesi vb. haklı nedenlere dayalı sonuçlar esaslı olumsuz etkiye yol açabilecek özelliklerdendir.

Tüzel kişiler lisans verilmesine esas olan gerekli izin, onay, ruhsat ve benzerlerinin geri alınması, kaldırılması, sonlandırılması, yürütmesinin durdurulması veya iptal edilmesi durumlarını en geç bir ay içerisinde Kuruma bildirmek ile yükümlüdür. Üretim lisansı sahibinin hak ve yükümlülükleri Madde 30/2-1) Aynı şekilde durumun borç verene de bildirilmesi konusunda kredi sözleşmelerinde hükme yer verilmektedir.

2.ESASLI OLUMSUZ ETKİNİN ÖZELLİKLERİ:

2.1.Olaya Muhatap Taraflar:

Esaslı olumsuz etkinin doğması halinde sonuçlarına muhatap olan taraf temelde proje sahibi ve kredi borçlusu olan tüzel kişidir. Fakat proje finansmanında projeye özgü durumlar doğabilmekte ve garantör vb. farklı kişi veya kişiler de esaslı olumsuz etkiye maruz kalarak sonuçlarından etkilenilmekte garanti ettiği konular bakımından da asıl borçlu proje şirketi ve banka teminatlarını etkileyebilmektedir. Elektrik piyasası düzenlemeleri bakımından konuyu ele aldığımızda lisans sahibi tüzel kişi olduğundan asıl borçlu, limitet veya anonim şirkettir. Eğer kredi konusu proje ve borcun gerçek ve/veya tüzel kişi garantörü varsa esaslı olumsuz etkinin sonuçlarına bu garantörler de taraf olabilmektedir. Öte yandan esaslı olumsuz etkinin sonuçları bakımından gerekli telafi mekanizmaları hayata geçirmekle yükümlü olanlar ise projenin finansmanını yükümlenen ve borcun alacaklısı olan finansman sağlayıcı kuruluşlar, kreditorlerdir.

2.2.Olayın Faaliyete ve Yükümlülüklerle İlişkin Sonuçları:

Esaslı olumsuz etki yaratan olayın faaliyete etkisinin değerlendirilmesinde tüzel kişi borçlu ile bu krediye bağlı diğer garantörlerin, kredi sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra projenin yürütülmesi ile ilgili olarak hukuki ve mali durumunun, ticari faaliyetlerinin, varlıklarının veya nakit akışlarının, sözleşmenin bağitlandığı günkü durumlarına göre kısmen veya tamamen olumsuz bir şekilde etkilenmesi, bu etkilenmenin alacaklı kreditorle karşı yükümlülüklerin zamanında veya kararlaştırılan usule uygun yerine getirilmemesi sonucunu doğurması veya ödeme gücü ve risklerini etkin şekilde yönetme yeterliliği üzerinde olumsuz etki yaratması gerekmektedir.

Diğer taraftan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin, üzerinde olumsuz etki yaratan yukarıda belirtilen konular dışında olayın doğrudan veya dolaylı olarak kredi sözleşmesi ve ek sözleşmelerle alınan taahhütlerin kısmen ve/veya tamamen sakatlanması, proje/kurumsal finansman yapısının bozulması ile teminatların değer kaybı durumu da esaslı olumsuz etki kapsamındadır.

2.3.Olayın Kredi Sözleşmesinin Yürütülmesine Etkisi:

Finans belgeleri ile ilgili olarak projeyi önemli ölçüde olumsuz olarak etkileyen durum ya da olayın ve/veya bunların etkilerinin kaldırılmasına yönelik olarak yasal veya idari (veya taraflarca sözleşme ile kabul edilmiş düzeltme süreleri saklı kalmak üzere) yönden projeyi, finans belgelerini ya da finans belgeleri çerçevesinde kredi verenlerin sahip olduğu hak ve imkânları, hak ve imkânların geçerliliğini, icra edilebilirliğini, hakların ileri sürülebilmesini, teminat belgeleri ile kurulmuş olan teminatların sırasını ve/veya kredi verenlerin sahip olduğu hak ve imkânları ve bu hak ve imkânların hukuka uygunluğunu, geçerliliğini, icra edilebilirliğini, ileri sürülebilmesini etkileyen durumlar esaslı olumsuz etki kapsamındadır.Örneğin; projenin yürütülmesi ile ilgili olarak yetkili makamlardan alınan ve faaliyet için gerekli olan izin, onay, lisans, ruhsat vb. yasal belgelerin iptali, projenin ve dolayısıyla finansman sözleşmelerinin yürütülmesine engel teşkil eden hallerdir. Bu tür durumlarda yargısal süreç beklenmeksizin banka tarafından teminat mekanizmaları ile kredi kapatılabilir.

