

## İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	
KISALTMALAR.....	
GİRİŞ .....	

### Bölüm 1

## KAMU HİZMETİ ve KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLMESİNDE İMTİYAZ USULÜ

1.1. KAMU HİZMETİ KAVRAMI .....	
1.1.1. Kamu Hizmetinin Genel İlkeleri.....	
1.1.2. Kamu Hizmeti Kavramında Yeni Gelişmeler.....	
1.2. KAMU HİZMETLERİNİN GENEL OLARAK GÖRÜLÜŞ USULLERİ.....	
1.2.1. Emanet Usulü .....	
1.2.2. Müşterek Emanet Usulü.....	
1.2.3. İltizam Usulü .....	
1.2.4. Ruhsat Usulü.....	
1.2.5. İmtiyaz Usulü .....	
1.2.5.1. Yetki .....	
1.2.5.2. Şekil .....	
1.2.5.3. İmtiyaz Alabilecekler.....	
1.2.5.4. İdarenin Yetkileri .....	
1.2.5.4.1. Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkisi.....	
1.2.5.4.2. Tek Yanlı Değişiklik Yapma Yetkisi .....	
1.2.5.4.3. Tek Yanlı Fesih Yetkisi .....	
1.2.5.5. İmtiyaz Sahibinin Yükümlülükleri, Ayrıcalıkları ve Hakları.....	
1.2.5.5.1. İmtiyaz Sahibinin Yükümlülükleri .....	
1.2.5.5.2. İmtiyaz Sahibinin Hakları.....	
1.2.5.6. İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi .....	
1.2.5.7. İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar .....	
1.2.5.7.1. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılacak Olan Davalar.....	
1.2.5.7.2. Sözleşmenin Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Davalar .....	
1.2.5.7.3. Tahkim Yolu .....	
1.2.5.7.4. İmtiyaz Uygulamasına İlişkin Özel Düzenlemeler .....	
1.2.5.7.5. Anayasanın 47. Maddesinde Yapılan Değişiklik .....	

**Bölüm 2**

**MEVCUT SÖZLEŞMELER ÇERÇEVESİNDE  
TÜRKİYE ELEKTRİK PİYASASI**

2.1. ELEKTRİK PİYASASININ TARİHSEL GELİŞİMİ ve YASAL DÜZENLEMELER .....	
2.1.1. Türkiye Elektrik Piyasasının Tarihsel Gelişimi .....	
2.1.2. 3096 Sayılı Kanun'dan Önceki Dönem ve Kamu Hizmeti İmtiyazları .....	
2.1.3. 3096 Sayılı Kanunla Başlayan YİD Dönemi .....	
2.1.3.1. YİD Modeli .....	
2.1.3.2. YİD Modelinin İşleyişi .....	
2.1.3.3. YİD Modeli İle Yapılan Yatırımların Yararları .....	
2.1.3.4. YİD Modelinin Riskleri .....	
2.1.3.5. Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik .....	
2.1.3.6. TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik .....	
2.1.3.7. Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımını Ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik .....	
2.1.4. İHD Modeli .....	
2.1.5. Yİ Modeli .....	
2.2. TÜRKİYE ELEKTRİK ÜRETİM PİYASASININ YAPISI .....	
2.3. ELEKTRİK ÜRETİM PAZARINDAKİ MEVCUT SÖZLEŞMELERİN SONUÇLARI .....	
2.3.1. Kamu Tesislerinde Üretimin Düşürülmesi .....	
2.3.2. Uygulama ve Planlama Hataları .....	
2.3.3. İhale Yapılmadan, Rekabet Sağlanmadan Modelin Uygulanması .....	
2.4. YİD MODELİ VE FRANCHISING (DEMSETZ) MODELİ .....	
2.5. REKABET HUKUKU KURALLARININ ELEKTRİK SEKTÖRÜNE UYGULANMASI .....	
2.5.1. Genel Olarak .....	
2.5.2. Rekabet Kurulu Kararları Açısından Elektrik Sektörü .....	
2.5.2.1. TEDAŞ Kararı .....	
2.5.2.2. ÇEAŞ Kararı .....	

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

**Bölüm 3**  
**4628 SAYILI YENİ ELEKTRİK PİYASASI**  
**KANUNU ve MEVCUT SÖZLEŞMELERDEN**  
**DOĞAN SORUNLAR**

- 3.1. 4628 SAYILI ELEKTRİK PİYASASI KANUNU.....  
3.1.1. 4628 Sayılı Kanun’u Doğuran Nedenler .....  
3.1.2. 4628 Sayılı Kanun İle Getirilen Rekabetçi Piyasa  
Modelinin Ana Hatları .....  
3.1.3. Üretim Piyasasına Giriş.....  
3.1.4. İşletme Hakkı Devirleri ve 4628 Sayılı Kanun .....  
3.1.4.1. Devre İlişkin Hükümler .....  
3.1.5. Hazine Garantileri ve 4628 Sayılı Kanun.....  
3.2. REKABETÇİ ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....  
3.2.1. Sözleşmelerin Yeniden Görüşülmesi .....  
3.2.2. Üretim Pazarına Yeni Girişlerin Sağlanması.....  
3.3. KAMU ÜRETİMİNİN DEVAM ETMESİ ve GARANTİLER.....

**SONUÇ**.....  
**ABSTRACT**.....  
**KAYNAKÇA**.....

## SUNUŞ

Üretimde verimlilik ve teknik gelişmeyi teşvik ederek piyasalarda etkinliği arttıran rekabet süreci, ekonomik gelişmenin en önemli unsurlarından biridir. Rekabet Hukuku ise sağlıklı bir rekabet ortamının oluşumunu temin ederek toplumsal refah artışına katkıda bulunmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kendisine rekabet ortamının sağlanması ve korunması görevi verilen Rekabet Kurumu, kuruluşundan bu yana üstlendiği önemli sorumluluğun bilinciyle görevlerini yerine getirmektedir.

Rekabet sürecini sağlama ve koruma amacıyla yürütülen incelemelerin yanı sıra, Rekabet Kurumu'nun üzerinde önemle durduğu bir diğer görevi, Rekabet Hukuku'nun tanıtılması ve toplumda rekabet bilincinin artırılmasıdır. Kurum, Rekabet Savunuculuğu görevini yerine getirirken staj, eğitim, panel, konferans gibi çeşitli araçlarla Rekabet Hukuku ve uygulamaları konusunda iş dünyası, akademik çevreler ve konuyla ilgili diğer kimseleri bilgilendirmeyi amaçlamakta ayrıca rekabetin faydaları konusunda toplumu bilinçlendirmeyi hedeflemektedir.

Rekabet Kurumu meslek personelinin uzman yardımcılığından uzmanlığa geçiş aşamasında hazırlamış oldukları tezlerin yayımlanması da Kurumun Rekabet Savunuculuğu görevinin bir parçasını oluşturmaktadır. Rekabet Hukuku'nun devamlı gelişen bir hukuk dalı olması sebebiyle meslek personeli, gerek yetkinliklerini arttırmak gerekse güncel gelişmeleri takip edebilmek amacıyla sürekli bir eğitim süreci içerisinde bulunmaktadır. Bu bağlamda uzmanlık tezleri, rekabet uzman yardımcılarının uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtmaları bakımından hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Kurumun ilk yıllarında hazırlanan tezler, Rekabet Hukuku'nun temel kavramları üzerine yoğunlaşırken ilerleyen dönemlerdeki uzmanlık tezlerinde, daha ayrıntılı ve tartışmalı alanlar ile çeşitli sektörlerdeki rekabet süreçleri ele alınarak ilgililere yeni bakış açıları ve tartışma alanları sunulmuştur. Bu çerçevede, meslek personeli tezlerinin, güncel konulara ışık tutarak Türk Rekabet Hukuku literatürüne önemli katkıda bulunacağına inanıyoruz.

Üç yıllık uygulama deneyiminin ardından titiz bir akademik araştırma süreci sonucunda hazırlanan Rekabet Uzmanlığı'na yükselme tezleri, meslek personelimizin geniş bilgi birikimi ve yoğun emeğinin ürünüdür. Bu çalışmalarını, Rekabet Hukuku alanındaki yerli eserlerin halen yeterli düzeyde olmamasından kaynaklanan boşluğu dolduracaklarını ve tüm ilgililere faydalı olacaklarını ümit ederek kamuoyuna sunuyoruz.

**Mustafa PARLAK**

Rekabet Kurumu Başkanı

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>Bkz</b>	: Bakınız
<b>ÇEAŞ</b>	: Çukurova Elektrik A.Ş.
<b>EÜAŞ</b>	: Elektrik Üretim A.Ş.
<b>ATAD</b>	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<b>TEDAŞ</b>	: Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.
<b>ETKB</b>	: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
<b>EPDK</b>	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
<b>EDP</b>	: Electricidade de Portugal
<b>Scottish Nuclear</b>	: Scottish Nuclear Limited
<b>Scottish Power</b>	: Scottish Power plc.
<b>Scottish Hydro</b>	: Scottish Hydro-Electric plc.
<b>Yİ</b>	: Yap-İşlet
<b>YİD</b>	: Yap-İşlet-Devret
<b>İHD</b>	: İşletme Hakkı Devri
<b>Kepez</b>	: Kepez ve Havalisi Elektrik Santralleri A.Ş.
<b>TEK</b>	: Türkiye Elektrik Kurumu
<b>TEAŞ</b>	: Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.
<b>TEİAŞ</b>	: Türkiye Elektrik İletim A.Ş.
<b>DSİ</b>	: Devlet Su İşleri
<b>DPT</b>	: Devlet Planlama Teşkilatı
<b>ESA</b>	: Elektrik Satış Anlaşması
<b>DDK</b>	: Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurumu
<b>ATAD</b>	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<b>Komisyon</b>	: AB Komisyonu
<b>USD</b>	: Amerikan Doları
<b>TETAŞ</b>	: Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.

## GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin çeşit ve sayısı gün geçtikçe artmakta ve bu alan İdare'nin en önemli faaliyet konularından biri haline gelmektedir. Bu çeşitlenmeye paralel olarak İdare, ekonomik nitelik taşıyan birçok alanda kamu hizmeti görmeye, bunun içinde kaynaklarını zorlamaya başlamıştır.

1980'lerden sonra başlayan liberalleşme ve özelleştirme akımlarının da etkisiyle, finansman sıkıntısı içerisinde bulunan İdare, yüksek oranda sermaye gerektiren elektrik, içme suyu ve otoyollar gibi alt yapı hizmetleri yatırımlarına özel sektörün katılımını sağlamaya çalışmıştır. Önceden kamu hizmeti imtiyazı ile özel hukuk kişilerine gördürülen bu altyapı hizmetlerine yönelik olarak Yap-İşlet (Yİ), Yap-İşlet-Devret (YİD) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) gibi modellerin Türk Hukuk sistemine girmesi de bu döneme rastlamaktadır.

Söz konusu modellerin ilk uygulanmaya başlandığı alanların başında, İdare'nin kaynak sıkıntısı nedeniyle gerekli yatırımları gerçekleştiremediği elektrik sektörü gelmektedir. Yİ, YİD ve İHD modellerinin elektrik sektöründeki uygulamalarında, batık maliyetler nedeniyle büyük riskler içeren elektrik üretim piyasasını yatırımcılar açısından cazip hale getirmek amacıyla hazine garantileri ve vergi muafiyetleri gibi çeşitli mekanizmalar kullanmıştır.

1980'lerden günümüze kadar geçen süre içinde önemini koruyan söz konusu modeller çeşitli defalar yüksek yargı organlarının kararlarına konu olmuş ve bu kararların doğrultusunda da bu modellere ilişkin mevzuatta sık sık değişiklik yapılmak zorunda kalmıştır. Yargı kararları ve mevzuatta yapılan değişikliklerle anılan modeller ve bu modeller uyarınca elektrik sektöründe imzalanan sözleşmelere ilişkin belirsizlikler ortadan kaldırılmaya çalışılsa da bunların yol açtığı sorunlar günümüze kadar gelmiştir.

Elektrik sektörünü yeniden yapılandırarak, rekabete dayalı bir elektrik üretim piyasası oluşturmayı amaçlayan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bile mevcut sözleşmeler konusunda yaşanan karmaşa sona ermemiştir. 4628 sayılı Kanun, kendisinden önceki

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

dönemde YİD, Yİ ve İHD kapsamında imzalanan sözleşmeleri “mevcut sözleşmeler” olarak tanımlayarak, bunların oluşturulacak yeni ve rekabetçi elektrik piyasasına uyarlanmasına ilişkin hükümlere yer vermiştir. 4628 sayılı Kanun’un kurulmasını amaçladığı elektrik piyasasının önündeki en büyük engellerden birinin, söz konusu modeller çerçevesinde yapılmış sözleşmeler olduğu anlaşılmaktadır. Bu sözleşmelerin yeni piyasa düzenine nasıl uydurulabileceğinin ve elektrik sektöründeki etkilerinin ne olacağının ortaya konulması, elektrik sektöründeki rekabetin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmanın amacı, sık sık mevzuat değişikliklerin yapıldığı, yüksek yargı organları ile İdare arasında adeta bir “kamu hizmeti” tartışması yaratmış olan elektrik üretimi pazarındaki YİD, Yİ ve İHD modelleri çerçevesinde yapılan mevcut sözleşmelerin hukuki niteliklerini ortaya koymak, söz konusu modellerin karakteristik özelliklerini ve uygulama esaslarını belirleyerek, bunlardan doğan rekabet sorunlarına ilişkin getirilebilecek çeşitli çözüm önerileri sunmaktır.

Bu amaç doğrultusunda, Birinci Bölüm’de elektrik üretiminin kamu hizmeti niteliği, kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki düzen ve bunların özel hukuk kişileri aracılığıyla görülmesi usulleri anlatılacaktır. İkinci Bölüm’de, ise Türkiye Elektrik Piyasası’nın kısa tarihçesi ile birlikte bu alana özel sektörün katılımını sağlamayı amaçlayan çeşitli düzenlemeler ile YİD, Yİ ve İHD modellerine ilişkin hukuki çerçeve ortaya konulacaktır. İkinci Bölüm’de ek olarak Türkiye elektrik üretim piyasasının yapısı ve mevcut sözleşmelerin sonuçları incelenecektir. Ayrıca bu bölümde Avrupa Birliği (AB) ve Türkiye’de Rekabet Hukuku kurallarının elektrik sektöründe uygulanmasına ilişkin çeşitli kararlara yer verilecektir. Bu çerçevede AB Komisyonu’nun önemli görülen kararlarına ve Rekabet Kurulu’nun Çukurova Elektrik A.Ş.(ÇEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) kararlarına yer verilecektir. Üçüncü Bölüm’de ise 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile getirilen yeni rekabetçi piyasa düzeninin ana unsurları ortaya konularak, eski sistemden gelen mevcut sözleşmelerin yeni düzende yarattığı sorunlara yer verilecektir. Bu bölümde ayrıca bu pazarda rekabetin sağlanması amacıyla getirilebilecek rekabetçi çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

***Devlet ve Ben***

*Bir devlete benzetiyorum kendimi.  
İşim gücüm bitmiyor.  
Bir türlü yerleşemeyorum odamda.  
Her istediğim kitabı alamıyorum.  
Planlar içinde geçiyor ömrüm,  
Başlayıp tamamlayamıyorum.*

*Bir devlete benzetiyorum kendimi.  
İçimdeki hükümetin gidişini anlamıyorum.  
Yıllar ötesini düşünür düşünmez,  
Hemen mesut ve zengin oluyorum.  
Nedense geçmiş günler unutuluyor.  
Tarih kitabı gibi hatıra defterlerimi okuyorum.*

*Özdemir ASAF*

**BÖLÜM 1**

**KAMU HİZMETİ ve KAMU HİZMETİNİN  
GÖRÜLMESİNDE İMTİYAZ USULÜ**

**1.1. KAMU HİZMETİ KAVRAMI**

19'uncu yüzyılın ikinci yarısında ve 20'nci yüzyılın başlarında egemen olan liberal dönemde, İdare'nin faaliyet alanı, milli savunma ve kolluk faaliyetlerinin yanı sıra, bireylerin ve toplulukların güçlerinin yetmediği ya da bir çıkar görmedikleri için yürütmedikleri alanlarla sınırlı idi. Bu dönemde kamu



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

hizmeti, halkın genel ihtiyaçlarının İdare tarafından doğrudan doğruya ya da İdare'nin buyruğu ve sorumluluğu altındakiler tarafından, üstün ve ayrıcalıklı yetki ve usuller kullanılarak giderilmesi için yapılan faaliyetlerden oluşuyordu. Aynı dönemde kamu hizmetini tanımlamada organik, maddi ve şekli ölçütlerden yararlanılıyordu.

*Organik açıdan kamu hizmeti*, belli bir görevi yerine getirmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmaktadır (Günday 2002, 282).

*Maddi açıdan kamu hizmeti*, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan faaliyettir. Ancak, maddi ölçüt de günümüzde kamu hizmetini tanımlamak için yeterli değildir, zira niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında<sup>1</sup>, “Hiç şüphesiz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal ihtiyaçların gerekli kaldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir” şeklinde açıklama yaparak, herhangi bir sosyal faaliyetin her zaman kamu hizmetine dönüştürülebileceğini kabul etmiştir.

20'inci yüzyılın başlarına kadar, bir faaliyetin *şekli açıdan kamu hizmeti* sayılabilmesi için kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması (kamusal yetki ve usuller kullanılarak yerine getirilmesi) gerekliydi. Sosyal devlet ilkesiyle birlikte, o zamana kadar özel hukuk kişilerince yürütülen bazı hizmetler kamu hizmeti haline getirilmiş ve söz konusu hizmetlerin görülmesi İdare Hukuku'na değil, özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur. Bu nedenle kamu hizmetinin kamusal yönetim biçimine tabi olduğu şeklindeki ölçüt de kamu hizmetini tanımlamak için yetersiz kalmıştır.

Sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ile birlikte, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmeye başlaması, İdare'nin daha çok alanda faaliyet göstererek daha önceleri özel hukuk kişilerince yerine getirilen hizmetleri de üstlenmeye başlamasına neden olmuştur. 20'inci yüzyılın başlarında, İdare'nin faaliyet alanının bu şekilde genişlemesiyle beraber, daha önceleri kamu hizmetinin tanımlanmasında kullanılan organik, maddi ve şekli ölçütler arasındaki bağlantı da ortadan kalkmıştır.

Günümüzde, hem İdare Hukuku'nda hem de T.C. Anayasası'nda çok sık kullanılan kamu hizmeti kavramının kesin bir tanımı bulunmamakta, kamu hizmetinin ne olduğuna ilişkin gerek doktrinde gerekse yüksek yargı organlarının kararlarında çok çeşitli tanımlamalar yer almaktadır. Bir tanıma göre kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal ihtiyacı karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altındaki özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesinin 26.11.1985 tarih, E. 1985/2, K. 1985/22 sayılı kararı

etkinlikler olarak ifade edilmektedir (Giritli, Bilgen ve Akgüner 2001, 773). Başka bir tanıma göre ise, toplumda ortak ve genel bir ihtiyacın belirmesi, bunun süreklilik taşıması, yani giderilmekle tükenmemesi, her gün yenilenmesi ve tatmin edilmemesi halinde de huzursuzluk doğacağı ihtimalinin bulunması durumunda, böyle bir ihtiyacın tatminine yönelik etkinliklere, kim tarafından yapılırsa yapılsın, kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir (Özay 1996, 237; Özay 2004, 225). Diğer bir tanımlamaya göre ise kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir<sup>2</sup>.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda günümüzde kamu hizmetinin; toplumda duyulan, siyasi organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, gereği gibi yerine getirilmemesi halinde toplum içinde huzursuzluğa yol açacağı varsayılan sürekli ve genel nitelikteki bir ihtiyacın tatminine yönelik etkinlikler olarak tanımlanabileceği görülmektedir. Dolayısıyla bu özelliklere sahip bir hizmet İdare tarafından yürütülse de bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülse de kamu hizmetidir<sup>3</sup>.

Kamu hizmetinin en önemli ögesi “kamu yararı” kavramıdır. Başka bir deyişle, kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan bir etkinliktir. İdare’nin kendi yürüttüğü kamu hizmetlerinde “doğrudan” kamu yararı olduğu, öbür etkinliklerinde ise kamu yararının “dolaylı” olduğu kabul edilmektedir (Giritli, Bilgen ve Akgüner 2001, 775).

Bir kamu hizmetinin kurulması, toplumsal bir gereksinmeyi karşılamak ve kamu yararı sağlamak amacıyla bir örgüt kurmak ve bu örgüte belirlenen amaçlarla görevler vermektir. Bir etkinliğin kamu hizmeti durumuna getirilmesine ya da var olan özel bir etkinliğin kamu hizmeti olarak yürütülmesine yasama organı karar verir.

### **1.1.1. Kamu Hizmetinin Genel İlkeleri**

Kamu hizmetleri nasıl ve kimin tarafından yerine getirilirse getirilsin, hizmetin görülmesinde uyulması gereken ilkeler vardır. Bunlara, kamu hizmetinin genel ilkeleri de denir. Bu ilkeler, “süreklilik ve düzenlilik”, “tarafsızlık ve

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesinin 23.6.1996 tarih, E. 1994/71, K.1995/23 sayılı kararı; Resmi Gazete Tarihi 20.3.1996/sayı 22586

<sup>3</sup> Anayasa’nın 47. maddesine göre, kamu hizmetleri, devlet yanında birer kamu tüzel kişisi olan kamu kurumları, yerel yönetimler, kamusal-özel karma kuruluşlar ve devletle özel girişimin kurduğu ortaklıklar aracılığıyla ve özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan yetkiler çerçevesinde bile yürütülebilir.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

eşitlik”, ve “değişkenlik”tir (Gözübüyük ve Tan 2001, 553; Günday 2002, 286). Doktrinde, söz konusu ilkeler dışında, tartışmalı olmakla beraber, bir de “bedelsizlik” ilkesinin varlığı kabul edilmektedir (Günday 2002, 288).

Kamu hizmetleri, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik hizmetler olmaları nedeniyle, sürekli ve düzenli olarak görülmeleri gerekmektedir. Bu ilkeye *süreklilik ilkesi* denir (Günday 2002, 286).

Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesindeki temel amaç, toplumun gereksiniminin en iyi ve tatminkâr bir şekilde karşılanması olduğundan, kamu hizmetleri de değişken olmak, gelişen şartlara ve teknolojiye göre kendilerini yenilemek zorundadırlar. Bu ilkeye *değişkenlik ilkesi* denilir (Günday 2002, 287).

*Eşitlik ilkesi* uyarınca İdare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak durumundadır. Hatta yararlananların “akdi” bir ilişki içinde buldukları endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde, İdare’nin gereken koşulları yerine getirerek hizmetten yararlanmak isteyenlerle sözleşme yapma zorunda olduğu kabul edilmektedir (Gözübüyük ve Tan 2001, 558).

Eşitlik ilkesinin bir uzantısı olarak da görülen, kamu hizmetinin “tarafsızlığı” ilkesinin “ayırıcılık yapmama” ve “çoğulculuğa saygı gösterme” biçiminde ikili anlama sahip olduğu kabul edilmektedir (Gözübüyük ve Tan 2001, 559).

Son olarak belirtilmesi gereken ilke *bedelsizlik ilkesidir*. Kamu hizmetinin meccaniliği (bedelsizliği) de denilen bu ilke uyarınca kamu hizmetleri genelde bedelsizdir. İdare tarafından sınırlı sayıda kamu hizmetinin yürütüldüğü dönemlerde hizmetten yararlananlardan bir bedel alınmıyordu (Günday 2002, 288). Ancak zamanla İdare’nin yürüttüğü hizmetlerin ve bunlardan yararlananların sayısında büyük bir artış görülmüştür. Bu nedenle, günümüzde kamu hizmetinin bedelsizliği ilkesine rağmen özellikle iktisadi nitelikte olan kamu hizmetlerinin verimlilik ve kârlılık esasına göre yürütülmesi söz konusu olduğundan, bunlardan yararlananlardan bir bedel alınabilmektedir (Günday 2002, 289).

### **1.1.2. Kamu Hizmeti Kavramında Yeni Gelişmeler**

Avrupa Birliği’nde yaşanan gelişmelerin etkisiyle kamu hizmeti literatürüne yeni kavramlar girmiştir. Bunlardan başlıcaları “genel ekonomik yarar hizmetleri”, “evrensel hizmet”, “minimum hizmet”, “ek hizmetler”, “kamusal yarar hizmetleri” gibi kavramlardır (Ulusoy 2004, 272).

Bu kavramlardan belki de en önemlisi olan “evrensel hizmet” kavramı önceleri sadece posta ve iletişim hizmetlerinde söz konusu iken, 2003/54 sayılı AB Direktifi<sup>4</sup> ile elektrik piyasasına da girmiştir. Ulusoy (2004, 272), evrensel hizmet kavramını; “*herkesin kullanımına açık, makul bir fiyat ve kalitede: Kamusal sübvansiyonlar ve fiyat dengelemelerini meşru kılan, kendi ekonomik ve finansal dengesini kalıcı olarak sağlayabilen ve bu dengenin sağlanması için gerekirse bazı işletmelerin kârlı bazı hizmetleri işleterek sektörün kaymağını yemelerini engelleyici hukuksal silahlara sahip temel hizmetler*” olarak tanımlamıştır.

Bir diğer ilginç gelişme ise, kamu hizmeti-rekabet yakınlaşmasıdır. Klasik İdare Hukuku sisteminde kamu hizmetlerinin yürütülmesinde uzun yıllar “tekel” modeline bağlı kalınsa da, günümüzde kamu hizmeti olgusunun ne kamu mülkiyetini, ne tekeli, ne de hizmetin ücretsiz olmasını zorunlu kılacağı kabul edilmektedir. Hatta Avrupa Birliği Hukuku’nun kamu hizmeti kurumuna rekabet kurallarının uygulanmasını dayattığı görülmektedir (Ulusoy 2004, 283). Öğretide yaşanan bu gelişmelerin Türk Hukuku’nu da yakın gelecekte etkileyeceği şüphesizdir.

## 1.2. KAMU HİZMETLERİNİN GENEL OLARAK GÖRÜLÜŞ USULLERİ

Bir faaliyet, ya ilk kez ve doğrudan doğruya kamu kesiminde yürütülmeye başlanmak ya da özel kesim alanından kamu kesimine aktarılmak suretiyle kamu hizmeti haline getirilir. Bir kamu hizmetinin kurulması durumunda, o alan özel girişimciye yasaklanabilir, yani İdare tekel olarak o faaliyeti yürütebilir. Bu nedenle anayasal ilke olan temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceği ilkesi gereği, bu hakları sınırlayabilecek kamu hizmetinin kanunla kurulması gerekir. Bazen de bir kamu hizmetinin kurulması belli bir örgütün de kurulmasını gerekli kılar. Eğer bir kamu hizmeti, devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişilik tarafından yerine getirilecekse, bu tüzel kişiliğin de kanunla kurulması gereklidir. Bu nedenle, kamu hizmetleri her halükarda kanunla tesis edilirler (Günday 2002, 286).

Kamu hizmetleri bizzat İdare tarafından yerine getirilebileceği gibi, özel kişiler tarafından da yerine getirilebilir. Kamu hizmetinin İdare tarafından yerine getirilme usulüne “emanet”, özel kişilerin katılımı ile yerine getirilmesine “ruhsat”, “müşterek emanet”, “iltizam”, “imtiyaz” denilmektedir.

<sup>4</sup> Direktive 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 Direktive 96/92/EC , OJ L176, 15/07/2003, Brussels

### **1.2.1. Emanet Usulü**

Emanet, kamu idareleri (devlet, il, belediye ve köy) ile kamu kurumlarının kendi personel, para, araç ve gereçleri ile doğrudan doğruya kamu hizmetini görmesi usulüdür (Duran, 1982, 328).

### **1.2.2. Müşterek Emanet Usulü**

Müşterek emanet, İdare tarafından kurulmuş bulunan bir hizmetin özel kişiler tarafından yerine getirilmesidir. Hizmeti gören özel kişi, hizmetin giderlerini hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle karşılamakta ve bir kazanç elde ettiğinde de bu kazancı İdare ile paylaşmaktadır (Günday, 2002, 294). Bu yöntemde hizmet İdare tarafından kurulmakta, yürütülmesi ise, hizmetten yararlananlardan alacağı bir bedel karşılığında özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmektedir.

Müşterek emanet usulü günümüzde kullanılmayan bir yöntemdir. Bu yöntem Osmanlı İmparatorluğu döneminde sahil fenerlerinin özel hukuk kişilerinince işletilmesi için kullanılmıştır.

### **1.2.3. İltizam Usulü**

İltizam usulünde, İdare tarafından kurulmuş bulunan bir hizmet, önceden kararlaştırılan götürü veya orantılı bir bedel karşılığında “mültezim” denilen özel bir kişi tarafından görülmektedir. Bu yöntemde hizmet için gerekli tesisler İdare tarafından kurulmuştur ve hizmetten yararlananlardan alınan bedelin tamamı mültezime kalmaz, İdare ile paylaşılır. Bu usulden genellikle Osmanlı İmparatorluğu döneminde “aşar” ve “öşür” gibi bazı vergilerin toplanmasında yararlanılmıştır (Duran, 1982, 333).

### **1.2.4. Ruhsat Usulü**

Ortak ve genel ihtiyaçlara cevap verici nitelikteki etkinliklerin, eğer bu konuda yasa ile İdare lehine bir tekel oluşturulmamış ya da bu konuda birine bir imtiyaz verilmemiş ise, özel hukuk kişilerinince yürütülmesi mümkündür. Bu tür etkinlikler, hem nitelikleri gereği toplumdaki ortak ve genel nitelikteki ihtiyaçlara cevap verdiklerinden hem de giderilmemeleri durumunda toplumda bir huzursuzluğun baş göstereceği varsayıldığından, belli bir “izin”e tabi tutulmuşlardır (Özay 2004, 248). Bu usulde, müşterek emanet ve iltizamdan farklı olarak, İdare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme bulunmamakta, bunun yerine “ruhsat” ya da “izin” denilen bir idari işlem bulunmaktadır.

### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Bu usulün kullanıldığı alanlar içerisinde belediye sınırları içindeki toplu taşımacılık ile özel eğitim kurumları ve hastanelerde yapılan faaliyetler yer almaktadır. Bu alanlarda, bir yandan İdare'nin kendisi hizmeti "emanet" usulü ile yürütebilmekte ve bunu bazı kamusal kuruluşlara "imtiyaz" olarak devredebilmekte, öte yandan da özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine aynı tür etkinliklerde bulunabilmeleri için ruhsat verilmektedir.<sup>5</sup>

Bu usulde, özel hukuk kişisi kar elde etmeyi amaçlamasına rağmen, söz konusu etkinlik bir kamu hizmetini teşkil ettiği için, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret İdare tarafından belirlenmektedir.

#### 1.2.5. İmtiyaz Usulü

Kamu hizmetinde imtiyaz usulünün kullanılması oldukça eski olup, kökü Fransa'daki feodal döneme kadar uzanmaktadır. Bu usulün gelişmesi ve uygulanması 16. yüzyıldan itibaren bayındırlık hizmetlerinde görülmektedir (Erol 1999, 42).

Osmanlı İmparatorluğu döneminde genellikle posta, demiryolu, gaz, su, elektrik gibi sınaî ve ticari kamu hizmetlerinin görülme biçimi olarak sık sık başvurulan imtiyaz usulü, cumhuriyet kurulduktan sonra pek itibar görmemiş ve imtiyazlı şirketler satın alma (rachat) yolu ile ortadan kaldırılmıştır. 1950'den itibaren uygulanmaya başlanan liberal iktisat politikaları sonucunda kamu hizmeti imtiyazı yeniden ortaya çıkmaya başlamıştır. Bunda, İdare'nin karşılaştığı finansman yetersizliği, bürokratik engellerden kurtulma ve teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmama isteği de etkili olmuştur (Duran 1982, 329).

Kamu hizmeti imtiyazı için doktrinde ve mahkeme kararlarında çeşitli tanımlamalar bulunmaktadır. Bir tanıma göre imtiyaz, İdare'nin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca, belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişice kurulması ve/veya işletilmesi usulüdür (Günday 2002, 296). Başka bir tanıma göre imtiyaz, kamu hizmetinin ilgili İdare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk kişisi tarafından görülmesi olarak ifade edilmektedir (Özay 2004, 250). Bir Danıştay kararında imtiyaz, "*İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kâr ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi*

<sup>5</sup> Belediye sınırları içinde yapılan toplu taşımacılık faaliyetleri bunun en güzel örneklerindedir. Mahalli idare bir yandan kamu iktisadi kuruluşu niteliğindeki kuruluşlar aracılığı ile yürütmekte hem de minibüs, halk otobüsü ve benzeri isimlerle anılan araçlarla özel hukuk kişilerin taşımacılık yapmalarına izin vererek aynı alanda etkinlikte bulunmalarını sağlamaktadır.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

*buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi” olarak tanımlanmıştır<sup>6</sup>. Başka bir tanıma göre kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye, belirli bir süre için kamu hizmetini görme işini sözleşme ile devretmesidir (Gözübüyük ve Tan 2001, 574). Duran’a göre (1982, 330) kamu hizmet imtiyazı; “İdarenin, bir özel kişi ile yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya belli bir süre işletilmesini, karşılığında yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere, kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir”.*

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, imtiyazın genel olarak, kamu hizmetinin giderleri, sermayesi, kar ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak ve karşılığında bu hizmetten yararlananlardan bir ücret ya da bedel alınmak suretiyle özel hukuk kişisi tarafından kurulması ve/veya işletilmesi usulü olarak tanımlanması olanaklıdır.

Bu usulde İdare’ye “imtiyaz veren”, hizmeti gören özel hukuk kişisine ise “imtiyaz sahibi” veya “imtiyazcı” denilmektedir. Kanun’la düzenlenen bu usule göre İdare ile imtiyaz alan özel hukuk kişisi arasında “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi” adı verilen bir sözleşme yapılmaktadır. Söz konusu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi “sözleşme” ve “şartlaşma” adı verilen iki parçadan oluşur. Bunlardan “sözleşme”de tarafların hakları ve borçları, “şartlaşma”da ise hizmetin yürütülmesine ilişkin hükümler yer alır (Giritli, Bilgin ve Akgüner, 2001, 788).

### 1.2.5.1. Yetki

İmtiyaz usulü 10 Haziran 1326 (1910) tarihli “Menaf’ı Umumiyye Müeallik İmtiyazat Hakkında Kanun” ile düzenlenmiştir. Bu Kanun 2.7.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrasa da bugün hala yürürlüktedir. Devlet adına kamu hizmeti imtiyazı tesis etme yetkisi 1326 tarihli Kanun ile Bakanlar Kurulu’na verilmiştir. 1326 tarihli Kanun’da, yerel yönetimlerin imtiyaz vermesi hususu düzenlenmemiştir<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Danıştay, 1.Daire; 24.9.1992, E. 992/232-K.992/294. sayılı karar

<sup>7</sup> Bu konu 1580 sayılı Belediye Kanunu’nda düzenlenerek, Kanun’un 19. maddesinde belediye idarelerinin su, havagazi, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, vapur nakliyatı yapmak ve belde içinde yolcu taşıma işleri gibi faaliyetleri devletçe saptanan kurallara uygun olmak ve 40 yılı aşmamak üzere imtiyaz usulüyle gördürebilecekleri öngörülmüştür. Belediye idareleri adına imtiyaz verme yetkisi 1580 sayılı Kanun’un 70. maddesi gereğince belediye meclisine ait olup, bu karar İçişleri Bakanlığı’nın onaması gereklidir.

### 1.2.5.2. Şekil

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ile verilir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri önceden hazırlanmış bulunan şartnamelere<sup>8</sup> dayanırlar. Sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnameler imtiyaz sözleşmelerinin tamamlayıcısı niteliğindedir (Günday 2002 297). Kamu kuruluşlarının, İdare Hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmelere *idari sözleşme* denilir. İdare'nin her yaptığı sözleşme idari sözleşme olarak nitelendirilememekte, idari sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden farklılık gösterdiği kabul edilmektedir. İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak için sözleşmenin konusu olan ilişkiye bakmak gerekir; şayet bu ilişki idare hukukunun düzenlediği bir ilişki ise sözleşme idari niteliktedir.

İdari sözleşmelerle, özel hukuk sözleşmelerinin farkları şu şekildedir (Gözübüyük ve Tan 2001, 455):

- Özel hukuk sözleşmelerinde geçerli olan taraflar arasındaki eşitlik, idari sözleşmelerde bulunmamaktadır. İdari sözleşmelerde taraflardan biri olan İdareye kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olarak bazı üstünlükler tanınmıştır. İdare, tek yanlı olarak kendiliğinden harekete geçme ve doğrudan doğruya yerine getirme yetkilerini idari sözleşmelerde kullanabilir.
- Özel hukuk sözleşmelerinde, yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, sözleşme serbestisi kuralı uygulanır. Taraflar sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık idari sözleşmelerde kanunlar idarenin hareket serbestisini kısıtlamıştır.
- Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda giderilirken, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, yönetsel yargıda giderilir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, önceden hazırlanmış bulunan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartlaşmalara dayanırlar. Gerek şartlaşma gerekse sözleşme İdare'nin tek yanlı iradesi ile belirlenir.

1982 Anayasası<sup>9</sup> Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki görevini "inceleme" olarak belirlemiştir. 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yapılarak, Danıştay'ın inceleme yetkisi ortadan kaldırılmış ve söz konusu sözleşmelere ilişkin Danıştay'ın yetkisi iki ay içinde görüş bildirme görevi haline çevrilmiştir.

<sup>8</sup> Şartnameler için doktrinde kimi zaman şartlaşma ibaresi de kullanılmaktadır. Bu çalışmada her iki terim de aynı anlamda kullanılmaktadır.

<sup>9</sup> T.C. Anayasası, Madde 155



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

Buna paralel olarak, 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda yer alan Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki inceleme yetkisine ilişkin ilgili maddelerde de değişiklik yapılarak, Anayasa değişikliği ile uyum sağlanmıştır. Mevcut durumda, imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarılarına ilişkin Danıştay'ın görevi sadece iki ay içinde "görüş bildirme" şeklindedir (Günday 2002, 298).

### **1.2.5.3. İmtiyaz Alabilecekler**

İmtiyaz usulünü düzenleyen temel kanun durumundaki 1326 sayılı Kanun'a göre kamu hizmeti imtiyazını herhangi bir özel kişi alamaz. Söz konusu Kanun'a göre imtiyaz ancak anonim şirket statüsüne sahip tüzel kişilere verilebilir. Bu nedenle yabancı bir gerçek veya tüzel kişiye imtiyaz verilemeyeceği gibi, anonim şirket statüsünde bulunmayan gerçek ve tüzel kişilere de imtiyaz verilemez.

### **1.2.5.4. İdarenin Yetkileri**

İmtiyaz rejiminde, bir yanda kamu yararı amacıyla yürütülen bir kamu hizmeti, diğer yanda da kâr amacı ile hareket eden bir özel hukuk kişisi bulunmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin bir tarafı olan İdare'ye imtiyazlı faaliyet üzerinde yetki ve sorumluluk verilirken, imtiyaz sahibine de buna karşılık güvenceler verilerek bir denge oluşturulmaktadır (Duran 1982, 334). İmtiyaz usulünde İdare'nin hizmetin içeriğine ilişkin kuralları tek yanlı olarak belirleyip, gerekli gördüğü takdirde imtiyaz sahibinin rıza ve muvafakatini almadan bunları değiştirebilme hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık, tarafların mali hak ve vecibelerini düzenleyen hüküm ve şartlar, imtiyaz alanın güvencesini teşkil ettiğinden, onun iradesi dışında değiştirilememektedir. İdare bu hükümleri ancak imtiyaz alanla anlaşarak ve karşılığını ödeyerek değiştirebilir.

İmtiyaz usulünde İdareye tanınan üstün yetki ve ayrıcalıkların belli başlıları şunlardır (Erol 1999, 51):

#### **1.2.5.4.1. Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkisi**

İdare, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirilişini denetleme ve gerektiğinde de yaptırım uygulama hakkına sahiptir. Sözleşme veya şartlaşmada böyle bir unsur öngörülmemiş olsa bile, İdare'nin bu gibi yetkilere sahip olduğu kabul edilmelidir. İdare'nin bu yetkileri imtiyaz konusu kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanmaktadır. İdare'nin böyle bir durumda uygulayabileceği yaptırımlar şunlardır (Erol 1999, 51);

- **Belli bir miktar paranın ödenmesini isteme:** İdare, işin kararlaştırılan süre içinde bitirilmemesi halinde sözleşmede cezai şart olarak öngörülmüş belli bir miktar parayı, imtiyaz sahibinin teminatından doğrudan irad kaydetmek suretiyle alır.
- **İşletmeye geçici olarak el koyma:** Bu yaptırım, imtiyaz sahibinin geçici bazı sebeplerden dolayı hizmeti gereği gibi yürütememesi veya hizmetin kesintiye uğraması gibi hallerde idare tarafından uygulanır. İdare, re'sen hareket ederek işletmeye geçici olarak el koyar ve imtiyaz sahibinin yerine geçerek hizmeti bizzat kendisi yürütür.
- **Sözleşmeyi feshetme (imtiyazın düşürülmesi):** İmtiyaz sahibinin hizmeti bütünüyle tehlikeye düşürecek ve durduracak nitelikte ağır kusuru olduğunda başvurulmuş bir yaptırımdır. İmtiyaz sözleşme ve şartlaşmasında bu yaptırımın İdare tarafından re'sen uygulanabileceğine dair açık bir hüküm varsa, İdare imtiyaz sahibinin ağır kusuru nedeniyle sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheder ve imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödemez. Böyle açık bir hüküm olmaması halinde imtiyazın düşürülmesi yaptırımını ancak mahkeme kararı ile uygulanabilir. İmtiyaz sahibinin ağır kusuru nedeniyle sözleşme feshedildiği için, İdarece bir tazminatın ödenmesi söz konusu olmayacaktır (Erol 1999, 52).

#### 1.2.5.4.2. Tek Yanlı Değişiklik Yapma Yetkisi

Kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi nedeniyle, yeni durum ve şartların ortaya çıkması halinde, İdare tek yanlı iradesiyle imtiyaz sözleşmelerinin ve şartlaşmalarının hükümlerini değiştirme yetkisine sahiptir. Ancak, İdare'nin yaptığı bu değişiklikler imtiyaz sahibinin yükümlüklerini arttırıyorsa, yani sözleşmenin mali dengesi bozulur ise, İdare imtiyaz sahibine bir karşılık ödemelidir. Şayet bu değişiklikler imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının bütünüyle yenilenmesi sonucunu doğuracak şekilde esaslı unsurlara ilişkin ise, imtiyaz sahibi sözleşmenin feshini talep edebilir (Erol 1999, 53).

#### 1.2.5.4.3. Tek Yanlı Fesih Yetkisi

İdare, imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde bir yaptırım olarak sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebileceği gibi, imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir (Günday 2002, 299). Rachat ya da "imtiyazın satın alınması" adı verilen bu durum İdare'nin hizmet ve kamu yararının gerektirmesi nedeniyle devam etmekte olan bir imtiyazı her türlü tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın alınması halidir (Erol 1999, 53; Günday 2002, 300). İmtiyaz sahibinin ağır kusur nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi halinde imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödenmesi söz konusu olmadığı halde, imtiyazın satın alınarak sözleşmenin tek yanlı olarak

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

feshedilmesi halinde İdare imtiyaz sahibinin tüm zararını ödemek zorundadır. Rachat, İdarenin kamu hizmetinin asli sahibi olmasından kaynaklanan bir olanak olup, İdare ile imtiyaz sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm bulunmasa bile kullanılabilir bir yetkidir (Günday 2002, 300).