Bize göre idari para cezası gerektiren hallerden EPK'nun 16.maddesinin 1.fıkrasının (a),(b) ve (d) bentlerinde yaptırıma bağlanan fiiller esaslı olumsuz etki kapsamı dışındadır, zira bu fiiller idarenin ihtarı ile düzeltilmesi için süre verilen ve düzeltildikten sonra faaliyete devam edilebilecek haller olup esaslı olumsuz etki kapsamı dışındadır. Bu tür durumlar faaliyetin normal akışı içinde rastlanabilecek ticari hayatın olağan akışına uygun konulardır. Ancak bu tür durumların kreditora bildirim yükümlülüğü mevcuttur. Örneğin 16.maddenin 1/a bendine göre eksik yanıtıcı bilgi verilmesi durumunda ihtar ile düzeltme mümkündür veya (d) bendinde iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması durumunda otuz süre verilerek düzeltme istenilmesi durumunda düzeltme yapılarak faaliyete devam edilmesi sağlanabilir. Bağlantılı mevzuatta da örneklere rastlamak mümkündür, örneğin çevre mevzuatına uymayan bir olayın doğması durumunda kesilen idari para cezası akabinde cezayı gerektiren halin verilen süre içinde düzeltilmesi, faaliyetle ilgili bildirim yükümlülüklerinin EPDK'na yapılmaması nedeniyle kesilen idari para cezasından sonra bildirimlerin yapılması ile idari para cezalarının borçlu tarafından ödenmesi vb. durumlar buna örnek gösterilebilir. Ancak ön lisans/lisans koşullarının taşınmadığının sonradan anlaşılması, gerçek dışı belge sunulması durumunda EPK'nun 16.maddesi uyarınca lisansın iptal edilmesi idari yaptırımlar arasında sayılmakla ve idari para cezası kesilmekle birlikte kredi sözleşmelerinin yürütülmesi açısından bu durum (lisans iptali) esaslı olumsuz etki kapsamındadır. Buradan anlaşılacağı üzere uygulamada idari para cezalarının kesilmesini gerektiren fiillerin diğer idari sonuçlarının da dikkate alınması gereklidir.

3.ESASLI OLUMSUZ ETKİ, TEMERRÜT RİSKİ VE TEMERRÜT HALİ

Öncelikle belirtmek gerekirse yükümlü tarafından kreditora ibraz edilen sözleşme müzakerelerine esas proje belgelerinde belirtilen yükümlülerin mali durumlarında sözleşme tarihinde esaslı olumsuz etki yaratabilecek hiçbir olay meydana gelmediğine dair "Olumsuz Etkinin Bulunmamasına İlişkin Beyan" alınması önemlidir. Beyan ayrı bir belge olarak alınabileceği gibi sözleşmede madde olarak da yer alabilir. Bu beyan uyumsuzluk halinde

yükümlüler tarafından geçmişe yönelik ileri sürülebilecek konuların bertarafı veya ispatı açısından önemlidir.

3.1.Temerrüt Riski:

Esaslı olumsuz etkide dikkate alınan bir diğer durum borçlunun temerrüt olasılığı, diğer bir ifade ile borçlunun yükümlülüklerini önceden tanımlanmış bir sürede yerine getirememesi veya ortaya çıkan durumu düzeltmemesi olasılığıdır. Temerrüt olasılığı; nakit akışının/ varlık değerinin özelde borç servisi karşılama oranının belli bir limitin altına düşmesi ile borçlunun temerrüdünün tetiklenmesi üzerine kurulmuştur. Zira kredi verilirken ve teminatlar alınırken borçlunun varlıklarının yükümlülüklerine en azından eşit olduğu seviye alt limit olarak dikkate alınmak durumundadır. Temerrüt olasılığı, işletmelerin faaliyetlerinden kaynaklanan nakit akımı ile finansal yükümlülükleri içerisinde yer alan işletme giderleri, kredi anapara ve faiz ödemeleri ile ve Hesap Rehini Sözleşmesi uyarınca rehinli ve blokeli olan Borç Servis Rezerv Hesabı doğrudan ilgilidir. Temerrüt öncesinde bankanın olaya göre çeşitli değerlendirmeleri söz konusudur. Temerrüt olasılığı genel olarak makro veya piyasa etkileri ile veya borçlunun kişisel fiili veya yasal ve idari yükümlülüklerini yerine getirememesi nedenleri ile projenin başlangıç değerlerinin gerisine düşmesini ifade eder. Elektrik piyasasında sık rastlanan durum talebin düşmesi ile satış hedeflerine ulaşılamaması ve/veya satış fiyatlarının ön görülenden düşük gerçekleşmesi nedenleri ile beklenen satış hasılatı ve net nakdin gerçekleşmemesi veya girdi fiyatlarındaki artış nedeni ile yükümlünün borç servisi karşılama oranının düşmesi ve bloke hesaptan kredi anapara ve/veya faizini ödeyememesi durumudur.

Bankanın/finansörün incelemelerine göre, borçlu üzerinde esaslı olumsuz etki yapan bir olay veya durum ortaya çıkmışsa veya bilançoda/nakit akış tablosunda olumsuz gelişmeler meydana gelmiş ise ya da borçlunun borçluluk oranı sözleşmede tespit edilen oranın üzerinde artmış ise, borçlunun diğer bankalarla olan kredi ilişkileri sorunlu hale gelmişse, borçlu kanuni yükümlülüklerini yerine getiremiyorsa veya bankanın kanaatine (inceleme konusu yapılarak veri değerlendirilmesi sonucunda) göre borçlunun sözleşme konusu borçlarını ifaya engel bir durum ortaya çıkmışsa; bu ve benzeri durumların oluşması temerrüt riski durumu olarak kabul edilmektedir. Öz kaynak, likidite, kârlılık, aktif kalitesi, piyasa, makroekonomik göstergeler ve sektöre yönelik mevzuat düzenlemeleri proje için temerrüt riskine ilişkin başlıca göstergelerdir. Elektrik piyasasında mevzuat değişikliği ile tavan fiyat azami uzlaştırma fiyat uygulamaları veya yakıt fiyatlarının özellikle gaz santrallerinde beklenenden fazla artması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Burada yükümlünün yakın izlemeye alınması beklenir ve temerrüt riskinin üç aylık, altı aylık, yıllık veya birkaç yıllık dönemde ne şekilde gelişeceğine dair çalışma yapılır.

Yakın izlemedeki krediler esaslı olumsuz etki açısından temerrüt riskini ifade eden düzenlemeler içermektedir. “Kredilerin Sınıflandırılması ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” uyarınca; kredilendirilebilir nitelikte finansman yapısına sahip gerçek ve tüzel kişilere kullandırılmış olan, ancak, makroekonomik şartlardaki veya borçlunun faaliyet gösterdiği sektörlerdeki veya bunlardan bağımsız olarak borçluya ilişkin olumsuz gelişmeler nedeniyle borçlusunun ödeme gücünde veya nakit akımında olumsuz gelişmeler gözlenen ya da bunun gerçekleşeceği tahmin edilen krediler bu sınıftadır.

Ayrıca kredinin kullandırıldığı esnada borçlunun önemli ölçüde finansal risk taşıması gibi nedenlerle yakından izlenmesi gereken veya anapara ve/veya faiz ödemelerinin kredi sözleşmesinde yer alan şartlara uygun olarak yapılmasında sorunlar doğması muhtemel olan ve bu sorunların giderilmemesi durumunda teminatlara başvurulmaksızın borcun tümüyle tahsil

edilememe riski bulunan veya borçlusunun kredi değeri kredinin verildiği güne göre zayıflamamış olmakla birlikte düzensiz ve kontrolü güç bir nakit akımı yapısına sahip olması nedeniyle zayıflama ihtimali olan veya kredi değerliliğinin zayıflaması olarak yorumlanamayacak nedenlerle anapara ve/veya faiz ödemelerinin tahsili, vadelerinden veya ödenmesi gereken tarihlerden itibaren otuz günden fazla geciken ancak doksan günü geçmeyen veya geri ödemesi tamamen teminata bağlı olan kredilerde teminatın net gerçekleşebilir değeri alacak tutarının altına düşen kredilerdir.

3.2.Temerrüt Hali:

Genel olarak borçlunun kredi değeri bozulmuş olan veya teminatların net gerçekleşebilir değerinin veya borçlunun öz kaynaklarının borcun vadesinde ödenmesini karşılamada yetersiz bulunması nedeniyle teminata başvurulmaksızın tamamının tahsil imkânı sınırlı olan alacaklar için esaslı olumsuz etki kapsamına giren olay ve durumlar borçlunun temerrüt hallerinden olup sözleşme nedeniyle tahakkuk eden anapara, faiz ve feriler ile kreditora ödenmesi gereken diğer tüm meblağlar ve diğer ilgili belgeler çerçevesinde doğacak borçların tamamı herhangi bir ihbara gerek kalmaksızın borçlu açısından muaccel hale gelecektir. Esaslı olumsuz etkiye yol açan olay ya da durum nedeniyle borçlunun/garantörün;

- Teminatını nakde çevirmeden borçlularının aldıkları krediyi geri ödeme olasılığının kalmadığına veya bulunmadığına kanaat getirilmesi,
- Kredinin vadesi geçtiği halde doksan gün içerisinde ödenmemiş olması,
- Dönem faizlerinin taraflarca anlaşılan tarihlere kadar ödenmemiş olması, durumlarından en az birisinin oluşması temerrüt hali olarak tanımlanmaktadır.

Temerrüt halinin (temerrüt haline yol açan esaslı olumsuz etkinin) durumuna göre kreditor düzeltme ve yükümlülüğün yerine getirilmesi için ek süre verebilir, zira her olayın yükümlülüğün yerine getirilmesine etkisi aynı derecede olmayabilir. Örneğin piyasa katılımcısı olan yükümlünün ilgili ay tahsilatını EPIAŞ'tan geç yapması ve/veya parça parça yapması durumu buna örnek gösterilebilir. Temerrüt hali doğmakla birlikte süreklilik arz etmeyen ve yükümlüden kaynaklanmayan bu durumda zaten temlikli olan alacağın geç ödenmesi nedeniyle yükümlünün temerrüde düşürülmesi hakkaniyete uygun değildir. Öte yandan lisans alınmasına engel hal bulunan tüzel kişiye lisans verilmiş olması ve bu durumun sonradan ortaya çıkması ve lisans iptali hem temerrüt durumunu hem de finansman sözleşmelerinin yürütülmesine imkân bırakmayan bir fiil olduğundan temerrüt haline yol açan bir durumdur.

Diğer taraftan Lisans Yönetmeliği'nin 26/1-b maddesi uyarınca; lisans sahibi tüzel kişinin iflasının veya icra takibi sonucu üretim tesisinin satışının kesinleşmiş olduğunun tespit edilmesi veya lisans verilmesine esas şartların kaybedilmesi hâllerinde ise lisans Kurul kararıyla, sona erer. Ancak bu konuda 6.bölümde yaptığımız bankaların müdahale hakkına ilişkin açıklamalar dikkate alınmalıdır.

4.BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Borçlu esaslı olumsuz etki doğuran olayı yazılı olarak derhal kreditora veya kredi temsilcisine bildirmek zorundadır. Borçlunun finans belgelerinde yer alan yükümlülüklerini olumsuz olarak etkileyebilecek hususlara ilişkin tüm belgeleri, proje ve/veya kredi alan tüzel kişiye karşı mevcut, başlatılması öngörülen veya devam eden herhangi bir davanın, tahkimin, idari soruşturma ve işlemlerin tüm ayrıntılarını zamanında finansöre bildirmesi gerekir. Bu konuda olay temelli süreler kredi sözleşmelerinde belirlenebilmektedir. Aynı şekilde garantörlerden

herhangi birine karşı esaslı olumsuz etkiye sebep olabilecek olan herhangi bir davanın, tahkimin, idari soruşturma ve işlemlerin tüm ayrıntıları için bildirim yükümlülüğü söz konusudur.