#### **1.2.5.5. İmtiyaz Sahibinin Yükümlülükleri, Ayrıcalıkları ve Hakları**

##### **1.2.5.5.1. İmtiyaz Sahibinin Yükümlülükleri**

İmtiyaz sahibi kamu hizmetini İdare ile imzaladığı şartname ve sözleşme uyarınca yerine getirmekle yükümlüdür. İmtiyaz sahibi İdarenin kusurunu, maddi veya manevi zorlukları öne sürerek bu borcundan kurtulamaz (Erol 1999, 55). Bu yükümlülüğüne karşılık imtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibine bir takım mali haklar sağlanabileceği gibi, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan bir takım kamusal olanak ve ayrıcalıklar da tanınabilir (Günday 2002, 300).

Bireylerin kamu hizmetlerinden yararlanmadaki eşitliği ilkesi, imtiyaz yoluyla gördürülen hizmetler için de geçerlidir ve İdare bu hususu sağlamak için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu nedenle imtiyaz sahibi şirket hizmetten yararlanacakları ve bunlardan alınacak ücretleri serbestçe belirleme olanağına sahip olmadığı gibi, söz konusu hususlar şartname ve sözleşme uyarınca belirlenir. Şayet, İdare düzenlemeleri yoluyla sözleşmenin mali dengesini önemli ölçüde bozarsa, bu durumda imtiyaz sahibinin yardım (sübvansiyon) isteme hakkı doğar (Duran 1982, 336). İmtiyaz sahibi, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi nedeniyle İdare'nin tek yanlı iradesiyle yapacağı hizmetin içeriğine ilişkin genişletmelere, yenilemelere, eklemelere de mali denge sağlamak kaydıyla, sözleşme veya şartlaşmada bu konuda bir hüküm bulunmasa bile uymakla yükümlüdür (Günday 2002, 301). Ancak, İdarenin düzenleyici işlemleri ile hizmetin içeriğine ilişkin yapacağı değişiklikler şartlaşmanın tümüyle yenilenmesi niteliğinde ise, imtiyaz sahibi sözleşmenin feshini önerebilir (Duran 1982, 336).

İmtiyazlı şirket, gelirlerinden sözleşme ile kararlaştırılan bir kısmını “yıllık aidat” adı altında İdare’ye vermek ya da ürettiği mal veya hizmetlerin belli bir miktarını İdare’ye karşılıksız olarak sağlamakla yükümlü tutulabilir (Günday 2002,301).

İdare imtiyazı verirken, imtiyaz alanın teknik kapasite, mali güç ve yönetim kabiliyeti gibi hususları göz önüne aldığından, imtiyaz sahibi yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır; yüklendiği hizmeti bir başkasına gördüremeyeceği gibi, yükümlülüklerini de devredemez.

### 1.2.5.5.2. İmtiyaz Sahibinin Hakları

İmtiyaz usulünde imtiyaz sahibine kimi mali nitelikte haklar tanınabileceği gibi birtakım kamusal ayrıcalıklar da tanınabilir. İmtiyaz sahibine, İdare tarafından, hizmet ile ilgili taşınır, taşınmaz malların veya araç-gereçlerin temin edilmesi, kamu malları üstünde veya altında tesisler yapma olanağının verilmesi veya imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapılması gibi kamusal ayrıcalıklar tanınmış olabilir (Günday 2002, 301).

Kamu hizmeti imtiyazında, imtiyaz sahibinin borçları ve hakları sözleşme uyarınca belirlenmektedir. Kamu hizmeti imtiyazında mali konularda taraflar arasında işbirliği esastır, sözleşmedeki ücret veya bedele ilişkin hükümler tek taraflı olarak değiştirilemez (Erol 1999, 56). Şayet İdare tek yanlı iradesi ile sözleşmede değişiklik yaparak imtiyaz sahibinin yükümlülüklerini artırır ise bu ek yükümlülükler karşılığında imtiyazlı şirketin sözleşmenin mali dengesinin korunması amacıyla bir bedel isteme hakkı doğar (Günday 2002, 300). Buna karşın imtiyaz sözleşmesinin uygulanacağı süre içinde tarafların iradeleri ve tahminleri dışında gerçekleşen bir takım olaylar nedeniyle imtiyaz sahibi özel kişinin yükümlülükleri artar ise, bozulan mali dengenin sağlanması için iki araç kullanılmaktadır. Bunlar “Fait du Prince” ve “İmprevizyon” ilkeleridir (Erol 1999, 57).

- **İmprevizyon İlkesi:** İmtiyaz sözleşmeleri uygulanacakları uzun zaman boyunca tarafların iradeleri ve tahminleri dışında gerçekleşen birtakım durumlar nedeniyle, imtiyaz sahibinin yükümlülükleri mahvına neden olacak şekilde ağırlaşır ise imtiyaz sahibinin imprevizyon (öngörülmezlik) ilkesi uyarınca sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanması ya da zararın paylaşılmasını İdare’den isteme hakkı bulunmaktadır (Günday 2002, 300). Çünkü imtiyaz sözleşmeleri bir kamu hizmetinin özel kişi tarafından yerine getirilmesi amacıyla yapılır ve kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereği, ortaya çıkan, öngörülemeyen değişiklikler halinde bile hizmetin aksamadan yürütülmesi sağlanmalıdır. Öngörülmezlik (imprevizyon) ilkesinin uygulanabilmesi için şu üç koşul bir arada bulunmalıdır (Erol 1999, 58):

- Sözleşmenin tarafları, sözleşmeyi yaparken durumu alt üst eden olayları öngörmemiş olmalıdır. Öngörülemeyen bu olaylar savaş, büyük doğal afetler ve büyük ekonomik bunalımlar gibi olaylardır.
- Olaylar, tarafların tamamen iradesi dışında olmalıdır.
- Olaylar, imtiyaz sahibinin mahvına neden olabilecek boyutta olmalıdır. İmtiyaz sahibinin sadece zarar etmesine yol açan olaylar imprevizyon ilkesinin uygulanabilmesi için yeterli değildir.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

İmprevizyon ilkesinin uygulanmasının amacı, o kamu hizmetinin sürdürülebilmesi için ekonomik bakımdan gerekli şartların geçici bir süre sağlanarak zor durumun atlatılabilmesidir. Uygulanacak yardım hakkında tarafların anlaşamaması durumunda, görevli yargı yeri öngörülemeyen bu olaylar nedeniyle ortaya çıkan ek yükümlülüğü hesaplar ve bunu İdare ile imtiyaz sahibi arasında paylaşırır (Erol 1999, 59). Öngörülemezlik ilkesi geçici haller için uygulandığından normal hale döndüğünde imtiyaz sahibine yapılan yardımın da kesilmesi gereklidir. Şayet olağandışı durum geçici olmaktan çıkıp, sürekli hale gelirse, taraflar mevcut şartlara göre yeni bir sözleşme yapabilecekleri gibi, yargı yoluna başvurarak sözleşmenin feshini de talep edebilirler (Özay 2004, 256).

- **Fait du Prince (Egemen Olgusu):** Bu kavram sözleşmenin uygulanması koşullarının İdare'nin karar ve işlemleri ile ağırlaşmasını ifade eder. Böyle bir durumda İdare'nin imtiyaz sahibi şirketin bu nedenle ortaya çıkan zararını tazmin etmesi gereklidir (Erol 1999, 57; Özay 2004, 253). Örneğin; imtiyaz sahibinin kullandığı bir hammadde üzerine konulan yeni bir vergi, işçi asgari ücretleri veya sosyal güvenlik ödentilerinin arttırılması gibi İdare tarafından alınan tek yanlı kararlar sözleşmenin mali dengesini bozarsa, tüm zararın İdarece tazmin edilmesi gerekir (Özay 2004, 253).

İmtiyaz sahibinin en önemli haklarından biri de, yürüttüğü kamu hizmeti için hizmetten faydalananlardan bir bedel almasıdır. İmtiyaz sahibi kamu hizmetini bir kazanç, kâr elde etmek için kendi nam ve hesabına yürütür. Söz konusu bu kâr da ancak, söz konusu hizmetten yararlananlardan alınacak belirli bir bedel ile karşılanır. Ancak, imtiyaz sahibinin yaptığı etkinlik bir kamu hizmeti teşkil ettiğinden, hizmetten yararlananlardan alınacak bu bedel, imtiyaz sahibi tarafından belirlenmeyip, İdarece tayin edilir. İdare, bu bedeli belirlerken imtiyaz sahibinin kamu hizmetini yerine getirirken elde etmeyi umduğu kârı ve hizmetten yararlanacakların ödeme gücünü de göz önüne alır (Duran 1982, 336). Bu nedenle, belirlenen bedel fiyat olmaktan çok, bir harç ya da resim niteliğindedir (Günday 2002, 300).

İmtiyazlı şirketler, özel nitelikleri nedeniyle, daima birtakım risklerle karşı karşıya bulunsalar da; İdare sözleşme ile kararlaştırılması durumunda bunlara yardım (sübvansiyon) yapabileceği gibi, borçları için faiz garantisi de verebilir (Duran 1982, 339).

Burada üzerinde durulması gereken en önemli unsur, imtiyaz usulünde imtiyaz alana tanınmış bir tekel hakkı olup olmadığıdır. Bu konuda öğretilerde kimi yazarlar (Özay 2004, 251; Duran 1982, 337), imtiyaz sözleşmesinde tekel hakkına dair bir hüküm bulunmasa bile imtiyazın bu hakkı da içereceğini belirtmekte, imtiyaz sözleşmesinde bu yönde herhangi bir hüküm bulunmasa bile kamu hizmeti imtiyazı yönteminin tekel hakkını içerdiği öne sürmektedirler.

Ancak, imtiyaz usulüne ilişkin 1910 sayılı Kanunda bu hususu doğrulayacak nitelikte bir hüküm bulunmadığı gibi öğretide karşı yönde görüşler de mevcuttur. Erol (1999, 41)'a göre; *“Esasen kamu hizmeti imtiyazında, tekel oluşturma düşüncesi değil, serbest rekabet fikri hâkimdir. İmtiyaz veren imtiyaz sahibine rakip olmak üzere diğer bir talibe tesisat ve işletme için imtiyaz vermek hakkına sahiptir. Ancak imtiyaz veren ile imtiyaz sahibi arasında, imtiyaz sahibi ile rekabet edebilecek bir başkasına imtiyaz verilemeyeceği hususu kararlaştırılmış ise o konuda başka bir imtiyaz verilemez”* diyerek tekel hakkına karşı çıkmaktadır.

Kanaatimce bu görüş daha doğrudur, zira tekel hakkı da imtiyaz sözleşmesinin mali unsurlarından biridir ve imtiyaz alanın sözleşmeden elde edeceği kazancın miktarına doğrudan etki etmektedir. Sözleşmenin mali unsurları İdare ile imtiyaz alan şirket arasında serbestçe müzakere edilmektedir, bu nedenle sözleşmede yer almayan bir tekel hakkının varlığını kabul etmek mümkün görülmemektedir. İmtiyaz usulüne ilişkin yasal mevzuat da bunu doğrular niteliktedir.

#### 1.2.5.6. İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ya sürelerinin dolması, ya İdarece tek yanlı olarak ya da mahkeme kararıyla feshedilmeleri sonucunda sona ererler (Günday 2002, 302).

- a) **Sürenin Dolması İle:** Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri belirli süre için yapılırlar. Sürenin dolmasıyla imtiyaz kendiliğinden sona erer ve işletme bedelsiz olarak İdare'ye geçer (Erol 1999, 59; Günday 2002 302).
- b) **Tarafların Anlaşması İle**
- c) **İdarece Fesih**
- d) **Mahkeme Kararıyla Fesih:** Mahkeme kararıyla fesih iki şekilde mümkün olur. Birinci halde İdare'nin ağır kusuru nedeniyle imtiyaz sahibinin mahkemeye başvurması sonucunda olur ve imtiyaz sahibi tazminata hak kazanır. İkinci halde ise İdare'nin tek yanlı fesih yetkisini kullanmayarak mahkemeden feshini istemesi ya da öngörülemeyen hallerin süreklilik kazanması üzerine her iki tarafın mahkemeye başvurması sonucu imtiyaz sözleşmesi feshedilir (Günday 2002, 302).

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

### **1.2.5.7. İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**

#### **1.2.5.7.1. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılacak Olan Davalar**

İmtiyaz sözleşmesi nedeniyle menfaati ihlal edilen ancak, sözleşmenin tarafı durumunda olmayan üçüncü kişiler, sözleşmeye karşı hukuka aykırılık iddiasıyla iptal davası açabilirler. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, iptal davaları idari işlemler hakkında menfaati ihlal edilenler tarafından hukuka aykırılıkları ileri sürülerek açılacak davalar olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin iptali istemiyle açılacak davalar, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin açık hükmü gereği ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür.

Üçüncü kişilerin iptal davası dışında, sözleşme konusu kamu hizmetinin iyi yürütülmemesi sebebiyle uğradıkları zararların tazmini amacıyla İdare aleyhine tam yargı davası açma hakları da bulunmaktadır. Çünkü sözleşme konusu kamu hizmetini bir özel hukuk kişisi yerine getirirse bile, hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu İdaredir. Şayet İdare denetim ve gözetim görevini yerine getirmezse ve bundan dolayı hizmet iyi yürütülmezse, bu durum İdare'nin sorumluluğuna yol açar (Günday 2002, 303).

#### **1.2.5.7.2. Sözleşmenin Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Davalar**

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların önemli bir bölümü, sözleşme tarafları olan İdare ve imtiyaz sahibi arasında ortaya çıkar. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tarafları arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin davalar, şayet sözleşmede tahkim şartı bulunmuyorsa, 2577 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanı içine girer. Ayrıca, sözleşmenin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tam yargı davaları açılabilir (Günday 2002, 304).

#### **1.2.5.7.3. Tahkim Yolu**

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusu esas olarak 2675 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"un 43-45. maddelerinde ve 10 Haziran 1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New-York Konvansiyonu" uyarınca düzenlenmiştir (Kaymakçioğlu 2005, 67). Ancak özellikle 1980'lerden sonra artan özelleştirmeler çerçevesinde kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri konusundaki yeni düzenlemeler konusundaki yargı organlarının iptal kararları

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

üzerine kanun koyucu tarafından Anayasa ve ilgili mevzuatta yapılan düzenlemelerle söz konusu sözleşmeler için tahkim yolu açılmıştır. Bu çerçevede 13.08.1999 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile Anayasa’nın 47., 125. ve 155. maddeleri değiştirilmiştir.

Anayasanın 47’inci maddesinin kenar başlığı “*Devletleştirme ve Özelleştirme*” şeklinde değiştirilmiş ve ayrıca madde metnine “*Devletin kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği kanunla belirlenir.*” ifadesi eklenmiştir.

Anayasa’nın 125’nci maddesinde yapılan değişiklikle, “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*” hükmü eklenerek, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilmesine olanak tanınmıştır. Ayrıca Anayasa’nın 155’nci maddesin de değişiklik yapılarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri konusunda Danıştay’ın inceleme yetkisi iki ay içinde “görüş bildirmeye” dönüştürülmüştür.

Bu değişikliğe paralel olarak 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı yasa ile 2577 sayılı Kanun’un “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisi” başlığını taşıyan 2/1-c maddesi “*Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” şeklinde değiştirilmiştir. Yine bu Kanun’la, 2577 sayılı Kanun’un “İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay’da Görülecek Davalar” başlığını taşıyan 24. maddesi değiştirilerek, Danıştay’ın, tahkim yolu öngörülmemiş olmak kaydıyla, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından doğacak davalara ilk derece mahkemesi olarak bakacağı hükme bağlanmış ve daha sonra 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun” kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.

4501 sayılı Kanun ile milli tahkimin yanı sıra, imtiyaz sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıması halinde milletlerarası tahkim yolu da getirilmiştir. Yabancılık unsurunun varlığı, söz konusu Kanun’un 3. maddesine göre aşağıdaki iki şarttan birinin bulunması halinde kabul edilmektedir:



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

- Sözleşmeye taraf olan kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeye ilişkin teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya
- Sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması.

Bu maddeden anlaşılacağı gibi, 4501 sayılı Kanun ile imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluna götürülmesi çok kolaylaştırılmış, milletlerarası tahkim usulünün geçerli olduğu alan genişletilmiştir. Sözleşme tarafı şirket ortaklarından en az birinin, çok küçük bir hissesi de olsa, yabancı menşeli olması durumunda bu yabancılık unsurunun varlığı için yeterli olacağı gibi sözleşme tarafı şirket hissedarlarının tamamı Türk menşeli olsa bile, sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmenin yapılması söz konusu ise bu husus da yabancılık unsurunun kabulünü gerektirecektir. Anılan hükümlerle yapılacak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların hemen hemen tamamında yabancılık unsuru bulunabilecek ve milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilecektir.

2577 sayılı Danıştay Kanunu'nun ilgili maddelerinde yapılan değişiklik ve 4501 sayılı Kanun'a göre, kamu imtiyaz sözleşmelerine tahkim koşulu konulmamış ise bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da; tahkim koşulu konulmuş ise tahkim yoluyla çözümlenecektir. Milli hakem kararlarının temyiz mercii ile milletlerarası hakem kararlarının tenfiz mercii de Yargıtay olacaktır.

#### **1.2.5.7.4. İmtiyaz Uygulamasına İlişkin Özel Düzenlemeler**

İmtiyaz uygulamalarında temel kanun olan 1326 sayılı Menafii Umumiyyete Ait İmtiyazat Hakkında Kanun 1980'li yıllara kadar yürürlükte kalmış ve uygulanmıştır. 1980'lerin başında izlenmeye başlanan özelleştirme politikaları sonucunda kamu hizmetinin görülmesinde yeni modeller gündeme gelmeye başlamıştır. Kamu hizmetlerinin görülmesinde bu dönemde gündeme gelen en önemli usul "Yap-İşlet-Devret" denilen yeni bir modeldir. YİD modeli, bu yıllarda özellikle Büyükşehir belediyeleri tarafından otogar, metro, doğalgaz şebekesi, turistik otel ve motel inşaatı gibi büyük harcamaları gerektirecek bazı yerel kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin projelerde kullanılmaya başlanmıştır. Bu modelin gündeme geliş nedeni, iç finansman kaynaklarının yetersiz kalması sonucu gerekli alt yapı yatırımlarının gerçekleştirilmeme riski karşısında, ulusal ve özellikle de uluslararası özel sermayeden yararlanmaktır. Bu iç etki yanında, modelin ortaya çıkışında uluslararası sermayenin gelişmekte

olan ülkelerdeki kamu kesiminin elinde bulunan kâr marjı yüksek sektörlerin özel sektöre devrini talep ederek bu tür yatırımların hedef seçilmesidir (Güneş 1999, 21).

Bu yöntem 1980’li yılların başından itibaren, belli bir kamu hizmetine ilişkin tesisin kurulması ve bu tesiste kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesi ve süre sonunda da tesisin hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan İdare’ye geçmesi amacıyla da kullanılmaya başlanmıştır (Günday 2002, 307) .

Bu modelin kanuni çerçevesini ilk olarak ortaya koyan düzenleme 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerdir. Bu düzenlemeyi 28 Mayıs 1988 tarihli ve 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” takip etmiş ve nihayet 3996 sayılı “Bazı Yatırımların ve Hizmetlerin Yap-İşlet- Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun”<sup>10</sup> ile söz konusu modele son hali verilmiştir. 3996 sayılı Kanun ile bu modele ilişkin yasal çerçeve genişletilerek kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve görev alanı içinde olup da ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren pek çok yatırım ve hizmetin bu usulle yapılmasının önü açılmıştır.

#### **1.2.5.7.5. Anayasanın 47. Maddesinde Yapılan Değişiklik**

1980’li yılların başında kamu hizmeti imtiyazı usulünün uygulanmasında ortaya çıkan YİD modeline ilişkin mevzuatta ilk önemli değişiklik Anayasa’nın 47. maddesinde 13.8.1999 tarihinde 4446 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Bu Kanun ile “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği ve devredilebileceği kanunla belirlenir.*” hükmü Anayasa’nın 47. maddesine eklenmiştir.

Anayasa’da yapılan bu değişikliğe paralel olarak 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun”da değişiklik yapılarak, önceden anılan Kanun’un kapsamında olmayıp, 3096 sayılı Kanun kapsamında olan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti faaliyeti 3996 sayılı Kanun kapsamına da alınmış ve 3996 sayılı Kanun çerçevesinde İdare ile özel hukuk sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Yapılan bu değişikliklerin amacı Anayasa

<sup>10</sup> 13 Haziran 1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

Mahkemesi'nin 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılan sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri olarak niteleyen kararını<sup>11</sup> etkisiz kılmaktır (Günday 2002, 312).

Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik ve 4493 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler neticesinde, daha önce yüksek yargı organları kararında da kamu hizmeti niteliğinde ifade edilmiş olan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti faaliyeti konularında İdare ile özel hukuk sermaye şirketleri arasında yapılacak olan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır. Söz konusu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması sonucunda, idari sözleşmelerde İdare'nin sahip olduğu üstün yetkileri ortadan kalkacaktır. Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerine İdare Hukuku kuralları uygulanması durumunda, üstün yetki ve ayrıcalıklarla donanmış olan İdare'nin bu üstünlüğü, sözleşmelerin özel hukuk kurallarına tabi tutulması halinde ortadan kalkacaktır. Örneğin; İdare'nin imtiyaz sözleşmelerinde sahip olduğu tek yanlı fesih, denetim ve yaptırım uygulama yetkileri, sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olduğu takdirde ortadan kalkacaktır.