5.ELEKTRİK PİYASASINDA UYGULAMADA KARŞILAŞILAN VE KARŞILAŞILMASI MUHTEMEL DURUMLAR

Borçlunun esaslı olumsuz etki yaratacak ve kendisini temerrüde götürecektir herhangi bir dava, tahkim prosedürü veya idari işlemin, herhangi bir mahkeme, tahkim kurulu veya başka bir makamca kendisi aleyhine bu yönde bir karar veya hüküm alınması durumunda bu durumu finansöre bildirmesi konusunda uygulamada birçok örnek karşımıza çıkmaktadır. Elektrik piyasası açısından kamulaştırma davaları normal faaliyet sonucu olduğundan bildirim dışında olması beklenir. Özellikle faaliyetin yürütülmesi ve teminat konusu unsurlarla ilgili davalar birincil önemdedir. Borçlu hakkında sermayesini temsil eden hisselerle ilişkin davalar veya ön lisanslar, lisanslar, ruhsatlar veya ÇED raporu, ÇED olumlu kararlarının veya ÇED gerekli değildir belgesinin iptali veya kamu idareleri tarafından faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması sonucunu doğurabilecek, nakit akışını kesintiye uğratan, teminatlara ilişkin değer kaybı veya tasarruf kaybı yaratabilecek ya da kredi sözleşmelerinin yürütülmesini sekteye uğratabilecek dava, takip, idari soruşturma, tahkim süreci ve yargısal süreçlerin başlaması veya bu nitelikte idari bir işlem tesis edilmesi esaslı olumsuz etkidir. (Uygulamada olaya özgü değerlendirilmek üzere teminatlara ilişkin değer kaybı veya tasarruf kaybı yaratabilecek durumlarda teminatın belli bir sürede tamamlanması istenebilir.)

Dava, takip ya da süreç dayanaksız veya kötü niyetli olarak başlatılmış ve borçlu/garantör tarafından, başlatılmalarını müteakip, karşı tarafa herhangi bir ödeme yapılmaksızın, tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmış olması vb. durumlar uygulamada esaslı olumsuz etki sayılmamaktadır. Öte yandan belli tutarı aşmayan (tutar proje nakit akışlarına göre belirlenmektedir) dava, takip süreçleri de sözleşmelerde esaslı olumsuz etki kapsamı dışına alınabilmektedir. Garantörler bakımından ise; herhangi bir garantörün taraf olduğu ve belli tutarı aşan davaların bildirilmesi esastır. Uygulamada borçlu/garantörler için tutar sınırı projenin ve teminatların faaliyetin hacmine ve işlemlerin durumuna göre belirlenmektedir.

Elektrik piyasası açısından ön lisans veya lisans iptaline ilişkin davalar faaliyeti birinci derecede etkilemesi bakımından önemlidir. Ayrıca işletmede olan tesisler için gayri sıhhi işletme ruhsatının iptali gündeme gelebilmektedir. Teşvik belgeli tesislerde teşvik düzenlemelerindeki koşulların ihlali nedeniyle iptal şirket net nakit akışını doğrudan etkileyen ve esaslı olumsuz etki niteliğindedir. İdari işlemler arasında çevre kriterlerinin ihlali nedeniyle özellikle termik santrallerde kısa süreli kapatma ve idari para cezaları sık rastlanan durumlardır, bu durumda ihlale yol açan durumların giderilmesi sürekli kapatmaya yol açmadığından esaslı olumsuz etki sayılmaz. Yine uygulamada üretim şirketlerinin faaliyetlerinin tamamının veya önemli bir kısmının durması veya herhangi bir sebeple işlerine devam edememesi ve bu durumun belli bir süre (iş günü olarak belirlenmektedir) içinde düzeltilmemiş olması durumu esaslı olumsuz etki olarak addedilmektedir. Diğer taraftan elektrik piyasasında sık rastlanan proje konusu yatırımın gerçekleşmesine veya işletilmesine esaslı olumsuz etkisi olan işçi, sağlık ve güvenlik veya çevresel olay, kaza olması halinde olayın gerçekleşmesinden itibaren belli bir gün içerisinde detaylı olarak finansöre bildirmesi gerekir.

Garantörlerden herhangi birisinin faaliyetlerini yasal olarak sürdürebilmesi için sahip olması gereken ve yokluğu esaslı olumsuz etki yaratabilecek lisans, ruhsat, onay ya da izinlerden herhangi birisinin hiç ya da usulüne uygun olarak alınmamış olması, durdurulması, askıya

alınması, iptal edilmesi, feshedilmesi de garantör yükümlülükleri açısından dikkate alınmak durumundadır.

Elektrik üretim tesislerinde yatırım döneminde, yapım döneminde ve işletme döneminde şirket faaliyetlerinin dava nedeniyle veya kamu idareleri tarafından geçici veya sürekli olarak durdurulması sonucunu doğurabilecek işlemlerin sonuçları farklıdır. Yatırım ve yapım döneminde kredi sözleşmeleri gereği şirket sadece faiz ödeme yükümlülüğündedir. Dava veya idari işlem bu durum dikkate alınarak değerlendirilmelidir, hâlbuki şirketin geçici kabulden sonra nakit yaratması nedeniyle hem faiz hem anapara ödeme yükümlülüğü başlamaktadır. Dolayısıyla işletme dönemi riskleri uygulamada daha önemli görülmektedir, Tesis tamamlama ile ilgili süreler mevzuatta projeye özgü kurulu güç dikkate alınarak belirlenmekte ve mücbir sebepler veya Kurulca kabul edilen hallerde ek süre verilmektedir, bu bağlamda proje gecikmeleri teknik raporlarla tevsik edildiğinde kanaatimizce esaslı olumsuz etki nedeniyle temerrüt haline girmemektedir.

Borçlunun, kredi kuruluşlarına tüm yükümlülüklerini yerine getirmeden kreditorlerin yazılı ön iznini olmadan aktiflerinin, varlıklarının veya gelirlerinin herhangi bir bölümünü veya tamamını, satmaması ve cebren satılmasına müsaade etmemesi, devretmemesi veya bunlar üzerinde başka şekilde tasarrufta bulunmaması esastır. Aynı durum garantörler içinde geçerlidir. Bu konularda şirket ana sözleşmesinde elektrik piyasası mevzuatı açısından da kısıtlar bulunmaktadır. Piyasanın düzenlemeye tabi olması ve her bir tesis için ayrı lisans alınması zorunluluğu nedeniyle EPDK'nun izne tabi koşulları mevcuttur.

Tüzel kişi ve garantörler, kredi teminatlarının riske edilmemesi açısından kreditorün yazılı ön izni olmaksızın, esaslı olumsuz etki yaratabilecek şekilde, diğer bir kişi ile fesih, devir, satış ya da diğer hallerle birleşme, devralma veya benzer bir işleme girmeyeceği, bölünme yapmayacağı ve kendi hissedarlarının bu yönde herhangi bir faaliyette bulunmamasını sağlayacağını taahhüt etmek durumundadır.

Borçlu tüzel kişinin veya garantör kişi/kişilerin hisselerinin, gelirlerinin, alacaklarının, menkullerinin ya da gayrimenkullerinin kısmen ya da tamamen resmi makamlar tarafından cebren iktisap edilmesi yahut devletleştirilmesi esaslı olumsuz etkidir ve bildirim yükümlülüğü vardır.

Teminat altına alınmış yükümlülükler tamamen ifa edilinceye kadar borçlu ve garantörlerin kredi sözleşmesinde belirlenen esaslı olumsuz etki yaratan/yaratacak durumları faaliyete ilişkin mevzuatı da dikkate alarak olayı yazılı olarak derhal kreditorre veya kredi temsilcisine bildirmek basiretli faaliyetin gereğidir.

Uygulamada sık rastlanan durum olan ön lisans/lisans sahibi tüzel kişinin ön lisansta gerekli izin onay süreçlerini tamamlayamaması veya tesis inşaatı ile ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşlarının herhangi birinin lisans sahibi tüzel kişi ile arasındaki hukuki ilişkide mevzuattan doğan yükümlülüğünü ihlal etmesi durumudur.

6. ESASLI OLUMSUZ ETKİ VE MEVZUATTA BANKALARIN MÜDAHALE HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN KAPSAMI

Sınırlı veya gayri kabili rücu proje finansmanı sağlanması teminatların alınmasının yanı sıra teminatlar üzerinde kreditorlerin haklarının korunmasını, sözleşme hükümleri ile korunmasının yanı sıra piyasanın düzenlemeye tabi olması ve proje konusu faaliyetle ilgili lisans haklarının

mevzuatla belirlenmiş olması nedeniyle projelerin yapımını sağlamak üzere kaynak bulunması ve mevzuatta proje finansmanı yapan kreditorlerin haklarını korumak amacıyla Lisans Yönetmeliğinin ön lisans ve lisans alma yükümlülüğünü düzenleyen 5.maddesinin 3.fıkrasının (ç) bendi uyarınca lisans devrine belli koşullarla istisna getirilmiştir, (ç) bendi uyarınca; üretim lisansı 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, Yönetmeliğin öngördüğü şartlar çerçevesinde önerecekleri bir başka tüzel kişiye lisans sahibi tüzel kişinin lisansı kapsamındaki tüm yükümlülüklerini üstlenmek şartıyla lisans verilmesini talep edebilir. Önerilen tüzel kişiye, Yönetmelik kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirmesi kaydıyla aynı hak ve yükümlülüklerle eskisinin devamı mahiyetinde yeni lisans verilir. Madde de belirtilen “bankalar ve/veya finans kuruluşları” tabirinden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında, mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal kiralama şirketleri, SPK mevzuatına tabi fonlar anlaşılmalıdır.

Yapılan düzenlemedeki kriterler ve işleyiş aşamaları şu şekildedir:

- Sınırlı veya gayrikabili rücu proje finansmanı olması,
- Sözleşme hükümlerinde borç verenin müdahale hakkının bulunması,
- Finans kuruluşları tarafından Kuruma (EPDK) gerekçeli bildirimde bulunulması,
- Gerekçenin Kurul tarafından uygun bulunması,
- Finans kuruluşunun önerdiği tüzel kişinin ve ortaklarının lisans alma yeterliliğinde olması,
- Önerilen tüzel kişi tarafından lisans kapsamındaki tüm yükümlülüklerin üstlenilmesi,
- Lisans Yönetmeliği kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi,