---

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 tarih, 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı

*“İnsanlar yaptıkları ahitleri yerine getirmelidirler; bu olmazsa, ahitler boşunadır ve anlamsız sözcüklerden ibarettir.”*

***Thomas Hobbes “Leviathan”***

## **BÖLÜM 2**

# **MEVCUT SÖZLEŞMELER ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE ELEKTRİK PİYASASI**

## **2.1. ELEKTRİK PİYASASININ TARİHSEL GELİŞİMİ ve YASAL DÜZENLEMELER**

### **2.1.1. Türkiye Elektrik Piyasasının Tarihsel Gelişimi**

19’uncu yüzyılın sonlarında bulunan elektrik enerjisinin, günlük hayata girmesi sonucunda ilk elektrik santrali 1882’de Londra’da kurulmuştur. Türkiye’de ilk elektrik, 15 Eylül 1902’de II. Abdülhamit döneminde Tarsus’ta bir yabancının kurup işlettiği ve bir su değirmeni tarafından çevrilen 2 kW’lık bir dinamodan elde edilmiş ve Tarsus’un aydınlatılmasında kullanılmıştır. Tamamen bir özel sektör girişimi niteliğinde olan bu girişimin benimsenmesi neticesinde üretim 60 kW’a çıkarılmış ve Türkiye’deki elektrik üretiminin başlangıcını teşkil eden ilk teşebbüs olarak tarihteki yerini almıştır. İlk organize elektrik üretimi ise Macar GANZ Anonim Şirketi’nin, Banque Generale de Credit ve Banque de Brexellese şirketi ile birlikte Osmanlı Elektrik Anonim Şirketi adı altında Silahtarağa Santralinden 1910 yılında sağlanmıştır. Önceleri tramvay işletmek için kullanılan elektrik enerjisi ilk olarak 11 Şubat 1914’de

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

İstanbul'a verilmeye başlanmıştır (Kırbiyık 2002, 79). Söz konusu şirket, imtiyazlı şirket olarak 1 Temmuz 1938 tarihine kadar varlığını sürdürerek, bu tarihte devletleştirilmiştir (Kulalı 1996, 83; Toktaş 1993, 101).

1923-1945 yılları arasında İzmir, Ankara, Adana, Bursa, Gaziantep ve Tekirdağ gibi şehirlere elektrik verilebilmesi için bazı şirketlere yetkiler verilmiş ancak zamanla bu şirketler de devletleştirilmiştir (Toktaş 1993, 101). 1935 yılında Etibank, Maden Tetkik ve Arama, Elektrik İşleri Etüt İdaresi, 1945 yılında İller Bankası ve 1953 Devlet Su İşleri (DSİ) elektrik sektöründe faaliyet göstermeye başlamıştır.

İlk bölgesel santral olan Çatalağzı Termik Santral'i 1948 yılında, İstanbul'a elektrik takviyesi sağlamak üzere kurulmuş ve 1952 yılına kadar Ereğli Kömürleri İşletmesi'ne bağlı olarak faaliyette bulunmuştur. 1952 yılında Kuzeybatı Anadolu Elektriklenme Türk A.O., 1953 yılında Ege Elektrik Anonim Şirketi, Çukurova Elektrik A.Ş. ve 1956 yılında Kepez ve Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş. (KEPEZ) kurulmuş ancak Kuzeybatı Anadolu Elektriklendirme Türk A.O. sonradan dağılmış, Ege Elektrik Anonim Şirketi ise başarılı olamamış, tasfiye edilmiştir (Toktaş 1993, 101).

1960 yılında Batı, Kuzeybatı, Orta ve Güneydoğu Bölgelerini içine alan bölgede elektrik alımı, üretimi, iletimi ve dağıtımını yapan işletmeler topluluğunun adı Etibank Elektrik İşletmeleri Müessesesi olarak değiştirilmiştir. 1970 yılında 1312 sayılı Kanun'la Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) kurularak, Etibank, DSİ, İller Bankası ve belediyelere ait santraller TEK'e devredilmiştir. ÇEAŞ ve KEPEZ ise varlıklarını 2003 yılına kadar sürdürmeye devam etmiştir. Belediyelerin elinde bulunan dağıtım tesisleri ise, 3.9.1982 tarih ve 2705 sayılı Kanun ile TEK'e devredilmiştir. 2705 sayılı Kanun'la getirilen bir diğer yenilik ise TEK ve DSİ'nin santral kurma konusunda sahip oldukları tekelin kaldırılarak, elektrik sektörünün özel sektöre açılması ve özel sektörün elektrik üretim tesisleri kurarak, ürettiği elektriği TEK'e satmasına olanak tanınmasıdır (Kulalı 1996, 84).

Kurulduğu ilk yıllarda ülke standartları açısından kaliteli ve ucuz hizmet üreten TEK, zamanla verimsizleşmeye başlamıştır (Tekinel 1993, 176). İdare, zaman içinde elektrik tüketimindeki artışlara paralel olarak yatırım ihtiyacının da artması sonucunda gerekli kaynakları TEK'e aktarmakta zorlanmaya başlamış ve Kurum özellikle 80'li yıllarda itibaren birçok projeyi dış kredilerle tamamlamak zorunda kalmıştır. Bu durum TEK'in maliyetlerinin faiz ve kur farkları nedeniyle artmasına yol açmasına rağmen, Kurum'un önemli gelir kaynakları arasında yer alan büyük hidroelektrik santrallerinin gelirlerini Kamu Ortaklığı İdaresi'ne aktararak yeni otoyollar gibi altyapı hizmetlerinin yapımında kullanılmaya başlanmıştır (Tanyelioğlu 1993, 97).

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

1993 yılında, 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile TEK, üretim ve iletimden sorumlu olmak üzere Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. (TEAŞ), dağıtımdan sorumlu olmak üzere Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) şeklinde ikiye bölünmüştür.

Elektrik sektöründe özel sektörün de faaliyet göstermesini öngören ilk düzenleme olan 2705 sayılı Kanun'dan sonra, 1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı Yasa ile elektrik sektöründe özel sektörün de faaliyette bulunacağı yeni bir yapılanmaya gidilmiştir.

1994-1997 yılları arasında YİD, Yİ ve İHD modelleri hakkında çıkarılan çeşitli kanunlarla<sup>12</sup> düzenlenen elektrik sektöründe, özel sektörün de faaliyet göstermesi ve böylelikle kamunun kaynak yetersizliği nedeniyle gerçekleştiremediği bu alandaki yatırımların özel sektör tarafından gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. 1999 yılında 4446 sayılı Kanunla<sup>13</sup> Anayasa'nın 47. maddesinin değiştirilmesi ve 2000 yılında 4501 sayılı Kanun'un<sup>14</sup> yürürlüğe girmesi sonucunda, elektrik sektörünü de içine alan kamu hizmetleri alanında yapılacak imtiyaz sözleşmelerinin idare hukuku ya da özel hukuk kurallarına tabi kılınarak bunlardan doğan anlaşmazlıkların da milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebilmesi olanağı getirilmiştir. TEAŞ, 2000/1312 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı<sup>15</sup> ile Türkiye Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) olmak üzere üç bağımsız kısma bölünmüştür.

Elektrik sektörünü rekabete açan ve özel hukuk hükümlerine göre işleyen bir elektrik piyasasının oluşturulmasını amaçlayan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu<sup>16</sup> 20.02.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'a özel sektörün katılımı ve kamu kaynakları ile karşılanamayan gerekli yatırımların

<sup>12</sup> 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun" R.G.21959, 13.6.1994;

4047 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapıtırılması Dair Kanun", R.G. 22130, 13.12.1994;

4180 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", R.G.22747, 4.9.1996;

4283 sayılı "Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun", R.G.23054, 19.07.1997

4493 sayılı "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" R.G. 23914, 20.12.1999

<sup>13</sup> 4446 sayılı "T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", R.G. 23786, 14.8.1999

<sup>14</sup> 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun", R.G.23941, 22.1.2000

<sup>15</sup> 2000/1312 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, R.G.24194, 8.10.2000

<sup>16</sup> 4628 sayılı "Elektrik Piyasası Kanunu" R.G.24335, 20.02.2001

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

özel sektör tarafından yerine getirilmesi bir türlü sağlanamamıştır. Ayrıca 4628 sayılı Kanun'dan evvel mevzuatta tam bir karmaşa yaşanmış, özellikle elektrik hizmetleri konusunda yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi, imtiyaz teşkil etmeyen sözleşmeler olduğu yönündeki çeşitli düzenlemeler yürürlüğe girdiklerinden bir süre sonra Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları ile iptal edilmişler ve ancak Anayasa değişikliği ile bu husustaki yüksek yargı organlarının muhalefeti aşılabilmektedir. 4501 sayılı Kanunla da söz konusu kanunlardan doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak sözleşmelerde milli ya da milletlerarası tahkim yolunun tercih edilebileceği öngörülmüştür.

4628 sayılı Kanun'dan önce elektrik üretim piyasasında TEAŞ ile özel sektör şirketleri arasında YİD, Yİ ve İHD modelleri çerçevesinde yirmi yıllık anlaşmalar imzalanmıştır. Dağıtım piyasasında ise TEDAŞ ile özel sektör şirketleri arasında 30 yıllık İHD sözleşmeleri imzalanmıştır. Elektrik piyasasını yatırımcı için cazip kılabilmek için, anılan sözleşmelerde süre uzun tutularak, uzun dönem alım/gelir garantilerine ve Hazine Müsteşarlığı'nın ödeme garantilerine yer verilmiştir.

### **2.1.2. 3096 sayılı Kanun'dan Önceki Dönem ve Kamu Hizmeti İmtiyazları**

Gerek Osmanlı İmparatorluğu, gerekse Cumhuriyet Dönemi'nde kamu hizmeti imtiyazı yönteminin sık sık kullanıldığı alanların başında elektrik sektörü gelmektedir. İmtiyaz usulünde İdare, elektrik üretim tesislerinin mülkiyetini devretmemekte, ancak bunların belli bir süre ile işletilmesi konusunda özel sektöre yetki vermekte ve bu süre zarfında özel sektör tarafından elektrik üretilmektedir. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi'nde imtiyazlı şirketler genelde büyük devletlerin ve Deyun'u Umumiye'nin baskıları sonucunda görevlendirildiklerinden, Türkiye Cumhuriyeti yeni kurulduğunda bunların büyük çoğunluğu devletleştirilmiştir. Ancak, 1950'lerde uygulanmaya başlanan liberal ekonomi politikaları sonucunda imtiyaz usulü yeniden uygulanmaya başlanmıştır.

Elektrik sektöründeki ilk düzenleme 10 Haziran 1910 tarihinde çıkarılan "Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun"dur. Bu Kanun'a göre elektrik sektöründe yapılan ilk uygulama, İstanbul'da elektrik enerjisinin üretimi ve dağıtımını hizmetlerini gerçekleştirmek için Macar GANZ Elektrik Anonim Şirketi'ne 1 Ekim 1910 tarihinde 50 yıllık bir süre için verilen imtiyazdır. Bu uygulamaya Cumhuriyet döneminde de devam edilerek, 1926 yılı ve daha sonraki yıllarda elektrik üretimi ve dağıtım alanında 40-50 kadar şirket kurulmuştur (Koçoğlu 1993, 169). Bunlardan ÇEAŞ, Kepez, Kayseri ve Civarı T.A.Ş. kalıcı olmuş ve uzun süre varlığını korumuştur.

### **2.1.3. 3096 sayılı Kanunla Başlayan YİD Dönemi**

#### **2.1.3.1. YİD Modeli**

YİD modeli, projelerin gerçekleştirilmesi için gerekli maddi kaynağın sağlanmasında kullanılan, küreselleşme süreci ve özelleştirme girişimleri sonucu 1980’li yılların başında ortaya çıkmış bir modeldir. Devlet, 1980’li yılların başına kadar yatırımlarını genellikle kamu sektörüne ağırlık vererek yürütmüş ve kamu hizmetleri genellikle kamu kurumları eliyle yerine getirilmiştir. Ancak 1980’lerde ortaya çıkan özelleştirme girişimleri sonucu kamu hizmetlerinin özel kesim tarafından kurulması ve işletilmesi yöntemi benimsenmiştir. Bu nedenle, 1984 yılında 3096 sayılı Kanun ile elektrik sektöründe, 1988 yılında çıkarılan 3465 sayılı Kanun ile ulaşım sektöründe ve 1994 yılında çıkarılan 3996 sayılı Kanun başka alanlarda da YİD yöntemi kullanılmaya başlanmıştır (Giritli-Bilgen-Akgüner 2001,851).

YİD modelinin özellikleri şu şekilde sıralanabilir (Güneş 1999, 43);

- Bu modelde projenin tüm mali riskini özel hukuk kişisi yüklenmiş durumdadır ve kamu tarafı sadece üretilen mal veya hizmetin belli bir fiyat ve belli bir süre ile alımı ve ödenmesi konusunda garanti vermektedir. Bazı projelerde kamunun alım garantisi yoktur (örneğin yat ve hava limanlarında hizmet kamu tarafından değil, özel kişiler tarafından alınmaktadır).
- Sözleşme süresi sonunda tesis, her türlü borçtan arındırılmış olarak sağlam ve işler bir vaziyette, devlet veya onun göstereceği kişiye bedelsiz olarak devredilecektir.
- Kamunun yatırım ve işletme döneminde özel hukuk kişisini denetleme hakkı vardır.
- Anayasa’da ve ilgili kanunlarda yapılan değişiklikler neticesinde YİD modeli çerçevesinde düzenlenecek sözleşmeler idari sözleşme niteliğindeki imtiyaz sözleşmeleri olabileceği gibi özel hukuk sözleşmeleri de olabilecektir. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde ise milli veya milletlerarası tahkim yolu öngörülebilir.
- Model amacı yüksek maddi kaynak ve ileri teknoloji gerektiren yatırım ve hizmetlerin yerli ve yabancı özel hukuk kişilerinin katılımıyla gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Böylece kamu kesiminin altyapı yatırımları için ayıracağı kaynaklar öncelikli projelere yönlendirilebilecektir. Yerli girişimciler yatırımın inşaat bölümünü yüklenirken, yabancı yatırımcılar ileri teknoloji gerektiren makine, teçhizat ve montaj işlemlerini yüklenmektedir.



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

- Model, altyapı hizmetlerini gerçekleştirmekte kaynak sıkıntısı nedeniyle zorlanan kamu kesiminin bu açığının yerli ve yabancı özel kesimden sağlanacak kaynaklarla giderilmesi amacıyla düzenlenmiştir.
- Bu modelde yüksek risk taşıyan ve aynı oranda yüksek sermaye gerektiren altyapı hizmetlerinin gerçekleştirilebilmesi için İdare'nin karşısında yerli ve yabancı konsorsiyumlar bulunmaktadır.

YİD modelinin yasal çerçevesini 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar ile onlara dayanılarak çıkarılan çeşitli yönetmelikler oluşturmaktadır. Söz konusu modelin uygulanması için çıkarılan ilk kanun, 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”<sup>17</sup>dur. Bu Kanun’a dayanılarak 16.8.1985 tarih ve 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile bir de Yönetmelik çıkarılmıştır<sup>17</sup>. YİD’e ilişkin ilk yasa olan 3096 sayılı Kanun TEK dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi şirket statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlenmektedir.

YİD modeline ilişkin ikinci örnek olan 3465 sayılı Yasa ile otoyolların veya yapılmış veya yapılacak otoyollar üzerindeki yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda özel hukuk sermaye şirketlerinin görevlendirilebilmesi düzenlenmiştir.

Elektrik ve otoyollar konusundaki bu yasalardan sonra köprü, baraj, tünel, sulama, içme ve kullanma suyu, artıma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı, deniz ve hava limanları konularındaki YİD modelini düzenleyen 3996 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Adı geçen Kanun’da, YİD modeli, “İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi” olarak tanımlanmıştır.

3996 sayılı Kanun’da 4047 sayılı Kanun ve 4180 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır. 24.11.1994 tarih ve 4047 sayılı Kanun ile enerji sektörü 3996 sayılı Kanun’un kapsamından çıkarılmış ve 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi işlerin 3996 sayılı Kanun’un 5, 11, 12 ve 14 üncü maddeleri hükümlerinden yararlanma imkânı getirilmiştir. 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle YİD sözleşmesinin şekli, 11. maddesiyle Hazine Müsteşarlığınca verilecek garantilere

<sup>17</sup> “Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik”

ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 30.08.1996 tarih ve 4180 sayılı Kanun ile de 3996 sayılı Kanun'un Hazine garantilerine ilişkin 11. maddesi değiştirilmiştir.

3996 sayılı Kanun'un ilk halinde, İdare ile sermaye şirketi arasında imzalanacak sözleşmenin "*imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde*" bir sözleşme olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Ancak bu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine<sup>18</sup> Anayasa'nın 47. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna paralel olarak 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı yasa<sup>19</sup> ile 3996 sayılı yasanın kapsamı elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini içerecek şekilde genişletilerek, söz konusu Kanun'un 5. maddesine "*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir*" ibaresi eklenmiştir.

Ayrıca, 4493 sayılı yasa ile 4501 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce YİD modeline göre başlatılmış projeler ve işler ile 3096 ve 3465 sayılı yasalara tabi proje ve işlere de 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince sözleşmeye özel hukuk hükümlerinin uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurması halinde ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verileceği hükmü getirilmiştir. Bu takdirde sözleşme "*uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak*" Bakanlar Kurulu Kararı'nın yayımını izleyen üç ay içinde özel hukuk hükümlerine tabi olacak şekilde yeniden düzenlenecektir. Söz konusu süre tarafların anlaşması halinde en çok üç ay kadar daha uzatılabilecektir.

3996 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik neticesinde, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti bir taraftan 3096 sayılı diğer taraftan da 3996 sayılı Kanun'larla düzenlenmektedir. Başka bir deyişle, aynı konuyu (elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti) düzenleyen iki Kanun (3096 ve 3996 sayılı Kanunlar) aynı anda yürürlükte bulunmaktadır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde yasa koyucu 3996 sayılı Kanun uyarınca imzalanan sözleşmeleri özel hukuk kapsamına alıp, 3096 sayılı Kanun uyarınca imzalanan sözleşmeleri bu kapsama almadığı için elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti konularında 3096 sayılı Kanun uyarınca yapılan sözleşmeler İdare Hukuku, 3996 sayılı Kanun'a göre yapılan ise özel hukuk kuralları kapsamında değerlendirilecektir.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 tarih, 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı

<sup>19</sup> 22.12.1999 tarih ve 23914 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

### 2.1.3.2. YİD Modelinin İşleyişi

Söz konusu model, çeşitli alt anlaşmalarla desteklenen ve karmaşık ilişkilerden oluşan bir modeldir. Modeli düzenleyen iki kanundan biri olan 3096 sayılı Kanun ve ona dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca iki tür sözleşme yapılabilir. Bunlar elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme amacıyla yapılacak olan “Görev Sözleşmesi” ile görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine ilişkin “İşletme Hakkı Sözleşmesi”dir (Gözübüyük ve Tan 2001, 48). Sadece elektrik üretmek amacıyla kurulacak üretim şirketlerine ise bu Kanun kapsamında izin verilebilmektedir.

3096 sayılı Kanun’a göre ya istekli şirketler başvururlar ya da Bakanlık yapılmasını istediği tesisleri Resmi Gazete’de ilanla duyurur. Kanun koyucu, İdareye bu yönde bir seçim hakkı tanımıştır.

3996 sayılı Yasa’da ise istekli şirketin başvurusu üzerine Yüksek Planlama Kurulu’nun kararıyla YİD modeli uygulanmaktadır. Bu Kanun’da 3096 sayılı Kanun’dan farklı olarak gerçekleştirilecek projenin ilan edilmesi ve böylelikle şirketin seçiminde rekabetin sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca 3996 sayılı Kanun uygulamasında, yine 3096 sayılı Kanun’dan farklı olarak, öngörülen yatırım için şirketlerce sağlanacak öz kaynak miktarının toplam yatırım bedelinin % 20’sinden az olamayacağı şartı bulunmaktadır.

### 2.1.3.3. YİD Modeli İle Yapılan Yatırımların Yararları

YİD modelinin yararları şu şekilde sıralanabilir<sup>20</sup>(Güneş 2002, 27);

- Söz konusu modelin makro ekonomik açıdan bakıldığında, ileri teknoloji transferi, yabancı sermaye girişinin artması, istihdam ve vergi gelirlerinde artış, bölgeler arası kalkınma farklarının giderilmesi ve iç tasarrufların artışı gibi çeşitli yararları bulunmaktadır. Ancak Türkiye uygulamasında yabancı şirketlerin taahhüt ettikleri sermayenin tamamını getirmedikleri görülmüştür.
- Bu model kapsamında yürütülen projeler, Kamu imkânlarıyla yapılanlardan daha kısa sürede sonuçlandırılacaklarından, önemli projelerin öncelikli olarak uygulama imkânının doğması sağlanabilir. Ancak ülkemizde model kapsamındaki uygulamalardaki projelerin başlama ve bitiş tarihleri arasında yaklaşık on yıllık bir süreç bulunmaktadır. Türkiye modelin bu avantajını kullanmamıştır.
- Model kapsamında yapılan projelerin finansmanı özel sektör tarafından sağlandığından, kamu kesiminin altyapı yatırımlarına ayıracağı kaynak oranı

<sup>20</sup> (Sayıştay 2004, 1)

azalmakta ve sosyal içerikli projelere kamu tarafından kaynak aktarılabilir.azalmaktadır.

- Bu model kapsamında yapılan yatırımlar kamu imkânlarıyla yapılanlardan daha kısa sürede tamamlandığından altyapı açığını kapaması ve maliyetlerden tasarruf sağlaması gibi faydaları da vardır.

Yukarıda sayıldığı gibi, anılan modellerin çeşitli yararları bulunsa da bunlar ancak model iyi kullanılırsa söz konusu olmaktadır. Anılan model azımsanamayacak kadar da risk içermektedir.

#### 2.1.3.4. YİD Modelinin Riskleri

Söz konusu modelin riskleri ise aşağıda özetlenmiştir<sup>21</sup>;

- Modelin en önemli dezavantajı yüksek maliyet unsurunu beraberinde taşımasıdır. YİD uygulamalarında gerekli finansman özel sektör tarafından temin edileceğinden, klasik finansman yöntemleriyle yapılan işlere oranla daha pahalıya mal olmakta ve yatırım maliyeti üretilen mal veya hizmetin birim fiyatına aynen yansımaktadır. Bu nedenle, projelerin değerlendirilmesi aşamasında fayda-maliyet analizleri iyi yapılmalıdır.
- Model kötü şekilde uygulanırsa; makro ekonomik açıdan pahalı yatırımları teşvik eder. Teşvik uygulamaları nedeniyle vergi kayıpları, işletme döneminde yapılacak kâr transferleri nedeniyle de döviz çıkışları ve kamu yatırımlarının tercihlerinde çarpıklık gibi olumsuz sonuçlar doğurabilir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde, YİD modeli iyi kullanıldığında faydalı bir uygulama iken, iyi analiz edilmeden uygulandığında tehlikeli sonuçlar doğurabilmektedir. Maalesef Türkiye uygulamasında modelin sayılan tüm olumsuz sonuçları gerçekleştiği iddia edilmektedir<sup>22</sup>.