Giriş bölümünde de açıklandığı üzere proje finansmanı, proje şirketinde var olan bir projenin gerçekleştirilmesinde sadece proje şirketinin ve projenin, aktif, gelir, nakit akışı vb. varlıklarının teminat olarak kabul edilerek şirket bünyesinde kreditorler tarafından projenin finanse edilmesini ifade eder. Gayri kabili rücu proje finansmanında proje maliyetlerinde artış ve/veya nakit akışlarında azalış olması durumunda da riskin proje verilerine göre kreditorler tarafından alındığı ve proje şirketi dışında varlık ve gelirlere, şirket ortaklarına, garantörlere, ek finansman için başvurulmadığı finansman şeklidir. Sınırlı rücu; söz konusu olduğunda yapılan kredi anlaşmalarında belirlenen sınırlarda ek kaynak için ortaklara ve/veya ortakların varlığına, garantörlere başvurulmasıdır. En yaygın rastlanan durum tamamlama riskini bertaraf etmek üzere projenin devreye girdiği tarihe kadar proje dışı belli teminatların alınması, ortaklardan süreli kefalet, ipotek alınmasıdır. Diğer bir uygulama ise işletme döneminde fiyat/miktar riskini gidermek üzere borç servisi karşılama oranının sözleşmede belirlenen gösterge oranın altına inmesi durumunda bakiye tutarın ortaklar tarafından karşılanmasını sağlamak üzere minimum bir taksit tutarının depo edilmesi ve/veya karşılanmasının taahhüt edilmesidir.

Müdahale hakkını; bankalar ve/veya finans kuruluşlarının ilgili proje finansmanı için kredi sözleşme koşullarını belirlediği sözleşme tarafı proje şirketinin, kreditorlere karşı yükümlülüklerini esaslı olumsuz etki nedeniyle yerine getirmemesi/getirememesi veya getiremeyecek olması durumunda, kreditorlerin sözleşmede belirlenen şekil ve esaslara ve özel düzenleme hallerinde ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, proje şirketinin tüm hak ve yükümlülüklerini devralarak belli bir süre proje şirketinin yerine geçmesi ve yeni koşullarda üçüncü kişilere lisansın (ve lisansın doğurduğu yan hakların) devrini sağlayarak kreditor vasfına dönmesi olarak tanımlayabiliriz.

Burada tanımdan anlaşılacağı üzere müdahale hakkının kullanılması için; temerrüt riskinin veya halinin doğması, sürme ihtimalinin bulunması, sözleşmede bu durumlarda müdahale hakkına ilişkin bir mekanizmanın tanımlanmış olması ve proje şirketinin yer aldığı sektöre özgü muhatap olunacak taraf idarenin ve/veya bağımsız idari otoritenin izni, gereklidir. Belli süreden kastımız kreditorlerin müdahalede bulunduğu proje şirketinin üçüncü kişilere devrinin kreditorlerin tabi olduğu yasal mevzuat ve kreditorlerin asıl işinin tesis işletmeciliği olmaması ve nakit yönetiminin asıl olmasıdır, bu çerçevede müdahale hakkı projeyi/işletmeyi kül halinde dikkate alan ve kapsayan bir haktır, bu açıdan temerrüt nedeniyle teminatların parça parça veya bütün olarak nakde çevrilmesi hakkında farklı olup, işletmenin bütünlüğünü dikkate alan, yapım ve işletme döneminde müdahale hakkını doğuran unsurlarda yapılacak iyileştirmeleri ve üçüncü kişilere devir yetkisini de kapsayan daha geniş bir haktır. Müdahale hakkı ile projenin sürmesini sağlamak üzere müdahale hakkının devamında lisansın ve lisansa konu hak ve yükümlülüklerin üçüncü kişilere devir konusu müdahale hakkına ilişkin hukuku, teminat hukukundan ayıran önemli bir özelliktir.

Lisans Yönetmeliğinde düzenlenen müdahale hakkının kullanılmasında en önemli aşama EPDK'na gerekçeli bildirimde bulunulması aşamasıdır, zira Kurul bu gerekçe çerçevesinde müdahale hakkının kullanılmasına yönelik olumlu veya olumsuz karar verecektir. Diğer bir ifade ile müdahale hakkının kullanılmasında sözleşmede hüküm bulunması ve EPDK'na başvuru yeterli olmayıp ihlal ile ilgili sunulan gerekçenin yasal ve sözleşme hükümlerindeki yerinin, nedenlerinin, bağlantılarının ve sonuçları ile açıklanması zorunludur. Gerekçe yazısının eki delillerin müdahale yapılmasının haklı olduğunu ve müdahale yapılmaması durumunda hizmetin sürdürülemeyeceğinin, gerekçenin müdahale yapılmasını haklı kılabilecek objektif kriterlere göre yeterli ağırlıkta bir fiil olduğunun, müdahale yapılmadığı takdirde telafisi güç zararların doğacağı ve hizmetin gecikeceği, kesintiye uğrayacağı, yasal ve ikincil mevzuatta yer alan yükümlülüklerin yerine getirilemeyeceğinin belirtilmesi ve delillendirilmesi gerekir.

Finansörler tarafından sunulan gerekçe ve delillerin müdahale hakkını doğuracağı konusunda alınacak Karar ile ilgili olarak Kurum ek bilgi ve belge talep edebilir, Kurul'un değerlendirmesinde temel kriter yatırımların ve/veya işletmenin sürekliliği, yatırımın, ünitenin ve/veya tesisin tamamlanması, geçici durdurulmalarda gerekli önlemlerin alınarak üretim tesisinin işletmeye alınmasının sağlanması, bu işlemlerin belli bir sürede tamamlanmasıdır.