Nitekim enerji alanındaki YİD uygulamaları konusunda çeşitli devlet kuruluşları arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), bazı projelere enerji fazlası doğacağı gerekçesi ile onay vermezken, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın (ETKB) bu projelerin yapılmasının enerji açığının kapatılması açısından gerekli olduğunu savunmuştur. Ayrıca 3096 ve 3996 sayılı Kanun'ların açıklık, aleniyet ve serbest rekabeti sağlama açısından çeşitli eksiklikleri bulunduğu ve idareye subjektif davranma olanağı sağladığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır (Güneş 2002, 28).

---

<sup>21</sup> (Sayıştay 2004, 2)

<sup>22</sup> (Sayıştay 2004, .1)

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

3096 sayılı Kanun'da, İdare'ye özel hukuk kişilerinin elektrik piyasasına girmesini sağlamaya yönelik iki seçenek sunulmuştur. Bunlardan ilki, "görevli şirket" uygulamasıdır. 3096 sayılı Kanun'un "Görevin verilmesi" başlığını taşıyan 3'üncü maddesine göre; "*elektrikle ilgili hizmet üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü içeren Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen çerçeve içerisinde ilgili görevli şirketle sözleşme akdeder*".

Enerji satışı ve tarifeler hususu, Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Enerji tarifeleri görevli şirketin teklifi ve ETKB'nin onayı ile yürürlüğe girmektedir. Tarifelerin tespitinde, "*yıllık işletme, bakım ve onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, diğer masraf ve harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin de sağlanması esastır*".

Söz konusu Kanun'a göre piyasaya girmenin ikinci yolu üretim şirketi izni almaktır. 3096 sayılı Kanun'un "Elektrik üretimi müsaadesi verilmesi" başlığını taşıyan 4. maddesine göre; "*Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatının, olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verilebilir. Bu tesiste üretilecek elektrik enerjisi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılır*".

3096 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddeleri kapsamında yapılacak sözleşmelerin süreleri 99 yıla kadar uzayabilmektedir<sup>23</sup>. Bu sözleşmelerde süre uzatımı talep edilmez ise sürenin bitimi ile sözleşme son bulacaktır. Sözleşmenin son bulması YİD usulünün mantığına uygun olarak, tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden arî olarak Devlete bedelsiz olarak geçecektir. Anılan sözleşmeler ayrıca görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi durumunda süresinden önce de feshedilebilir.

3096 sayılı Kanun, kendisinden önceki mevcut imtiyaz sözleşmeleri kapsamında faaliyet gösteren imtiyazlı şirketlere ilişkin hükümler getirerek, bunları kapsamına almaya yönelik hükümlere yer vermiştir. Kanun'un geçici 1. maddesine göre; "*Bu Kanunun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazına sahip şirketlerin, kurmuş ve işletmekte oldukları ve fakat imtiyaz kapsamına alınmamış üretim, iletim ve dağıtım tesisleri ile bu*

<sup>23</sup> Madde 7

*tesislerin bulunduğu iller imtiyaz sözleşmesi kapsamına alınmıştır. Bu Kanun hükmünün gerektirdiği sözleşme değişikliği Kanunun yayımını takiben 3 ay içinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ile şirket yetkililerince imzalanır”.*

Ayrıca geçici 2. maddeye göre, Kanun’un yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazlarına sahip şirketler, diledikleri takdirde, Kanun’un yayımından itibaren bir yıl içerisinde ETKB’ye müracaat ederek görevli şirket haline dönüşmelerini istediklerinde Bakanlar Kurulu Kararıyla kendilerine 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkı verilebilir. Buna ilişkin sözleşme değişikliği Bakanlar Kurulu Kararı’ndan itibaren 3 ay içerisinde ETKB ile şirket yetkilileri arasında imzalanacaktır.

3096 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin olarak çeşitli yönetmelikler çıkarılmıştır. Bunlardan önemli olanlarına aşağıda yer verilmektedir.

**2.1.3.5. Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik**

4.9.1985 tarihli ve 18858 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren bu yönetmelikle<sup>24</sup> esas olarak 3096 sayılı Kanun’da belirtilen üretim şirketlerine izin verilmesine ilişkin esaslar belirlenmiştir. Ancak bu Yönetmelikle 3096 sayılı Kanun’da yer almayan “otoprodüktör” kavramı da düzenlenmiştir<sup>25</sup>. Bu Yönetmelikle Otoprodüktör; “*kendi faaliyet alanının enerji ihtiyacını karşılamak üzere bu Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin (g) bendinde belirtilen şartları taşıyan üretim tesisi kurup elektrik üreten tüzel kişiler grubu*” olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikle getirilen bir diğer yeni tanım ise “otoprodüktör grubu”dur. Otoprodüktör grubu; “*Kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere bu Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin (g) bendinde belirtilen şartları taşıyan, üretim tesisi kurup elektrik üreten tüzel kişiler grubu*” olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu Yönetmelikle ilk defa düzenlenen ve esasında bir elektrik üretim tesisi olan otoprodüktörlere ilişkin bir takım farklı hükümler getirilmiştir. Yönetmeliğin 4. maddesine göre, otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketlerine, üretim tesisi kurmak için ETKB’ye başvurmaları halinde, buldukları bölgeye bağlı olarak TEAŞ ve TEDAŞ ile görevli şirketin görüşü alındıktan sonra ETKB tarafından izin verilebilmektedir. 3096 sayılı Kanun’da üretim şirketleri için DPT’nin görüşü alınırken, söz konusu Yönetmelikte aslında

<sup>24</sup> Yönetmeliğin başlığı 4.4.1996 tarih ve 96/8007 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilmiştir.

<sup>25</sup> Madde 2

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

bir elektrik üretim tesisi olan otoprodüktörlere izin verilebilmesi için DPT görüşü yerine TEAŞ/TEDAŞ veya görevli şirketin görüşü aranmaktadır.

Yönetmelikte otoprodüktörlerin üreteceği ihtiyaç fazlası enerjinin satışına, ulusal iletim sistemine bağlantı yapılmasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Yönetmeliğin 4 (g) maddesine göre otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketlerin ürettiği ihtiyaç fazlası enerjiyi TEAŞ, TEDAŞ veya görevli şirketlere satın satmamasına bakılmaksızın enterkonnekte sisteme bağlantısının bulunması halinde Sözleşmeyi<sup>26</sup>, Bakanlık ile imzalayacaktır. Şayet otoprodüktörler tarafından üretilen enerji, üretildiği yerde tüketilmeyip, TEAŞ/TEDAŞ ve/veya görevli şirketlere ait enerji iletim ya da dağıtım hatları üzerinden nakil yapıldıktan sonra tüketilecekse, Bakanlık ile **Otoprodüktör Sözleşmesi** ve TEAŞ/TEDAŞ veya görevli şirketler ile **Elektrik Satış Anlaşması (ESA)** yapılacaktır<sup>27</sup>. Yönetmelikte, Otoprodüktörler ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerinin faaliyet bölgeleri içinde yer alan TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıkları veya görevli şirketler ile Enerji Satış Anlaşması imzalayacağı ve Otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerin bu şirketler ile enerji alış-verişi konusunda enerji mahsuplaşması yapacağı belirtilmiştir.

Otoprodüktörlerin ihtiyacının üzerinde üreteceği elektrik enerjisinin satış fiyatı ve bu enerjinin kime satılacağı konusunda ise Yönetmeliğin 4/h maddesi ile getirilen düzenleme uyarınca; otoprodüktör ve/veya Otoprodüktör grubunun üreteceği fazla elektrik enerjisinin satış fiyatını, enerji dağıtımını yapan kuruluşların ülke genelinde nihai tüketiciye uyguladıkları ortalama enerji fiyatından fonlar ve paylar düşüldükten sonra kalan kısmının % 85'ini geçmeyecek şekilde Bakanlıkça belirlenecek ve bu enerji santralin bağlantısını yapan kuruluşa satılacaktır.

### **2.1.3.6. TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik**

4.9.1985 tarihli ve 18858 sayılı Remi Gazete'de yayımlanan, 16.8.1985 tarih ve 85/9800 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan bu Yönetmelikle, TEK dışındaki yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımını ve ticareti ile görevlendirilecekleri bölgelerin belirlenmesi hususu düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre görev bölgeleri il sınırı olarak belirlenmiş ve 33 adet görev bölgesi belirlenmiştir. Bakanlar Kurulu 3096 sayılı Kanun'a göre verilmiş haklar saklı kalmak kaydıyla bunlara yeni görev

<sup>26</sup> Otoprodüktör Statüsünde Üretim Tesisi Kurulması, İşletilmesi ve Enerji Fazlasının Teaş, Tedaş ve Bağlı Ortaklıkları Veya Görevli Şirketlere Satışına İzin Verilmesine İlişkin Sözleşme

<sup>27</sup> İlgili Yönetmeliğin 4 (g). Maddesi

bölgeleri ekleyebilir. Ayrıca, ETKB verimlilik ve hizmetlerin bir bütünlük uyarınca yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak Bakanlar Kurulu'na bu bölgelerin bölünmesini ve birleştirilmesini önerebilmektedir<sup>28</sup>. Yönetmeliğin Geçici 1'inci maddesi uyarınca bu yönetmeliğin yayımı tarihinden önce 3096 sayılı Kanun uyarınca yapılmış olan görevlendirmelere (ÇEAŞ, KEPEZ v.b. gibi) ilişkin görev sınırlarının saklı olduğu ifade edilmiştir.

### **2.1.3.7. Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik**

23.2.1987 tarih ve 19381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 87/11488 sayılı bu yönetmelikle<sup>29</sup> görevli şirketlere ilişkin görev bölgesi, görev sözleşmesi gibi çeşitli esaslar düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinde görev bölgesi; "3096 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca TEK dışındaki yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti görevlerinin tamamının veya bölgedeki tesislerinin özelliğine göre bir kısmını verileceği bölge" olarak tanımlanmıştır. Yine söz konusu madde uyarınca görev sözleşmesi; "Bakanlar Kurulunca onaylanan görev bölgesinde elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti görevlerinin tamamının veya bölgedeki tesislerin özelliğine göre bazılarının yapılması hususunda görevli şirket ile bakanlık arasında düzenlenen sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte işletme hakkı verilmesine ilişkin sözleşme ise; "mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına ait olup, (kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) görev şirketlerine işletme hakkı verilecek tesisler için ilgili kuruluş ile görev şirketi arasında düzenlenen sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

Yönetmeliğe göre Bakanlıkla görevli şirketler arasında süresi en çok 99 yıl olabilen görev sözleşmeleri yapılarak, bölge içerisindeki elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti faaliyetlerinden tamamı veya bir bölümü yapılması hususunda söz konusu şirketlere görev verilebilmektedir. Görevli şirketlere bölgeleri dâhilinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarına ait elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerin işletme hakkı da devredilebilmektedir.

Görev sözleşmesinin süresinin dolmasıyla görevli şirket, görevle ilgili olan bütün elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri ile taşınmaz malları,

---

<sup>28</sup> Madde 2

<sup>29</sup> Bu yönetmeliğin başlığı 4.4.1996 tarih ve 96/8008 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilmiştir.



bunlar üzerindeki haklarla birlikte tam ve çalışır vaziyette ve her türlü borçtan arındırılmış vaziyette bedelsiz olarak ilgili kuruluşa devredecektir<sup>30</sup>.

#### 2.1.4. İHD Modeli

İşletme hakkı; bir tesisin mülkiyet hakkı devreden tarafta saklı kalmak kaydıyla belirli bir süre ve bir bedel karşılığında sözleşmeyle belirlenen usul ve esaslar dâhilinde, kar ve zararı işletme hakkını devralan tarafa ait olmak üzere bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilmesidir (Güneş 2002, 81). Söz konusu modelde işletme sonucunda oluşacak kar ve zarar devralan tüzel kişiye aittir (Güneş 2002, 83).

İşletme hakkı ile ilgili mevzuatta yer alan ilk düzenleme 2983 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Söz konusu Kanunun 3/e maddesine göre işletme hakkı "*Kamu iktisadi teşebbüslerine ait müessese, bağlı ortaklık, işletme ve benzeri tesislerin belirli süre ve şartlar dâhilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılması hakkının verilmesidir*". Bir diğer tanım ise 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 18/A-c maddesinde yer almaktadır. Anılan madde uyarınca işletme hakkı verilmesi; "*kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birikimlerinin -mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla- bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

İşletme hakkı verilmesi 3096 sayılı Kanun ile elektrik sektöründe de uygulanmaya başlamıştır. 3096 Kanun'un 5. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış ve yapılacak olan üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme hakları görevli şirketlere verilebilmektedir. Bakanlar Kurulu kararı uyarınca devreden kuruluş ile görevli şirket arasında işletme hakkı devri sözleşmesi yapılmakta ve bu sözleşme uyarınca devredilen tesisler işletilmektedir. Anılan Kanun uyarınca tesislere ilişkin işletme hakkını devralan taraf mal veya hizmeti üretmek için gerekli yatırımları yapmakta ve görev süresi sonunda devretmektedir. Bu açıdan işletme hakkı devirleri hem işletme hakkını hem de yatırım yapıp işletilerek, sürenin sonunda tesisin iadesini içeren, YİD modelinin karma bir hali olarak da nitelendirilebilmektedir (Güneş 2002, 83).

3096 sayılı Kanun uyarınca yapılan işletme hakkı devirlerinde, işletme hakkını devralan firma tarafından o tesisle ilgili çeşitli yatırım taahhütleri verilebilmektedir. Bu nedenle işletme hakkı devri yönteminde, YİD yönteminden farklı olarak kamuya ait mevcut tesislerin yapılıp, işletilmesi ve süre sonunda tesislerin kamuya devredilmesi amaçlanmaktadır. Oysa YİD yönteminde tesis yatırımcı tarafından inşa edilmektedir.

---

<sup>30</sup> Madde 17

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

İşletme hakkına ilişkin mevzuat incelendiğinde işletme hakkı devri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İşletme hakkı devri, tesisi devralana sözleşmede belirtilen koşul ve süre ile kullandırma amacını gütmektedir. Bu nedenle özel hukuktaki kira sözleşmesi ile benzerlikler gösterdiği kabul edilebilir. Nitekim kira sözleşmesi uyarınca kiralayan, belirli bir bedel karşılığında bir nesnenin kullanılmasını ve ondan yararlanılmasını belli bir süre ile kiracıya bırakmayı taahhüt etmektedir. Ayrıca hâsılat kirasında da kiracı kiralanan şeyi kullanma hakkı ile birlikte semerelerinden yararlanma hakkını da elde etmektedir. İşletme hakkı devri sözleşmeleri uyarınca da benzer bir şekilde görevli şirkete devredilecek tesisler karşılığında bir defaya mahsus İdare'ye bir bedel ödenmekte, tesislerin kullanılması ve bu tesislerin semerelerinden yararlanmak hakkı görevli şirkete bırakılmaktadır. Ancak işletme hakkı devri yöntemi genel olarak incelendiğinde, söz konusu sözleşme bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olup, sözleşmenin taraflarından birinin İdare olduğu görülecektir. Ayrıca elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım faaliyetleri Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirtildiği üzere kamu hizmetidir ve bu nedenle işletme hakkı devri sözleşmesinin konusunu kamu hizmeti teşkil etmektedir. Bu açıdan bakıldığında işletme hakkı devri sözleşmesi idari sözleşme olarak nitelendirilebilir. Buna paralel olarak da Anayasa Mahkemesi 3096 sayılı Kanun uyarınca düzenlenen işletme hakkı devri sözleşmelerini idari sözleşme (imtiyaz sözleşmesi) olarak kabul etmektedir.

Önceki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklandığı gibi Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde yapılan değişiklikler sonucunda kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin imzalanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması ve uyuşmazlıkların çözümü için de tahkim yolunun belirlenebileceği düzenlenmiştir. Buna paralel olarak da işletme hakkına ilişkin 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar'da da gerekli değişiklikler yapılmıştır. Bugün için geline durumda elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti işleri imtiyaz sözleşmeleri 3096 Kanun uyarınca kamu hukuku uyarınca yürütülebileceği gibi, 3996 sayılı Kanun ile özel hukuk hükümlerine göre de yürütülebilecektir.

İşletme hakkı devri yönteminin özellikleri şu şekilde sıralanabilir (Güneş 2002, 56);

- Mülkiyet kamuda kalmakta, sadece tesislerin bir bütün olarak veya aktiflerindeki belli üretim birimlerinin devri söz konusu olmaktadır.
- İşletme hakkı bir bedel karşılığında devredilmektedir. Bedel belli bir tutar olabileceği gibi ciro veya kardan pay şeklinde de belirlenebilmektedir.
- İşletme hakkı belli bir süre için devredilmektedir.
- İşletme hakkını devralanın, devreden belirlediği esaslara uyma zorunluluğu bulunmakta olup, bu esaslar uyarınca tesisleri kullanmaktadır.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

- İşletme hakkı devri ile birlikte tesis ile ilgili tüm taşınmazlar, altyapı tesisleri de devralan tarafa geçmektedir.
- Devir sonrasında faaliyetle ilgili her türlü vergi, resim, harç gibi yasal yükümlülükler devralan tarafa aittir.
- İşletme hakkı devri uyarınca tesisi devralan taraf tesisin bakımını ve sigorta gibi diğer yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.
- Sözleşmede hüküm bulunması durumunda işletme hakkını devreden taraf tesislerin durumunu denetleyebilir.

İşletme hakkının konusu olan mal veya hizmetin özelliklerine göre işletme hakkı sözleşmesi dışında ek anlaşmalar imzalanabilmektedir.

İşletme hakkını devralan şirketler yükümlülükleri uyarınca yerine getirecekleri hizmetlerin bir kısmını ETKB'nin muvafakati ile üçüncü şahıs veya şirketlere yaptırabilirler (Güneş 2002, 87). Ayrıca İdare tarafından, işletme hakkı devri sözleşmesi ile birlikte görevli şirket ile enerji alışverişine ilişkin sözleşmenin de (ESA) imzalanması gereklidir.

### 2.1.5. Yİ Modeli

Yİ usulü ilk olarak, 9.5.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Elektrik Enerji Tesisleri Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir. Bu Bakanlar Kurulu Kararı, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 2'inci maddesine dayandırılmıştır. Ancak söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı ve "Uygulama Usul ve Esaslarını İlişkin Tebliğ" in iptali amacıyla dava açılmış ve Danıştay 10. Dairesi 1996/8792 Esas Sayılı Kararı ile yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay, yürütmeyi durdurma kararında, elektrik üretim tesisleri kurma ve işletilmesi konusunda yürürlükte olan özel kanun niteliğindeki 3096 sayılı Kanun göz ardı edilerek, bunun yerine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görev ve yetkileri hakkında genel nitelikteki 3154 sayılı Kanun'a dayanılarak düzenleme yapılamayacağı ifade ederek ilgili kararı iptal etmiştir (Günday 2002, 317).

Danıştay tarafından iptal edilen bu ilk düzenlemeden sonra, 4283 sayılı "Yap-İşlet Modeli ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun"<sup>31</sup> ve bu Kanun'a dayanılarak 1.8.1997 tarih, 97/9853 sayılı Bakanlar Kurulu uyarınca "Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik"<sup>32</sup> yürürlüğe sokulmuştur.

<sup>31</sup> Bu Kanun 19.7.1997 tarih ve 23054 sayılı R.G.

<sup>32</sup> 29.8.1997 tarih ve 23095 sayılı R.G.

Bu Kanun’la daha önce iptal edilen 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca başlamış projelere ilişkin bir hüküm getirilerek, bunların kaldıkları yerden 4283 sayılı Kanun hükümlerine göre devam edileceği belirtilmiştir<sup>33</sup>.

4283 sayılı Kanun’a göre Yİ usulü yerli ve yabancı sermaye şirketleri tarafından mülkiyeti kendilerine ait olmak üzere termik santraller kurulup işletilmesini ve üretilecek elektriğin TEAŞ’a satılmasını içeren bir usuldür. Söz konusu Kanun’un 2. maddesine göre Yİ modeli; *“Elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren model”* olarak tanımlanmıştır. 4283 sayılı Kanun’a göre Yİ sadece elektrik enerjisi üretmek amacıyla kurulacak ve işletilecek termik santraller konusunda uygulanabilecek bir usuldür; hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu Kanun kapsamı dışındadır.

Yİ modelinde imzalanacak sözleşmenin süresine ilişkin olarak Kanun’da açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu hususlar 97/9853 sayılı Yönetmelikle düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 4 (g) maddesine göre, TEAŞ ile üretim şirketi arasında Yİ usulü uyarınca imzalanacak sözleşmenin süresi, sözleşmenin yürürlüğe girme tarihinden itibaren en fazla yirmi yıl olarak belirlenebilecektir. Bu süre ülkenin makro politikaları ve arz-talep dengesi göze alınarak tarafların karşılıklı anlaşması neticesinde sözleşmenin sona ermesinden bir yıl önce Hazine Müsteşarlığı’nın görüşü alınarak yeni şartlar çerçevesinde uzatılabilir.

4283 sayılı Kanun’da yer alan bir diğer önemli husus ise, Bakanlık ve TEAŞ’ın üretim tesisleri için yapılan teklifleri değerlendirirken kalkınma planları, ülkenin enerji plan ve programları yanında elektrik enerjisinin tüketiciye en ucuz ve güvenilir şekilde sunulmasını ve arz-talep dengesini dikkate alması gerektiğidir. Bu husus 97/9853 sayılı Yİ usulü hakkındaki Yönetmelik’de de yer almıştır. Yönetmeliğin “İlkeler” başlığını taşıyan 4. maddesinin (b) bendine göre, üretim tesislerinin kurulması için ilgililer arasında yapılacak ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması ve ayrıca tesislerden en iyi şekilde, uygun şartlarda ve ucuz olarak elektrik enerjisi temin edilmesi esastır.

4283 sayılı Kanun’da, elektrik piyasasına ilişkin benzer düzenlemelerde sık sık yer alan garantilere de yer verilmiştir. Kanun’un 4. maddesine göre, TEAŞ’ın sözleşmeden kaynaklanan ödeme yükümlülükleri için, Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı olduğu Devlet Bakanlığı’nca üretim şirketine Hazine Garantisi verilebilmektedir. Alım garantisi ise Yİ yöntemine ilişkin olarak çıkartılan 97/9853 sayılı Yönetmelikte; *“Kurulacak üretim tesisinin özelliklerine ve yerine göre, ulusal elektrik sisteminin şartlarında arz-talep dengesi*

<sup>33</sup> Geçici Madde 1

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

*gözetilerek söz konusu üretim tesisinde üretilecek enerji miktarının (üretim miktarı) TEAŞ'ça satın alma garantisi verilecek yüzde olarak miktarı” olarak tanımlanmıştır. İlgili Yönetmelik uyarınca uzun dönem üretim sistemi gelişim planında yer alan santrallerin hangilerinin Yap-İşlet modeli kapsamında gerçekleştirileceğini ETKB belirlerken, enerji alım garantisi miktarı ise TEAŞ tarafından belirlenecektir. TEAŞ ödemelerine verilecek Hazine Garantileri hususunda ise Hazine Müsteşarlığı'nın görüşü alınacaktır. TEAŞ ödemelerinin gecikmesi durumunda yapılacak uygulama ve TEAŞ ödemeleri için Hazine Müsteşarlığı'nca garanti verilmesinin söz konusu olması durumunda, bu mekanizmayla ilgili hususlar Hazine Müsteşarlığı'nın prensipleri esas alınarak sözleşmede belirtilir.*

Yİ usulünde üretim şirketi açısından getirilmiş olan bir devir yasağı da söz konusudur. Üretim şirketi, TEAŞ'ın önceden yazılı onayı bulunmadan, işin bir bölümünü ya da tamamını üçüncü kişilere devredemeyeceği gibi TEAŞ'dan sözleşme hükümleri gereğince herhangi bir talebini veya alacağını da üçüncü kişilere devredemez.

4283 sayılı Kanun'un 5(i) maddesinde düzenlenen, “Eskalasyon” üretim şirketinin giderlerinde olabilecek fiyat değişikliklerinin sözleşme fiyatına yansıtılmasını amaçlayan bir uygulamadır. Eskalasyon, Yİ kapsamındaki her proje için getirilmesi zorunlu olan bir uygulama değildir. Şayet eskalasyon uygulanacağı taraflarca kararlaştırılmışsa buna ilişkin ayrıntılar (eskalasyon formülü, eskalasyon endeksi gibi.) şartname ve sözleşme ile düzenlenir.

## 2.2. TÜRKİYE ELEKTRİK ÜRETİM PİYASASININ YAPISI

**Tablo 1-** Türkiye Kurulu Gücünün Üretici Kuruluşlara Göre Dağılımı (2005)

ÜRETİCİ	PAZAR PAYI (%)
EÜAŞ+EÜAŞ'ın Bağılı Ortaklıklar+Özelleştirme Kapsamına Alınan Santraller	58,1
<b>Yap-İşlet</b>	15,7
Otoprodüktör ve Otoprodüktör Grupları	10,5
<b>Yap-İşlet-Devret</b>	6,3
Serbest Üretim Şirketleri	5,8
Mobil Santraller	1,9
<b>İşletme Hakkı Devri</b>	1,7
<b>Toplam</b>	<b>100</b>

**Kaynak:** Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) Faaliyet Raporu 2005

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

2005 yılı itibariyle Türkiye'nin kurulu gücü 38843,5 MW'a yükselmiştir. Bunun yaklaşık % 58'i kamuya ait Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), bağlı ortaklıkları ve özelleştirme kapsam ve programına ait santraller tarafından kontrol edilmektedir. Kurulu gücün kalanının % 15,7'si Yİ santrallerine, % 10,5'i Otoprodüktör ve Otoprodüktör Gruplarına, % 6,3'ü YİD santrallerine, % 5,8'i ise serbest üretim şirketlerine, % 1,9'u mobil santrallere ve % 1,7'si ise İHD santrallerine aittir. YİD, Yİ ve İHD santrallerinin kurulu güç içindeki toplam payları 23,7'ye varmaktadır. Kurulu gücün en büyük kısmı kamunun elindeki hidroelektrik santrallerini de elinde bulunduran EÜAŞ'ın elindedir.

Türkiye'nin 2005 yılı itibariyle elektrik üretimi 161.956,2 milyon kWh<sup>34</sup> olarak gerçekleşmiştir. Bu üretimin üretici kuruluşlara göre dağılımı aşağıdaki gibidir.

**Tablo 2- Türkiye Elektrik Enerjisi Üretiminin Üretici Kuruluşlara Göre Dağılımı (2005)**

ÜRETİCİ	PAZAR PAYI (%)
EÜAŞ+EÜAŞ'ın Bağı Ortaklıklar+Özelleştirme Kapsamına Alınan Santraller	45,4
<b>Yap-İşlet</b>	25,8
Otoprodüktör ve Otoprodüktör Grupları	10,6
<b>Yap-İşlet-Devret</b>	8,5
Serbest Üretim Şirketleri	6,7
<b>İşletme Hakkı Devri</b>	2,5
Mobil Santraller	0,5
<b>Toplam</b>	<b>100</b>

Kaynak: TEİAŞ Faaliyet Raporu 2005

Tıpkı kurulu gücün olduğu gibi 2005 yılı itibariyle Türkiye elektrik üretiminin yaklaşık % 45'i kamuya ait EÜAŞ'ın elindedir. Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı gibi Türkiye'nin toplam elektrik üretiminde YİD, Yİ ve İHD santrallerinin toplamı yaklaşık % 36 civarındadır. 1984 yılında 2233,4 GWh<sup>35</sup> gibi düşük bir miktarda üretim yapan Otoprodüktörlerin pazar payı zaman içinde artarak 2005 yılı itibariyle yaklaşık 17087,2 GWh'lik üretim miktarına ve % 10'luk bir pazar payına ulaşmışlardır<sup>36</sup>.

Bütün bu verilerden anlaşılacağı gibi YİD, Yİ ve İHD santrallerinin elektrik üretim piyasasında önemli bir ağırlığı bulunmaktadır. Söz konusu santrallerin üretimlerinin büyük bir kısmı sözleşmelerinde yer alan garantiler

<sup>34</sup> TEİAŞ 2005 Faaliyet Raporu

<sup>35</sup> (DPT 2001, 2-5)

<sup>36</sup> TEİAŞ Faaliyet Raporu 2005

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

kapsamında sattıklarından üretim pazarında rekabetçi bir etki de yaratmamaktadırlar.

Üretimin kaynaklara göre dağılımı ise şu şekildedir;

**Tablo 3-** Üretimin Kaynaklara Göre Dağılımı

ENERJİ KAYNAĞI		ENERJİ MİKTARI (GWh)
T E R M İ K	Taşkömürü	2.965,1
	Linyit	29.946,3
	İthal Kömür	10.281,1
	Fuel-Oil	5.120,7
	Motorin	2,5
	LPG	33,7
	Nafta	325,6
	Doğalgaz	73.444,9
	Yenilenebilir+Atık	122,4
<b>Termik Toplam</b>		<b>122.242,3</b>
<b>Hidrolik</b>		<b>39.560,5</b>
<b>Jeotermal</b>		<b>94,4</b>
<b>Rüzgar</b>		<b>59</b>
<b>TOPLAM</b>		<b>161.956,2</b>

Kaynak: TEİAŞ Türkiye Elektrik Üretim, İletim İstatistikleri (2005)

Yukarıdaki Tablo'dan da anlaşılacağı gibi elektrik üretiminin içindeki en büyük pay büyük bir kısmını doğalgaz santrallerinin oluşturduğu termik santrallere aittir. Bunu sırasıyla hidroelektrik santralleri, jeotermal kaynaklardan üretim yapan santraller ve rüzgâr santralleri izlemektedir.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurumu (DDK) raporuna göre; Türkiye'nin ekonomik olarak kullanılabilir hidrolik enerji potansiyeli 125 milyar kWh/yıl olarak hesaplanmıştır. Bu üretimi gerçekleştirecek kurulu güç miktarı ise 35.483 MW'dır<sup>37</sup>.

Elektrik enerjisi üretiminde yerli kaynaklara dayanan termik ve hidrolik kapasitenin tümünün kullanılması gerektiği önemle vurgulansa da<sup>38</sup>, yıllar itibarıyla genelde ithal kaynaklarla üretim yapan doğalgaz santrallerinden ve otoprodüktörlerden gelen enerji miktarında artış sağlanmıştır. Bu durumun da elektrik üretiminde dışa bağımlılığı arttırdığı ve arz güvenliğini tehdit ettiği düşünülmektedir.

<sup>37</sup> (DDK 2003, 3)

<sup>38</sup> (DDK 2003, 43); (DPT 2001, 4-18)

### **2.3. ELEKTRİK ÜRETİM PAZARINDAKİ MEVCUT SÖZLEŞMELERİN SONUÇLARI**

Elektrik Sektörünü liberalleştirmeyi amaçlayan ve bu amaçla özel hukuk hükümlerine dayalı serbest bir elektrik piyasası öngören 4628 sayılı Kanun'a kadar elektrik üretimi piyasasında önemli derecede YİD, Yİ ve İHD modeli baz alınarak yapılmış sözleşmeler (mevcut sözleşmeler) bulunmaktaydı. Bu sözleşmelerin çoğunun da uzun süreli olduğu düşünülürse, daha uzun bir dönem 4628 sayılı Kanun'un getirdiği rekabetçi düzen yanında, mevcut sözleşmelere dayalı sistemin varlığını koruyacağı ve bunlara ilişkin yapılan eleştirilerin de devam edeceği anlaşılmaktadır.

Aslında söz konusu uygulamalar kamuoyunun gündemine hep kötü yanları ile taşınsa da, iyi kullanıldığı takdirde kamunun finansman sıkıntısı nedeniyle yapamadığı elektrik üretim tesislerinin özel sektör tarafından yapılarak kamunun kaynaklarını başka alanlara kaydırmasını sağlayabilen ve özel sektörün elektrik pazarına katılımını sağlayan yani yararlı etkileri de bulunan modellerdir. Ancak Türkiye'de başta proje aşamasında uygun tercihlerin yapılmaması, rekabet ortamının ihalelerde sağlanamaması, planlama ve kamu kurumları arasındaki koordinasyon eksikleri gibi nedenlerle bu modellerin tüm olumsuz etkileri Türkiye'de görülmektedir. Bu koordinasyon eksikliklerin temelinde TEK'in 1993 yılından beri geçirdiği bölünme süreci sonunda TEİAŞ, EÜAŞ ve TETAŞ olmak üzere üç adet teşebbüsün ortaya çıkmasıdır. Söz konusu bölünmeler, Bakanlık kadrolarının sürekli değişmesi, projelerin değişik aşamalarında farklı kişilerin görev almaları ve bu görevlilerin yürüttükleri projelerin tamamı hakkında bilgi sahibi olamamalarına, hatalı işlemler yapmalarına neden olmuştur. Bunların önemli olumsuzlukları şunlardır;

#### **2.3.1. Kamu Tesislerinde Üretimin Düşürülmesi**

Gerçekçi arz-talep öngörülerine dayanmayan mevcut sözleşmelere ilişkin uygulamalardan ötürü yakın dönemde elektrik üretimi talebin çok üzerinde gerçekleştirilmiştir. Söz konusu uygulamalarda hazine garantileri çerçevesinde alım garantisi bulunduğundan arz fazlası kamu santrallerinin üretiminin düşürülmesi yoluyla azaltılmaya çalışılmıştır. 2001 ve 2002 yıllarında alım garantili elektrik üretiminin tümünü alınarak "al ya da öde" denilen enerji teslim alınmaksızın ödeme zorunluluğuna düşülmemesi de zaten kamu santrallerinin kapasitelerinde yapılan kapasite düşürmeleri ile sağlanabilmiştir.

Doğalgaz alım anlaşmalarındaki yükümlülükler nedeni ile bu üretim kısıtlamaları genellikle kamuya ait doğalgaz santrallerinde değil, linyit santrallerinde yapılmıştır. Böylelikle ortalama 3 cent civarında üretim yapan EÜAŞ'ın termik ve hidrolik santrallerinin yerine 10-12 centten elektrik satan



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

YİD santrallerinin üretimlerine yönelinmiştir<sup>39</sup>. Örneğin Afşin-Elbistan Termik Santrali'nin 7,7 milyar kWh olan üretimi 2002 yılında 2,6 milyar kWh'e düşürülmüştür. Aynı yıl yıllık 4,3 milyar kWh saat üretim yapabilen Seyitömer Linyit Santrali'nin 2002 yılında üretimi 2,8 milyar kWh'e düşürülmüştür<sup>40</sup>. 2002 yılında ülkenin toplam elektrik üretimi bir önceki yıla göre % 5,4 oranında artmasına rağmen, kamunun elindeki üretim tesislerinin (EÜAŞ ve bağlı ortaklıklarının) üretimleri bir önceki yıla göre % 19,6 oranında azalmıştır<sup>41</sup>.

Bu model çerçevesinde yapılan bazı HES'ler ve özellikle 4 adet büyük doğalgaz çevirim santrali ile ilgili imzalanan sözleşmelerde şirketin ürettiği fazla enerjinin ilgili kuruluş tarafından (TEAŞ-TETAŞ) satın alınması şartı bulunmaktadır. Bu kapsamda alınan fazla enerji nedeniyle ekonomik olarak daha ucuz üretim yapan kamu santrallerinin üretimleri düşürülmüştür.

Elektrik sektöründeki arz fazlası 4628 sayılı Kanun'un uygulanması açısından ciddi bir engel teşkil etmektedir. Elektrik üretiminde gelecek için ciddi bir arz fazlasının bulunması ve bunun büyük bir bölümünü yüksek fiyatlı ve alım garantili sözleşmelerin oluşturması, 4628 sayılı Kanun uyarınca oluşturulmaya çalışılan yeni elektrik piyasasının işleyebilmesi açısından ciddi sorunlar yaratabilecek niteliktedir. Ancak yapılan talep tahminlerine göre elektrik tüketimi yıldan yıla artmaktadır. Bu nedenle yakın zaman içinde bu arz fazlası sorununun çözüleceği anlaşılmaktadır. 4628 sayılı Kanun uyarınca TETAŞ tarafından üstlenilen alım garantili mevcut sözleşmelerdeki aşırı yüksek enerji fiyatlarını dengelemek amacıyla en fazla 5 yıl süre ucuz elektrik üreten hidroelektrik santralleri de dâhil olmak üzere EÜAŞ'ın elindeki kamu santralleri TETAŞ'a tahsis edilmiştir.

TETAŞ fiyatları, başkaca büyük bir sağlayıcı olmadığı için, elektrik piyasasında toptan satış fiyatlarını belirleyen yegâne fiyat olmaktadır. Ancak ekonomik gerçeklerden kopuk olarak belirlenen yüksek elektrik fiyatları, arz fazlasına rağmen, yeni üreticiler açısından piyasayı cazip hale getirmektedir. Bunların piyasaya girmesi neticesinde TETAŞ'ın satışları düşecek ve bu düşüş alım garantili olmayan üretimin (kamuya ait termik ve hidrolik kaynaklar) kısılması ile karşılanacaktır. Ucuz üretim yapan bu santrallerin üretimlerinin kısılması durumunda da TETAŞ'ın fiyatları daha da yükselecektir. Bu döngü piyasadaki arz ve talebin gerçekten dengeleneceği zamana kadar devam edecektir<sup>42</sup>.

Ayrıca unutulmaması gereken bir diğer unsur da, elektrik üretim piyasasında Yİ, YİD ve İHD gibi modeller kapsamında hazine garantili

<sup>39</sup> (Sayıştay 2004, 6)

<sup>40</sup> (DDK 2003, 16)

<sup>41</sup> (DDK 2003, 17)

<sup>42</sup> (DDK 2003, 40)

sözleşmeleri ile elektrik satan şirketlerin yarattığı problemlerdir. Elektrik üretimi piyasasında alım garantili sözleşmeleri uyarınca faaliyet gösteren mevcut şirketler ile 4628 sayılı Kanun ile lisans alıp, yatırım yaparak piyasaya yeni girecek şirketlerin rekabet etmesi ve bunun sonucunda fiyatların serbest piyasada oluşabilmesi mümkün gözükmemektedir. Mevcut alım garantili sözleşmeleri uyarınca faaliyet gösteren, tüketilen elektriğin önemli bir kısmını üreten şirketler, ürettikleri elektriği ikili anlaşmalar ve müzakereler yoluyla serbest rekabet ortamında değil, uzun vadeli ve alım garantili sözleşmeleri uyarınca kamuya satmaktadırlar. Oysa 4628 sayılı Kanun uyarınca lisans alarak piyasaya girecek yeni şirketler öncelikle ürettikleri elektriği satacak alıcıları bularak, diğer üreticilerle rekabet etme durumundadırlar. Bu çerçevede pazarın önemli bir kısmı mevcut sözleşmeler nedeniyle rekabete kapalıyken 4628 sayılı Kanun'un hedeflediği gibi pazarda rekabetçi bir fiyatın ve pazarın oluşması mümkün gözükmemektedir. Ancak Türkiye'de elektrik tüketimi her yıl artmaktadır. Dolayısıyla söz konusu mevcut sözleşmelerden elde edilen elektrik enerjisinin, toplam elektrik tüketimi içindeki oranı, tüketimin artmasıyla zamanla azalacak ve mevcut sözleşmelerin olumsuz rekabetçi etkileri böylelikle azalacaktır.

Bu nedenle Türkiye gibi finansman kaynakları sınırlı ve dış kaynaklara bağımlı olan ülkelerde, arz planlaması yapılmalı, bu husus tamamen piyasaya bırakmamalıdır. EPDK, yeni santrallere lisans verirken alım garantili Yİ ve YİD santraller yüzünden devletin uğradığı zararları ve işletme dönemi boyunca uğrayacağı zararları da dikkate almalıdır. Aksi takdirde, otoprodüktör gibi kendi tüketimi için elektrik üreten santrallerinin sayısı artacak, TEDAŞ'ın ve TETAŞ'ın müşteri kaybetmelerine neden olacak, kamunun zarar miktarı daha da artacaktır. Bu kuruluşların zararları da Hazinesinin yükünün artmasına neden olacaktır<sup>43</sup>. Buna ilaveten arz güvenliği veya sıkıntısı açısından EÜAŞ'ın yeni yatırımlar yapması da söz konusu olabilmelidir.

### 2.3.2. Uygulama ve Planlama Hataları

ETKB, söz konusu modeller kapsamında yapılacak santrallerin kurulacakları yerler konusunda herhangi bir planlama yapmamış, firmaların önerdikleri yerlere santralleri yapmalarına izin vermiştir. Bu nedenle örneğin Marmara bölgesinde talebin çok üzerinde enerji üretildiği için yeni iletim hatlarının yapılması gerekmiştir. Bu da gereksiz yere maliyetlerin artmasına ve kayıp kaçak oranlarının yükselmesine neden olmuştur<sup>44</sup>.

3096 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde fizibilite raporları konusundaki ayrıntılı hükümlere rağmen bunlara hem

<sup>43</sup> (Sayıştay 2004, 7)

<sup>44</sup> (Sayıştay 2004, 298)

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

Bakanlık'ça hem de şirketlerce itibar edilmeyerek, gerçek durumu yansıtmayan hatalı fizibilite raporları hazırlanmış ya da hiç fizibilite raporu istenmeden bazı firmalarla sadece firmaların belirlediği tarifeler üzerinden sözleşmeler imzalanmıştır. Öte yandan, fizibilite raporlarında defalarca değişiklik yapılmış ve her sefer projelerin yatırım tutarı artmıştır<sup>45</sup>.

Çeşitli bağlı kuruluşlar (DSİ vb. gibi) tarafından fizibilite raporlarındaki değerlerin hatalı olduğu, öngörülen üretim rakamlarının asla gerçekleşmeyeceği yönündeki uyarıları dikkate alınmamıştır. Ne yazık ki bu santrallerde asla fizibilite raporunda taahhüt edilen üretim miktarlarına ulaşılamamıştır. Bu durum, tarifede belirlenen fiyatın artmasına ve kamunun zararının artmasına neden olmuştur<sup>46</sup>.

Tıpkı fizibilite raporları gibi imtiyaz ve uygulama sözleşmelerinde defalarca değişiklik yapılmış, her seferinde toplam yatırım tutarı, elektrik tarifeleri ve işletme süreleri uzatılmıştır. Yapılan değişiklikler tamamen şirketlerin istekleri doğrultusunda, onların lehine gerçekleşmiş, kamu açısından gerekli hiçbir değişiklik yapılmamıştır<sup>47</sup>.

Söz konusu modellerde satın alınacak enerji birim fiyatının tespitinde en önemli unsur toplam yatırım maliyetidir. Kurulması düşünülen santrallerin yatırım tutarı konusunda önceden Bakanlık'ça bir çalışma yapılmadığı gibi, firmaların belirledikleri yatırım tutarı aynen kabul edilmiş ve enerji birim fiyatlarına ilişkin tarifeler şirketlerce belirlenen bu tutarlar üzerinden belirlenmiştir. Bunun sonucunda uluslararası standartların çok üzerinde kâr elde etmişlerdir<sup>48</sup>.

Pek çok hidroelektrik santralının su akım miktarları gereği gibi ölçülmemiştir, gerçekleşmesi imkânsız miktarlar üzerinden sözleşmeler imzalanmıştır. Bunun neticesinde öngörülen üretim rakamlarına asla ulaşılamamış, bazı projelerde üretimin düşük olması riski kamunun üzerinde olduğundan (7 adet HES projesinde), bu şirketlere kredi adı altında yaklaşık 35 Milyon Amerikan Doları (USD) ödeme yapılmış ve bu bedeller elektrik tarifelerine yansıtılmıştır<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> (Sayıştay 2004, 298)

<sup>46</sup> (Sayıştay 2004, 299)

<sup>47</sup> (Sayıştay 2004, 300)

<sup>48</sup> (Sayıştay (2004, 302)

<sup>49</sup> (DDK 2003, 42)

### 2.3.3. İhale Yapılmadan, Rekabet Sağlanmadan Modelin Uygulanması

3096 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerde kurulacak santrallerle ilgili olarak Bakanlığın, ihale yapıp yapmama ve ilan yoluyla başka firmalardan teklif alma konusunda tercih hakkı bulunmaktadır. 3996 sayılı Kanun'da ise ihale ve ilan yapma zorunluluğu bulunmaktadır. İlgili Bakanlık da YİD usulü kapsamındaki uygulamalarda tercihini ihale ve ilan yapmadan, pazarlıksız olarak yaptırma yönünde kullanmıştır. Bu nedenle imzalanan sözleşmeler kamunun aleyhine hükümlerle doludur ve tüm riskler kamunun üzerinde bırakılmıştır. Ayrıca imzalanan bu anlaşmaların tamamında “gizlilik” yönünde hükümler bulunduğundan, söz konusu hususların kamuoyu tarafından öğrenilmesi de mümkün olmamıştır.