Lisans sahibi tüzel kişinin; aciz hali, iflas, kayyum veya müdür atanması kapsamında tüzel kişinin yükümlülerden herhangi birisini yerine getirmemesi, mali zorluklar nedeniyle borçlarını vade tarihinde ödeyememesi, konkordato ilan edilmesi veya ödemelerinin genel olarak durdurulması, Türk Ticaret Kanununun 376. maddesinde düzenlenen teknik iflas durumunda bulunması, malvarlıklarının herhangi bir bölümü üzerindeki ipotek, rehin ve benzeri teminatın paraya çevrilmesi amacıyla girişimde bulunulması durumları, esaslı olumsuz etki doğuran olay ve durumlar müdahale hakkının kullanılmasına örnek durumlar olarak gösterilebilir.

Diğer taraftan lisans alımından sonra lisans alımında ortakların gerekli koşulları taşımadığının anlaşılması ve/veya kredi alan üretim lisansı sahibi tüzel kişiye herhangi bir yükümlülüğe aykırılık nedeni ile EPDK tarafından bir idari yaptırım (lisans iptali) uygulanması veya yaptırıma konu fiil ile ilgili ihtar rağmen gerekli düzeltmelerin yapılmaması durumlarında finans kuruluşlarına müdahale hakkı verileceği kesindir.

Kamusal müdahale, uygulamada enerji şirketlerinde rastlanan durumdur, herhangi bir kamu

otoritesi tarafından kredi alan veya tüzel kişi garantörün yönetiminin tamamen veya kısmen değiştirilmesi, kredi alan veya tüzel kişi garantörün ticari faaliyetlerini yürütme yetkisinin kısmen veya tamamen kaldırılması veya kısıtlanması, kredi alanın sermayesini temsil eden hisseler kısmen veya tamamen el konulması, bunların devletleştirilmesi durumları; olaya özel değerlendirme yapılması koşulu ile temerrüt hali teşkil etmektedir, finansman hukuku açısından bu olayların yükümlünün kontrolü dışındaki sebeplerden meydana gelmiş olması, (mücbir sebep halleri ayrıca değerlendirilir) temerrüt haline bağlanan sonuçların doğması ve müdahale hakkının kullanılması bakımından herhangi bir engel oluşturmaz, dolayısıyla finansör sözleşme ve mevzuatta kendisine tanınan hakları kullanarak kredi faiz ve anapara akışını sağlamak için gerekli hakları kullanacaktır.

Lisans esaslarını hükme bağlayan 6446 sayılı Kanunun 5.maddesinin 8.fıkrası uyarınca; 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. Maddenin birinci fıkrasında lisanslara ilişkin konuların Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Lisans Yönetmeliğinin ön lisans başvuru usulünü düzenleyen 12/4.maddesinde “Ön lisans başvurusunda bulunan tüzel kişinin veya tüzel kişilikte; doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerin, yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile limitet şirketlerde müdürlerin, Kanunun 5 inci maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında yasaklı olmaması zorunludur, kuralı yer almıştır. Lisans başvurusunu düzenleyen 20/3-c maddesinde benzer düzenleme yer almaktadır.

Görüleceği üzere hem ön lisans hem de lisans başvurusunda Kanunun 5/8.maddesinde yer alan koşullar aranmaktadır. Dolaylı pay sahipliği Lisans Yönetmeliği'nin 51.maddesi uyarınca; ortaklık yapısında en az bir tüzel kişi ortağın varlığı halinde dolaylı pay sahipliği ilişkisine bakılacağı ve dolaylı pay sahipliğinin tespitinde bir tüzel kişinin dolaylı pay sahipliği oranının tespitinde söz konusu tüzel kişinin beyanı 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 paylar birlikte dikkate alınacağını ve daha önemlisi, tüzel kişiye ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde de tüzel kişiye ait paylar ile bu kişinin sermayesini veya yönetimini kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte hesaplanacağını esasa bağlanmış olmasıdır. Bu tespitlerin yapılabilmesi için başvuru evrakları arasında Kurul Kararı ile ortaklık yapısı belgelerinin başvuru yapan tüzel kişi nezdinde tüzel kişilikte doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan gerçek ve tüzel kişilerin, pay oran ve tutarları belirtilmek suretiyle, ortaklık yapısını ortaya koyan bilgilerin Kuruma sunulması gerektiği belirtilmiştir.

Finansman kuruluşlarının önereceği üçüncü kişilerin şirket tüzel kişiliği ve/veya şirket ortak ve yöneticilerinin taşıması gereken özellikleri dikkate alarak EPDK'na yeni ortak veya mülkiyet hakkını devralacak ve eskisinin devamı niteliğinde lisans alacak şirket için öneride bulunmadan önce yasal kriterlere ilişkin çalışmayı yapmış olması beklenir. Sadece ortak değişikliği yapılacaksa gerçek kişi ortakların yasaklı olmaması, tüzel kişi ortak olacaksa tüzel kişi yönetici ve ortaklarının yasaklı olmaması gerekir. Üretim şirketlerinde ortak değişikliği için izin alınmasına gerek bulunmamakta, sadece ortak değişikliği tarihinden itibaren altı ay içinde Kuruma bilgi verilmesi zorunlu bulunmaktadır.

Elektrik piyasası mevzuatı dışında birleşme devralmalarla ilgili rekabet mevzuatında yer alan yükümlülüklerinde dikkate alınması gerekir.