### 2.4. YİD MODELİ VE FRANCHİSİNG (DEMSETZ) MODELİ

YİD, Yİ ve İHD gibi uygulamalar elektrik üretiminde kamu tekelinin ortadan kaldırılması ve yeni yatırımlar için özel sektörün piyasaya girişinin sağlanması amacıyla kullanılmış olan mekanizmalardır. Söz konusu modellere getirilen temel eleştirilerin başında piyasada rekabete uygun olmadıkları ve pahalı oldukları gelmektedir.

Aslında elektrik sektöründeki YİD modelini düzenleyen her iki kanunda da öngörülmuş bir rekabet modeli bulunmaktadır. “Pazar için Rekabet” ya da Franchising (Demsetz)<sup>50</sup> modeli olarak adlandırılabilir. Sisteme göre regülasyon oldukça maliyetli bir süreçtir. Bu nedenle yeterli sayıda firmanın katılımıyla düzenlenecek ihale sonunda tekel hakkının en düşük fiyat teklifini veren firmaya verilmesi, regülasyon yapmaya gerek olmadığı için optimum çözümü sağlayan en uygun yoldur (Paşaoğlu 2003, 34).

Bu modele göre ihale süreci, firmaların rekabet etmesini ve en iyi (optimum) teklifin ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Burada söz konusu olan firmaların ihalede “pazar için rekabet” etmeleri olmasına rağmen, rekabet sadece ilk ihale aşamasında sona ermemekte, Franchising'in yenilendiği diğer aşamalarda da etkin şekilde devam etmektedir. Demsetz Modeli hem rekabetin avantajlarını, hem de doğal tekelin tek firma tarafından kontrol edilmesinin etkinliğini biraraya getirdiğinden dikkat çeken bir yaklaşımdır.

<sup>50</sup> Tekel hakkının bütün olarak ihale yoluyla bir firmaya verilmesi eski bir uygulama olmasına rağmen ilk olarak H. Demsetz tarafından “Kamu Hizmetleri Neden Regüle Edilmektedir?” adlı makalesinde incelenmiştir. Bu nedenle modele Demsetz modeli de denmektedir. Ayrıntılı bilgi için; (Paşaoğlu 2003, 34-36).

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

Demsetz modeli çerçevesinde elektrik sektöründeki YİD, Yİ ve İHD uygulamalarının incelenmesi durumunda, yasal mevzuatın ağırlıklı olarak sektördeki rekabeti bu model çerçevesinde sağlamaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Üretim pazarı açısından bakıldığında, 3096 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Kanun da dikkate alınarak, söz konusu uygulamalara ilişkin yasal mevzuat beraberce değerlendirilmelidir. 3096 sayılı Kanunda İdare'ye ihale ve ilan konusunda bir seçim hakkı tanınmış olmasına rağmen, sonraki tarihli 3996 sayılı Kanun ihale aşamasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bu nedenle YİD, Yİ ve İHD uygulamalarında asıl amacın üretim santrallerinin yapımı işini İdare'nin, "pazar için rekabeti" sağlayacak şekilde ihale etmesinin olduğu anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada Bakanlık özellikle 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak projelerde, seçim hakkını hep ihale yapmamak yönünde kullanmış ve bu nedenle ne yazık ki "pazar için rekabet" sağlanamamıştır<sup>51</sup>.

## **2.5. REKABET HUKUKU KURALLARININ ELEKTRİK SEKTÖRÜNE UYGULANMASI**

### **2.5.1. Genel Olarak**

Elektrik, birçok sektör için ana girdi, milyonlarca hane halkı içinse nihai ürün niteliğindedir. Elektriğin kendine has özelliklerinin olması (stoklanamaması, tam olarak ikame edilememesi gibi) nedeniyle bu piyasadaki rekabet diğer piyasadakilerden farklılık göstermektedir. Elektrik depolanmadığı için, elektrik arzı ve talebi devamlı olarak dengede olmak zorundadır. Bu dengenin fiili ve hukuki olarak sağlanması gereklidir.

Günümüzde hemen hemen bütün sanayi kollarında ve evlerde kullanılan elektriğin, ucuz ve kesintisiz olarak sağlanması büyük önem taşımaktadır (Akcollu 2000,1). Bu nedenle, elektrik piyasasında, özellikle de maliyetlerin %60'ının olduğu üretim sektöründe, rekabetin doğuracağı etkinlik diğer pazarlardaki rekabeti olumlu yönde etkileyecektir. Bu nedenle yeniden yapılanma süreci devam eden elektrik piyasasında rekabetin tesisi gibi bir hususta Rekabet Otoritelerinin aktif görev alması gerekmektedir.

Elektrik piyasasında da diğer birçok piyasa gibi pazara girişi mümkün kılabilme ve rekabeti sağlayabilme amacıyla öncelikle mevcut tekeli ortadan kaldırılması gereklidir. Tekelin ortadan kaldırılması için sektörün doğal tekel özelliği gösteren alanlarının, rekabete açılacak alanlardan ayrılması gereklidir. Elektrik sektöründe pazarın bu şekilde bölünmesi ile doğal tekel olarak kabul edilen iletim ve dağıtımın; üretim ve ticaretten ayrılması amaçlanmıştır. Rekabete açılan üretim ve ticaret alanlarında faaliyet gösteren

---

<sup>51</sup> (Sayıştay 2004, 3)

teşebbüsler doğal tekel olan iletim ve dağıtım hatlarını kullanarak ürettikleri elektriği tüketicilere ulaştırabilecekleri için, iletim ve dağıtım hatlarını (şebeke) elinde bulunduran teşebbüslere üçüncü kişilere şebekeye erişim hakkı tanınması yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı getirilmiştir.

Avrupa’da elektrik sektörünün rekabete açılması ve elektrik ticareti konusunda birçok engelle karşılaşmış, ortak bir enerji politikasının oluşturulması, elektrik piyasasının tesisinde birçok sorunla karşılaşmıştır. (Can 2006, 126). AB’de elektrik pazarının bütünleşmesi için özellikle 1985 yılından beri yoğun çaba sarfedilmekte ve bu çerçevede elektrik fiyatlarında önemli düşüşler sağlanmaktadır. Ancak bütün bunlara rağmen AB’de karşılıklı ticarete elektrik sektörü % 8’lik bir paya sahiptir (Can 2006, 127). Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) elektriğin menkul bir mal niteliğinde olduğunu ve malların serbest dolaşımına tabi olduğunu ortaya koymuştur (Can 2006, 129).

4054 sayılı Rekabet Kanunu’nun mehzaz mevzuatı niteliğindeki AB’de Rekabet Hukuku’nda elektrik sektöründe uygulanması açısından *Corbeau*<sup>52</sup> ve *Almelo*<sup>53</sup> kararları ile başlayan süreç, Avrupa Birliği Komisyonu’nun (Komisyon) 1994 yılında dört üye ülkenin elektrik ve gaz için öngördükleri ithalat ve ihracat sistemlerini hukuka aykırı bulduğu kararlar<sup>54</sup> ile devam etmiştir. Söz konusu kararlar elektrik sektöründeki kamu hizmeti ve rekabet kuralları arasındaki ilişkiyi aydınlattıkları gibi sektöre ilişkin ilk direktif olan 96/92 sayılı Avrupa Elektrik İç Pazar Direktifi’nin hazırlanmasına da ışık tutmuştur.

1990’ların başında Komisyon elektrik pazarındaki rekabete aykırı hükümler içeren anlaşmaları inceleme konusunda daha aktif davranmaya başlamıştır (Can 2006, 197). *Jahrhundertvertrag* kararında<sup>55</sup> Komisyon Alman Kamu Elektrik Temini Endüstrisi Birliği ile Alman Kömür Endüstrisi Genel Birliği arasındaki anlaşmayı incelemiştir. Söz konusu anlaşma uyarınca kurulan bir kota çerçevesince elektrik şirketleri, Alman kömürünün belirli bir miktarını satın alma hususunda anlaşmaya varmışlardır. Bu çerçevede Alman elektrik şirketleri 15 yıllık bir dönemde 511,5 milyon ton kömürü satın almaya mecbur edilmişlerdir. Komisyon; anlaşmayı, elektrik şirketlerini diğer üye ülkelerden daha ucuz temin kaynakları araştırmaktan alıkoymasını ve bu nedenle elektrik şirketlerinin elektriği ithal etmek yerine kendi elektriklerini üretmeye zorlamasını nedeniyle sınırlayıcı bulmuştur (Can 2006, 197). Komisyon her ne kadar anlaşmayı aykırı bulsa da söz konusu kotaların ciddi bir çöküş içinde yer alan

<sup>52</sup> Case C-320/91, Paul Corbeau v. Recueil de Jurisprudence (1994)

<sup>53</sup> C-393/92 sayılı Geemete Almelo / Energiebedrijf Ijsselmij kararı

<sup>54</sup> C-159/94, Commission v. France (1997) ECR I-5815; C-157/94, Commission v. Spain, (1997)

ECR I-5851; C-158/94, Commission v. Italy (1997) ECR I-5789 kararları

<sup>55</sup> [1993] O.J.L50/14

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

madencilik sektörünü desteklemek amaçlı olması karşısında, bu hususun elektrik teminini korumasından dolayı muafiyet kapsamında değerlendirmiştir (Can 2006, 197). Söz konusu kararda dikkat çeken en önemli husus, arz güvenliği, üretim ve dağıtımını geliştirmek için yapılan rekabete aykırı anlaşmaların bireysel muafiyete uygun olduğunu ortaya koymasındır.

Komisyonun, elektrik üretimindeki münhasırlık içeren ve uzun dönemli anlaşmalara, piyasadaki rekabeti tesis etmek adına müdahalelerde bulunmasına ilişkin bir diğer önemli karar, İskoçya elektrik sektörünün yeniden yapılandırılması sürecinde ortaya çıkan, *Scottish Nuclear Limited'e* (Scottish Nuclear) ilişkin karardır<sup>56</sup> (Faull ve Nikpay 1999, 709). İskoç elektrik pazarının yeniden inşası çerçevesinde Scottish Power plc. (Scottish Power) ve Scottish Hydro-Electric plc. (Scottish Hydro) üzere birbiriyle rekabet edecek iki şirket oluşturulmuştur. Her iki şirket Scottish Nuclear tarafından üretilen elektriği satın alacaklardır. Bu çerçevede Scottish Nuclear tarafından, Scottish Power ve Scottish Hydro arasındaki sözleşmeler Komisyon'a bildirilmiş ve bunlara Komisyon tarafından, sözleşmelerin süreye ilişkin hükümleri değiştirilerek onay verilmiştir. Bildirim konusu sözleşmelerde Scottish Power ve Scottish Hydro lehine tanınmış sabit fiyatlı bir münhasır satış hakkı bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca Scottish Nuclear'in, sözleşme süresi boyunca söz konusu şirketlerin haricinde bunların izni olmadan kimseye elektrik satmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca anılan sözleşmelerde al ya da öde hükümleri de yer almaktadır. Taraflar arasındaki her iki sözleşmenin süresi de 30 yıl olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümler uyarınca hem Scottish Nuclear'in ürettiği elektriğin üçüncü kişilere daha uygun koşullarla satma özgürlüğü kısıtlanıyor hem de Scottish Power ve Scottish Hydro'nun daha uygun kaynaklardan elektrik temin etmesi engelleniyordu. Ayrıca taraflar arasındaki anlaşmalarla oluşturan sistem uyarınca Scottish Nuclear'in ürettiği elektrik için diğer üreticilerle rekabet etmesi söz konusu olmuyordu.

Komisyon, bildirilen sözleşmelerin süresinin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğunu, üye devletler arasındaki ticareti etkilediğini ifade etmiş ve söz konusu sözleşmelerin sürelerinin 15 yıla indirilmesi halinde, muafiyet almasına karar vermiştir. Komisyon tarafından sözleşmelerdeki süre dışında diğer rekabet kısıtlamalarına ise onay verilmiştir. Sınırlayıcı anlaşma hükümlerini değerlendiren Komisyon elektrik sektöründe rekabetin sağlanmasının zaman alacağını da hesaba katarak söz konusu hükümlerin temin güvenliğinin bir parçası olarak görmüştür (Can 2006, 198). Anılan kararda, Komisyon tarafından 15 yıllık bir sürenin Scottish Nuclear'in kazançlı ve rekabetçi bir şekilde pazarda faaliyette bulunabilmesi için gerekli olduğunu ifade edilmiştir. Söz konusu kararı ilginç kılan bir diğer husus ise anlaşmanın belirli bir taraf lehine rekabeti

<sup>56</sup> Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (91/319) [1991] OJ L178/31

ortadan kaldırmaması durumunda, bireysel muafiyet tanınabileceğini ortaya koymasıdır (Can 2006, 198).

Komisyondun elektrik sektöründeki uzun süreli münhasır anlaşmalara ilişkin diğer kararlarında<sup>57</sup> da benzer bir yaklaşım sergilediği anlaşılmaktadır. Komisyon anlaşmalarda yer alan münhasır satış hükümleri neticesinde rekabetin kısıtlanması hususunu dikkate alarak, sözleşmelerin hepsinin süresini 15 yıla indirmiştir (Faull ve Nikpay 1999, 710).

Söz konusu kararların hepsinde, Komisyon tarafından sözleşmelerde yer alan uzun sürelerin ve münhasır satış şartının ilgili piyasada rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğunu öne sürülerek, sözleşmelerin süreye ilişkin hükümlerine müdahale edilmiştir. Komisyon sözleşmelerin sürelerine ilişkin hükümlere müdahale ederken, elektrik sektörünün yapısını dikkate almış ve anlaşmalardan beklenen olumlu etkilerin sektörde görülmesi için 15 yılın yeterli olduğuna, daha fazla bir süre ile rekabetin kısıtlanmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bu açıdan Scottish Nuclear kararı Komisyon'un konuyu ele almasını açıklayan önemli bir karar niteliğindedir.

Elektrik sektöründe arz güvenliği açısından alıcı ve satıcıların karşılıklı ihtiyaçların da dayatmasıyla sık sık uzun süreli ve doğaları gereği rekabeti sınırlayıcı etkileri olan uzun süreli alım ve satım sözleşmeleri imzaladıkları görülmektedir. Genel olarak bu sözleşmeler alıcıların temin özgürlüğünü sınırlayarak, satıcının ürettiği elektriği başka alıcılara satmasını da engellemektedir (Can 2006, 201). Ayrıca kuşkusuz ki bu niteliklerinden dolayı anılan sözleşmelerin pazara girişi zorlaştırıcı ve engelleyici etkileri de bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmeler genellikle YİD, Yİ ve İHD gibi bir modelle birlikte, ona bağlı olarak akdedilmektedirler.

Komisyonun YİD sözleşmelerini incelemesine ve sözleşmeye müdahale etmesine örnek olarak verilebilecek örneklerin başında *Pego* projesi kararı gelmektedir. Pego, Portekiz'de iki termik santrali alma ve işletme amacıyla National Power (İngiltere), Empressa Nacional de Electricidad (İspanya) ve EDF (Fransa) tarafından kurulmuş bir ortak girişim şirkettir (Can 2006, 202). 1990'ların başında ortak girişim kurulduğunda Portekiz elektrik piyasasını rekabete açıyordu. Anlaşmaya göre ortak girişim, üretilen elektriği santralin tahmini ömrü olan 28 yıl boyunca Electricidade de Portugal'a (EDP) satmakla yükümlüydü (Can 2006, 202). Bu açıdan anlaşmanın hükümleri Pego'nun ürettiği elektriği pazarda serbestçe satma hakkını sınırlandırdığı için rekabete aykırı bulunmaktaydı ancak Komisyon ortak girişim vasıtasıyla yeni bir kapasite meydana getirildiğini, pazara yeni bir girişin olduğunu ve toptan satış

<sup>57</sup> Electricidade de Portugal/Pego project (1993) OJ C256/3; Ren/Turbogas (1996) OJ C118/7; ISAB Energy (1996) OJ C138/3



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

aşamasında rekabeti arttırıldığını tespit etmiştir. Komisyon ayrıca Pego gibi önemli yatırımların uzun dönemli bir satış anlaşması ile güvence altına alınmasını normal karşılamıştır (Can 2006, 202). Buna rağmen Komisyon 28 yıllık süreyi bu amaçlar için fazla görerek, ilk 15 yıl için Pego'nun üreteceği elektriği EDP'ye satılmasına, kalan 13 yıllık dönem için ise EDP'nin kendi ihtiyacını karşılayacak kadar elektrik satın alabilmesi için bir opsiyon tanınmasına karar vermiştir (Can 2006, 202).

Komisyon tarafından verilen kararlara ve özellikle alıcılarla satıcılar arasındaki uzun süreli alım-satım anlaşmalarına ilişkin kararlarına bakıldığında yapılabilecek ilk tespit bunların rekabete aykırı etkilerinin tespit edilmesine rağmen, temin güvenliği ve yatırımların teşvik edilerek pazara girişlerin özendirilmesi amacıyla belirli sınırlar dâhilinde rekabete aykırı, bağlayıcı anlaşmalara izin verildiğidir. Bu açıdan yatırımcıların yatırımlarının karşılanması ve böylelikle pazara yeni girişlerin teşviki amacıyla alıcı ve satıcılar arasındaki bir takım bağlayıcı anlaşmalara belirli süre için muafiyet tanınabilmektedir. Söz konusu sürenin ne olacağı kesin olarak Komisyon tarafından ifade edilmeyerek, olay bazında tespit edilmiştir.

Türkiye'de de benzer bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun sektörü yeniden yapılandırılmasına ilişkin, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da düşünce ve önerilerini ilgili makamlara ileterek bu piyasadaki rekabetin tesisine ilişkin bir rekabet danışmanlığı (Competition Advocacy) görevi yerine getirmesi gereklidir (Akcollu 2003, 65). Bu hususta, 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ve sonra Rekabet Kurulu'nun elektrik piyasasında gerçekleşen gerek birleşme ve devralmalara gerekse rekabet ihlallerine ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır. Bu kararlardan önemli nitelikte görülenlere aşağıda yer verilmiştir;

## **2.5.2. Rekabet Kurulu Kararları Açısından Elektrik Sektörü**

### **2.5.2.1. TEDAŞ Kararı**

Söz konusu Karar<sup>58</sup> TEDAŞ'a ait 17 dağıtım bölgesindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının 30 yıllığına ilgili firmalara devrine Rekabet Kurulu tarafından koşullu olarak izin verilmesine ilişkindir. TEDAŞ'a ait 17 görev bölgesinde elektrik dağıtım tesislerinin ilgili firmalara devri konusunda, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkarılan "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve

<sup>58</sup> TEDAŞ'a ait 17 görev bölgeleindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devri işlemlerine koşullu izin verilmesine dair 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Devralmalar Hakkında Tebliğ” uyarınca Rekabet Kurulu’na izin için başvurulmuştur. Anılan kararın önemi, elektrik piyasasında henüz rekabetin ana amaç olmadığı, artan talebi karşılamak için bir an önce üretim ve dağıtım özelleştirmelerinin yapılmaya çalışıldığı bir dönemde, devirler sonunda oluşacak özel tekellerin tehlikelerine ve rekabete ilişkin önemli tespitlerde bulunulmuş olmasıdır.

Rekabet Kurulu söz konusu kararda öncelikle TEDAŞ’a ait bölgelerdeki dağıtım tesislerin işletme hakkı devirlerinin 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi ve ona dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ anlamında bir devralma işlemi olup olmadığını incelemiştir. Kurul, 1997/1 sayılı Tebliğ’in m.2./I-b hükmünde “*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*” halinin bir devralma olarak nitelendirildiğini ifade ederek, söz konusu işlemin bir devralma işlemi olduğunu tespit etmiştir.

Tedaş Kararı’nı bu derece önemli yapan husus, işletme hakkı devirlerini içeren “İmtiyaz sözleşmelerinin” münhasırlık, sabit fiyat uygulanmasını ilişkin hükümlerinin piyasadaki rekabeti olumsuz etkilerinin ortaya konması ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerin getirilmesinin ifade edilmesidir.

Kurul, “İmtiyaz Sözleşmelerinin” 8 (e) maddesinde yer alan “*Şirket görev bölgesinde, elektrik dağıtım tesisleri kuracak ve başka kuruluşlarca kurulmuş veya kurulmakta olan dağıtım tesislerini gerekli şartların varlığına bağlı olarak devralacaklarıdır. Elektrik enerjisinin alış verişi suretiyle ticaretini yapmak yetkisi münhasıran Şirket’e aittir.*” hükmünü ve bildirim formunda yer alan bilgileri değerlendirerek, devir işlemleri sonunda şirketlere rekabete tümüyle kapalı mutlak bölgesel bir tekel hakkı sağlandığını, oysa ne 3096 sayılı Kanun ne de ona dayanılarak yapılmış diğer düzenlemelerde görevli şirketlere bu tarz bir tekel hakkı veren bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir. Kurul, 3096 sayılı Kanun’da ve buna dayanılarak çıkarılan “Tek Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik”de bir görev bölgesinde sadece bir şirketin görev yapabileceğine dair bir hüküm bulunmadığını, aksine Yönetmeliğin 4 (f) hükmünde yer alan, “Bir görev bölgesi içerisinde görevli şirketlerin yatırım programlarında yer almayan ancak ülke ihtiyacı için tesisi Bakanlıkça zaruri görülen yatırımların; görevli şirketler, üretim şirketleri ve kamu kurum ve kuruluşlarınca tek başına veya birlikte gerçekleştirilmesi Bakanlıkça sağlanır” ifadesinden, bir görev içinde birden fazla görevli şirketin bulunabileceğinin anlaşıldığını ifade etmiştir.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

Ayrıca, devirlerden önce kamu adına devlet tarafından kullanılan bu tekel hakkının (imtiyazın) hiçbir değişikliğe uğramadan aynen özel bir şirkete devrinin, özelleştirmenin rekabet boyutunun ihmali anlamına geldiği, bir devlet tekelinin devri durumunda ilgili ürünün ve piyasanın yapısına bağlı olarak eskiye oranla rekabetin artmasının beklendiği de ifade edilmiştir.