Bankaların müdahale hakkını kullanmaları durumunda şirket hisselerini veya varlıklarını elden çıkarmalarına yönelik bankacılık mevzuatında da süre sınırı bulunmaktadır. Kredilerin Sınıflandırılması ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik düzenlemesinin 16.maddesi (Bankaların alacaklarından dolayı edindikleri varlıklar) uyarınca bankalar alacaklarından dolayı edindikleri emtia, gayrimenkul, ortaklık payları ve diğer varlıkları edinim tarihinden itibaren üç yıl içerisinde elden çıkarır. BDDK bu süreyi değiştirmeye yetkilidir. Ayrıca alacaktan dolayı edinilecek emtia, gayrimenkul, ortaklık payları ve diğer varlıklar için edinim tarihinden önce Kredi Riski Azaltım Tekniklerine İlişkin Tebliğ’de belirtilen esas ve usullere göre gerçeğe uygun değer tespiti yapılması gerekmektedir. Alacaktan dolayı edinilmiş emtia, gayrimenkul, ortaklık payları ve diğer varlıklar, kredi borcuna mahsuben hesaplanan tutar ile gerçeğe uygun değerinden satış maliyetleri düşülmüş tutardan düşük olanı üzerinden kayda alınması kuralı mevzuatta yer almaktadır.

SONUÇ:

Proje finansmanında elektrik piyasasında risklerin yatırım ve işletme süresi için diğer sektörlerden farklı özellikler taşınması kredi sözleşmelerine ve mevzuata yansımıştır.

Esaslı olumsuz etki, tüzel kişi borçlu ile diğer borçluların, kamu idareleri veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin faaliyetin yürütülmesi ile ilgili yol açtığı (mücbir sebep veya beklenmeyen haller dışındaki) herhangi bir durum, sorun veya olay ile sözleşme tarafı tüzel kişi borçlu ile diğer borçluların finansman belgelerindeki ve bununla sınırlı olmamak kaydı ile ek belge, teminat ve taahhütnameler ile imza altına alınan ödeme yükümlülükleri ile diğer maddi yükümlülüklerini zamanında ve sözleşmede belirlenen zaman veya usule uygun olarak yerine getirme yeteneğini kısmen ve/veya tamamen ortadan kaldıran yahut zorlaştıran veya kreditor tarafından tek taraflı ve iyi niyetli olarak borçlunun durumuna ilişkin yapılan değerlendirmelerde yükümlülükleri ile ilgili olarak zorlaştırma emarelerinin bulunduğu tespit edildiği herhangi bir durum ifade edilmektedir. Bu durumlar temerrüt riski, temerrüt hali ve finansman belgelerinde hükme bağlanan konuların kreditor aleyhine sakatlanması nedeniyle sözleşmenin yürütülememesi ve/veya yürütülmesinin riske girmesi şeklinde tezahür etmektedir.

Bankalar ve/veya finans kuruluşlarının proje finansmanında yasal teminat niteliğinde bulunan müdahale hakkının kullanılmasında esasa ve şekil şartlarına ilişkin düzenlemeler mevcut olup bu düzenlemelerin kredi sözleşmelerinde dikkate alınması, sözleşme maddelerinde müdahale hakkına yol açması muhtemel konulara yer verilmesi, proje finansmanına konu kaynak, tesis, ölçek büyüklüğü ve kuruluş yeri dikkate alınarak maddelerin projeye özgü konular olarak düzenlenmesi ve genel düzenlemelerden kaçınılması önerilir. Bu çerçevede Kuruma sunulacak gerekçenin somut verilere dayanması, Kurul’un fiil ile müdahale hakkının doğması arasındaki hukuki bağlantıyı kurabilmesi gerekir. Diğer taraftan önerilecek üçüncü kişilerle ilgili lisans koşulları açısından yeterli olup olmadıklarına yönelik başvuru öncesi araştırma yapılması işlemlerin hızlandırılması açısından önerilmektedir. Kurul tarafından öncelikli kriter arz güvenliği yönünden yatırımların devamının sağlanması ve tesis yapının sürmesi veya işletmenin emre amade olması, yatırımlarının bütünlüğünün bozulmamasıdır. Tesis tamamlanma sürelerinde devre konu lisans süresince müdahaleyi doğuran konu nedeniyle oluşan gecikmeler için yeni lisans sahibi tüzel kişinin ek süre talebinde bulunması mümkündür ve mevzuatta düzenlenmiştir.

Kredi sözleşmeleri açısından elektrik piyasasında faaliyet gösteren üretim şirketlerinin farklı kaynak, kurulu güç, bağlantı şekli, kuruluş yeri ve arazinin hukuki durumu (mera, orman, Hazine arazisi, özel arazi, tarım arazisi vb.) özellikler dikkate alınarak esaslı olumsuz etki ve müdahale hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmalı ve genel nitelikli ve sonuca/yükümlülüğe bağlanmayan düzenlemelerden kaçınılmalıdır, ayrıca garantörlerin esaslı olumsuz etki durumunun yatırım dönemi ve işletme dönemi işletme döneminde geri ödemenin kaçınıcı yılında bulunulduğu vb. kriterler açısından farklı sonuçlar yaratacağı malumdur. Uygulamada faaliyetin kesintiye uğramaması ve risklerin yönetilmesi açısından faaliyet ve faaliyete ilişkin mevzuatın bütüncül olarak değerlendirilerek kredi sözleşmelerinin ve alt sözleşmelerin kaynak ve tesis tipi ile kuruluş yerine ilişkin hukuki durum dikkate alınarak oluşturulması beklenir.

Sektör düzenlemeleri ve sektör uygulamalarına ilişkin idari yaptırım sonuçlarına sözleşmelerde yer verilmesi uygun olacaktır, çünkü 16.madde düzenlemelerinde tek tek fiillerin sayılmasından ziyade çerçeve ve genel düzenlemelerle kurala bağlanan fiillerde bulunmaktadır.

Kaynakça

6446 Sayılı Kanun
Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği
Bankalar Mevzuatı
Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri, Cengiz Güneş, Ankara Mayıs 2002
Proje Finansman Sözleşmeleri