Kurul bu nedenle imtiyaz sözleşmelerinin 8/e maddesindeki münhasırlığa ilişkin hükmün kaldırılıp, mutlak bölgesel tekel hakkının sona erdirilerek, alternatif temin kaynaklarına açık bir sistemin benimsenmesine karar vermiştir. Bu amaçla, ilk beş yıl için, esasları Enerji Üst Kurulu'nca, bu Kurul oluşturuluncaya kadar ilgili Bakanlıkça belirlenmek ve Rekabet Kurumu'nu bilgilendirmek kaydıyla; belirli bir limitin üstünde (1 MW) elektrik kullanan tüketicilere yönelik olarak devralan şirketlerin, belirli bir hat kullanım (nakil) ücreti dâhilinde kendi bölgeleri dışındaki bölgelere de talep halinde, elektrik satış hakkı tanınarak ticaret bölümünün kısmen de olsa rekabete açılması ve bu durumun beş yılın sonunda uygulama sonuçlarına ve Türkiye'nin elektrik enerjisi üretim grafiğine bağlı olarak Enerji Üst Kurulu'nca yeniden değerlendirilmesine karar verilmiştir. Bu yolla tüketiciler için alternatif bir temin kaynağı sağlanmaya çalışılmıştır.

Kararda incelenen bir diğer husus, sabit fiyat uygulamasına ilişkindir. Kurul, elektrik sektöründe rekabetin sağlanabilmesinin ön koşulunun mutlak bölgesel korumanın ortadan kaldırılmasından geçtiğini, ancak bu unsurun tek başına istenen amacı sağlamak için yeterli olmadığını, ayrıca tüketicilerin daha ucuz ve kaliteli elektrik sağlayan alternatif temin kaynaklarına yönelmesinin sağlanmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. 3096 sayılı Kanun'la görevli şirketlerin önerdiği enerji tariflerinin ETKB'nın onayı ile yürürlüğe gireceği düzenlenmiş, tariflerin yapısı ile ilgili bir hüküm getirilmemiştir. Kurul bu husustan yola çıkarak TEDAŞ ile görevli şirketler arasında imzalanacak olan Elektrik Enerjisi Satış Anlaşmaları'yla tarifelerin ve şirketlerin abonelere uygulayacağı perakende satış fiyatının belirlenerek, tüketicilere satılacak elektrik için sabit fiyat uygulanmasının kararlaştırılmış olduğunu, oysa 4054 sayılı Kanun anlamında sabit fiyat uygulamasının mutlak olarak (per se) yasak olduğunu dile getirmiştir.

Söz konusu kararda Rekabet Kurulu, elektrik piyasasının kendine özgü nitelikleri bulunduğunu, bu nedenle tam bir fiyat serbestisinin ürünün niteliği ve piyasanın yapısına uygun olmadığı için bir fiyat mekanizmasına ihtiyaç duyulabileceğini ifade ederek, sabit fiyat uygulanması yerine alternatif bir model önermektedir. Kurulun önerdiği sistem elektrik piyasasında kısmen de olsa bir fiyata dayalı rekabetinin sağlanabilmesi için sabit fiyat yerine, belli sınırlar dâhilinde fiyat belirleme serbestisinin devralan şirketlere tanınması esasına dayanmaktadır. Bu doğrultuda Rekabet Kurulu, "*sabit fiyat uygulanmasının*

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

*kaldırılarak, fiyatın alt ve üst sınırları Enerji Üst Kurulu'na, bu Kurul oluşturuluncaya kadar Rekabet Kurumu'nun bilgilendirilmesi kaydıyla, ilgili Bakanlıkça belirlenecek belli bir aralıkta seyretmesinin ve bu sınırlar dâhilinde görev bölgelerinde faaliyet gösterecek olan şirketlerin istedikleri fiyatları uygulama serbestisine sahip olmalarının sağlanması koşuluyla” işletme hakkı devirlerine izin vermiştir.*

Yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan koşullar dışında Rekabet Kurulu'nun devralmalara izin vermek için öne sürdüğü bir diğer şart, ayrımcılık yapma yasağına ilişkindir. Kurul, “İmtiyaz Sözleşmelerine” devralma işlemi sonunda bölgelerinde hâkim duruma geçecek şirketlerin bu hâkim durumlarını kötüye kullanma ihtimaline karşı, sözleşmelere eşit durumdaki alıcılara ayrımcı davranılmamasını öngören bir ibarenin eklenmesini istemiştir. Ayrıca söz konusu Karar'da, devralmalar gerçekleşikten sonra faaliyete geçecek şirketlerin üretim ve işletme haklarını başka bir teşebbüse veya şahsa devretmesi hususunun da Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olması gerektiği ve bu nedenle de ETKB ile görevli şirketler arasında imzalanacak olan “İmtiyaz Sözleşmeleri”ndeki devirlere ilişkin 31. maddeye bu yönde bir hüküm konmasının gerekli olduğu da ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu kararını Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) prensip olarak uygun bulduğunu, sektörün rekabete açılması için mevzuat değişikliği çalışmalarının yapılmakta olduğu belirtilmiştir. ETKB, kararda öne sürülen 1'nci ve 2'nci koşulların yasal değişiklikler yapılmadan uygulanamayacağını belirterek, söz konusu koşulların yeniden düzenlenmesini talep etmiştir. Bunun üzerine Kurul konuyu ikinci bir oturum yaparak yeniden müzakere etmiş, söz konusu koşullara ilişkin “*mevcut hukuki yapı içerisinde hukuken ve fiilen uygulanamaz nitelikte olduğuna*” ilişkin Bakanlık görüşüne iştirak etmiştir. Kurul, Bakanlığın mevzuat değişikliği ve teknik altyapının oluşturulmasından sonra her iki koşulun yerine getirileceği konusundaki beyanını da dikkate alarak; TEDAŞ ile ilgili şirketler arasında yapılacak sözleşmelerde “*Gerekli mevzuat değişiklikleri sağlandığında, Rekabet Kurulu'nun 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı kararının 1'inci ve 2'nci bendlerinde sözü edilen iki koşulun yerine getirileceği*” hususunda hüküm konulması koşulu ile anılan devir sözleşmelerine izin verilmesine ve önceki şartlı izin kararının bu şekilde tazyihine karar vermiştir.

TEDAŞ kararı işletme hakkı devirlerinden önce kamunun elinde olan mutlak bölgesel tekel haklarının aynen özel şirketlere devredilmesinin uygun olmadığını, böyle bir durumun özelleştirmenin rekabet boyutunun ihmal edilmesi anlamına geleceği, elektrik sektöründe en azından kısmi bir fiyat rekabeti ve alternatif kaynaklarının bulunması gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu dönemde, işletme hakkı devirleri yoluyla yapılan özelleştirmeye

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

hedeflenen, artan elektrik talebinin karşılanması amacıyla özel şirketlerin sektöre girmesinin sağlanmasıydı. Yapılan devirlerle, sektörün ihtiyaç duyduğu altyapı yatırımlarını, finansman sıkıntısı içinde olan kamu kesimi yerine, özel sektör şirketleri gerçekleştirilecekti. Rekabet Kurulu kararında bu amaçlar dışında elektrik sektöründe yapılacak özelleştirmelerde rekabet boyutunun ihmal edilmeyerek, ilgili piyasada mümkün olduğunca rekabetin sağlanmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Bu açıdan Tedaş kararı Kurulun elektrik sektöründeki ilk kararlarından biri olmasına rağmen önemli ve yerinde saptamalar içermektedir.

### 2.5.2.2. ÇEAŞ Kararı

Rekabet Kurulu'nun kararına<sup>59</sup> geçmeden önce ÇEAŞ ile ilgili kısa bir bilgi verilmesi yerinde olacaktır. 19.8.1953 tarih ve 8488 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 25.6.1953 tarih ve 4/1017 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Çukurova Elektrik Türk Anonim Şirketi'ne (ÇEAŞ) bir imtiyaz verilmiş ve 26.8.1953 tarihinde buna ilişkin imtiyaz sözleşmesi ve şartlaşma imzalanmıştır.

Söz konusu imtiyazın konusu, Adana'nın 8. km kuzeyinde Bayındırlık Bakanlığı tarafından inşa edilip ÇEAŞ'a devredilecek olan Seyhan Barajı Hidroelektrik Santrali'nde elektrik enerjisi üretimi, bu enerjinin Seyhan-İçel illeri ile üretim yeterli bulunduğu takdirde Çukurova Bölgesinin diğer muhtaç yerlerine iletimi ve buralarda mevcut veya kurulacak işletmelere ve tüketimleri 500 kW'ı geçen sanayi müesseselerine toptan satışdır.

İmtiyazın süresi, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 49 yıl olarak belirlenmiştir. İmtiyaz sahibi, ileteceği elektriği belediyelere veya belediyelere bağlı işletmelere toptan satış yapmak suretiyle satacak, imtiyaz bölgesi içinde kurulu gücü 500 kW'ı geçen büyük tüketicilere ise doğrudan satabilecektir. İmtiyaz süresi sonunda tüm tesisler müşterilati ve bunların içindeki demirbaş eşya İdareye devredilecektir.

1984 yılında 3096 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra Bakanlar Kurulu'nun 26.8.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Kararı ile ÇEAŞ'a Adana, Mersin, Hatay bölgesin de elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma görevi verilmiştir. Böylece ÇEAŞ, 3096 sayılı Kanun'da belirtilen "görevli şirket"e dönüşmüştür.

ETKB ile ÇEAŞ arasında 9.3.1998 tarihinde imzalanan "Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi" (İmtiyaz Sözleşmesi) gereğince bu bölgeleri

<sup>59</sup> 10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı Rekabet Kurulu kararı

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

kapsayan 1 No'lu görev bölgesi 2058 yılına kadar ÇEAŞ'a verilmiştir. İmtiyaz sözleşmesiyle ÇEAŞ'ın, belirlenen bölgede elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti işi ile iştigal etmesi kararlaştırılmıştır<sup>60</sup>.

Rekabet Kurulu'nun kararına konu olaylar, 3096 sayılı Kanun ve ona ilişkin Yönetmelikler çerçevesinde 1 No'lu görev bölgesinde elektrik üretimi, iletimi ve ticareti imtiyazı sahibi olan görevli şirket Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) ile Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. (Enerjisa) ve Toros Enerji Üretim Otoprodüktör Grubu A.Ş. (Toros) arasında üretilen elektrik enerjisinin nakli konusunda çıkan sorunlardır.

Enerjisa, ÇEAŞ'ın görevli şirket olarak sahip olduğu imtiyazlar neticesinde söz konusu bölgede dağıtım ve iletim hatlarını kontrol ettiği halde, otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi ve ulusal iletim ve dağıtım hattına erişmesi için gerekli bağlantıyı yapmadığını iddia etmiştir. Toros ise ÇEAŞ'ın aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak ürettiği elektrik enerjisinin otoprodüktör grubu ortaklarına nakledilmesini engellediğini, ürettiği fazla elektrik enerjisinin ÇEAŞ tarafından satın alınmadığını ifade etmiştir.

Anılan imtiyaz sözleşmesi uyarınca, bölgedeki dağıtım hatlarının tümünün ÇEAŞ'a devredilmesi öngörülmüş olmasına rağmen, ÇEAŞ'ın, TEDAŞ'la arasındaki bir takım sorunlar nedeniyle bunların devri yapılamamış ve bu nedenle kurulu gücü 500 kW'ın üzerindeki müşterilere yönelik dağıtım tesislerinin ÇEAŞ, bu miktarın altında kalan tüketicilere yönelik dağıtım tesislerinin ise TEDAŞ tarafından işletilmesine devam edilmiştir. Soruşturma konusu olayda her iki otoprodüktör grubunun bağlantı noktalarında elektrik nakil hatlarının kontrolü ÇEAŞ'a aittir.

Rekabet Kurulu, Çukurova bölgesinde elektrik iletimi, dağıtım, üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren ÇEAŞ'ın, bölgede sahip olduğu elektrik nakil hatlarını ve iletim tekeli kullanarak, grup ortaklarının elektrik ihtiyacını karşılamak üzere kurulmuş olan şikâyetçi iki otoprodüktörün iletim hatlarına erişimini geciktirdiğini ve engellediğini belirterek, rekabete aykırı bu eylemleri nedeniyle söz konusu teşebbüsün idari para cezası ile cezalandırılmıştır. Kararda elektrik enerjisinin naklinde kullanılan bölgedeki iletim ve dağıtım hatlarının elektrik üretimi piyasası açısından zorunlu unsur olduğunu belirten Kurul, bu hatların ve dolayısıyla zorunlu unsurun kontrolünü elinde bulunduran ÇEAŞ'ın buradaki hakim durumunu kötüye kullanarak şikâyetçi otoprodüktörlerin faaliyet

<sup>60</sup>12.06.2003 tarih ve 2003/5712 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile imtiyaz sözleşmesini ihlal etmesi nedeniyle, sözleşmenin feshi yoluyla ÇEAŞ'ın imtiyazı düşürülerek, ÇEAŞ görevli şirket olmaktan çıkarılmıştır.

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

gösterdiği elektrik üretimi piyasasında tekelleşmeyi amaçladığı sonucuna ulaşmıştır.

Söz konusu karar, gerek Rekabet Hukuku anlamında çok ilgi çekici bir husus olan zorunlu unsur kavramını içermesi, gerekse de 3096 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında imzalanan imtiyaz sözleşmelerine rekabet hukuku kurallarının uygulanabileceğini ortaya koyması bakımından büyük önem taşımaktadır.

ÇEAŞ kararından çıkan bir diğer önemli sonuç 1 No'lu görev bölgesinde dikey bütünleşik görevli şirket ÇEAŞ ile otoprodüktörlerin elektrik üretimi pazarında rakip durumunda olduklarıdır. 3096 sayılı Kanun'a getirilen eleştirilerin başında rekabeti sağlamaya yönelik hükümleri içermemesi bulunmaktadır. Söz konusu Kanun'da 3996 Kanun gibi bir ihale düzenleme şartı bulunmadığından, bu kanuna göre gerçekleştirilen YİD projelerinin tümü faaliyette bulunmak isteyen şirketlerin idareye başvurusuyla, ihale yapılmadan uygulanmıştır (Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurumu Raporu, 20; Çal 2002, 171). Hatta doktrinde YİD modeline ilişkin iki düzenleme olan 3096 sayılı ve 3996 sayılı kanunlar kıyaslanarak, 3996 sayılı kanunla ihale aşamasında "pazar için rekabet" in bulunduğu, oysa 3096 sayılı Kanunda ihale aşaması bulunmadığı için bu hususun yer almadığı öne sürülmüştür (Çal, 2002, 171).

Söz konusu görüş tam olarak doğruyu yansıtmamaktadır. Rekabet Kurulu'nun kararından anlaşılacağı gibi ÇEAŞ, üretim seviyesinde otoprodüktörlerle rakip durumundadır. ÇEAŞ'ın bölgesinde elektrik üretimi, iletimi faaliyetiyle iştigal etmekte ve ayrıca bölgesindeki 500 kW'den fazla tüketimi olan tüketicilere dağıtım ve satış yapmaktadır. ÇEAŞ'ın bölgesinde bir otoprodüktör kurulduğu vakit, önceden ÇEAŞ'dan elektrik satın alan şirketler artık elektrik ihtiyacını otoprodüktörden sağlamaktadırlar. Her kurulan otoprodüktör bu anlamda ÇEAŞ'ın satışlarını azaltmakta, bölgede üretim açısından ÇEAŞ'ın ikamesi otoprodüktörler olmaktadır. ÇEAŞ'da bölgesinde kurulacak otoprodüktörlere izin verilmemesini, otoprodüktörlerin kendi satışlarını düşürdüğünü her fırsatta dile getirmiştir. Bu nedenle 3096 sayılı Kanunla getirilen sistemde hiç rekabet bulunmadığını söylemek doğru değildir. 3096 Kanun ve ona dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde elektrik üretimi piyasasında otoprodüktörlerle sınırlı da olsa bir rekabetin bulunduğu görülmektedir.

ÇEAŞ kararı elektrik sektöründe sık sık yapılan mevzuat değişikliklerinin ve imtiyaz sözleşmeleri ile kanun hükümlerinin çatışmasının çok güzel bir örneğidir. ÇEAŞ, şikâyetçi otoprodüktör gruplarının görev bölgesi içinde kurulmasının imtiyaz sözleşmesinden doğan haklarını ihlal ettiğini belirterek, bunların kurulmalarına karşı çıkmış ancak bunu engelleyemeyince bölgede elektrik nakli konusundaki tekeli (hakim durumunu) kötüye

kullanarak, 4054 sayılı Kanun'u ihlal edecek şekilde otoprodüktörlerin grup ortaklarına enerji nakletmelerini engellemiştir. Elektrik üretimi ve özellikle otoprodüktör grupları açısından hayati önem taşıyan unsur üretilen elektriğin nakledilebilmesidir. Hem Enerjisa hem de Toros üretim tesislerinden elde ettikleri elektrik enerjisinin tüketilmesi için, ÇEAŞ'ın dağıtım ve iletim hatlarını kullanarak bölgede bulunan otoprodüktör grubu ortaklarına nakledilmesi gerekmektedir.

ÇEAŞ ile şikâyetçi otoprodüktörler arasında gerek aralarındaki mevcut anlaşmalardan, gerekse mevzuat hükümlerinin yorumundan ve uygulanma tarzından kaynaklanan çeşitli sorunlar bulunduğu anlaşılmaktadır. ÇEAŞ, söz konusu otoprodüktörlerin elektrik üretiminde kendisiyle rekabet edip, satışlarını düşürmesinden rahatsızlık duymakta ve bunların sahip olduğu imtiyazı ihlal ettiğini düşünmektedir. Nitekim ÇEAŞ, karar konusu rekabet ihlaline ilişkin Rekabet Kurulu'na yaptığı savunmada da imtiyaz sözleşmesinin kendisine bölgede elektrik üretme konusunda tekel hakkı verdiğini, sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa bile zaten imtiyazın anlam itibariyle imtiyaz sahibine bu tarz bir tekel hakkı verdiğini öne sürmüştür<sup>61</sup>. Ancak Rekabet Kurulu, ÇEAŞ'a ne ilgili mevzuatta ne de imtiyaz sözleşmesinde böyle bir tekel hakkı verilmediğini, bilakis her ikisinde de üretim aşamasında birden fazla teşebbüsün faaliyette bulunabileceği bir modelin öngörüldüğünü tespit etmiştir. Kararda, şikâyetçi otoprodüktörlerin, pazara girişini engelleyen yasal bir düzenlemenin söz konusu olmadığı; bir başka deyişle, imtiyaz hakkının bir tekel hakkına işaret ettiği görüşüne dayanarak, pazara girişinin kısıtlanamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Kurul'a yaptığı savunmada öne sürdüğü bir diğer husus da; kendisinin bir kamu hizmeti gördüğü ve bunun getirdiği yükümlülükler nedeniyle otoprodüktörler ile rakip olarak değerlendirilemeyeceğidir. Kurul, konuyla ilgili olarak ÇEAŞ'ın imtiyaz sözleşmesini incelemiş ve söz konusu teşebbüse yüklenen külfetlerin bir ekonomik karşılığının yine sözleşmeyle öngörülmüş bulunduğunu tespit etmiştir. Rekabet Kurulu, ÇEAŞ'ın rekabet kurallarından muaf tutulmasını sağlayacak tarzda bir yükümlülüğünün bulunmadığını, söz konusu şirketin 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs olduğunu ve rekabet kurallarının uygulanabileceğini ifade etmiştir.

Rekabet Hukuku anlamında ihlal teşkil eden husus ise ÇEAŞ'ın bu hukuki sorunları çözmek için kanuni yollara başvurmak yerine elektrik nakli pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanarak, alt pazar olan elektrik üretimi pazarındaki rakiplerinin zorunlu unsura erişmelerini hukuka aykırı olarak engellemesidir.

<sup>61</sup> Birinci Bölümde İmtiyaz hakkı-tekel ilişkine ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

3096 sayılı Kanun ile getirilen sistem için yapılabilecek eleştirilerin başında oldukça sık ve çeşitli tarihlerde değişikliğe uğradığı için çelişkili sayılabilecek, yoruma açık hükümler içermesidir. Hatta bu sistemin yarattığı bazı sorunlar o kadar karmaşık bir hal almıştır ki, 4628 sayılı Kanunla tekrar düzenlenmelerine rağmen bugün bile belirsizlikleri devam etmektedir<sup>62</sup>. Bu kadar karmaşık düzenlemelerin bulunduğu, adeta içinden çıkılmaz bir hal almış 3096 sayılı Kanun uygulamasında ÇEAŞ ile otoprodüktörler arasında bir takım hukuki anlaşmazlıkların baş göstermesi doğal olsa da, ÇEAŞ bunları kanuni yollarla çözüme kavuşturmak yerine rakiplerinin elektrik nakil hatlarına erişimini engelleyerek, pazar dışına çıkarmaya çalışmış ve 4054 sayılı Kanun’u ihlal etmiştir. İşte tam da bu husus ÇEAŞ olayını bu derece ilginç kılmaktadır; elektrik mevzuatının yorumunda ortaya çıkan, mevzuatın karmaşıklığından kaynaklanan sorunlar bambaşka bir hukuk dalı anlamında bir soruna, bir rekabet ihlaline neden olmuştur.

---

<sup>62</sup> 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu bir yandan rekabete dayalı bir elektrik piyasası getirmeye çalışırken, diğer yandan da adeta bir sorunlar yumağı haline gelmiş “mevcut sözleşmelere” ilişkin çeşitli geçiş hükümleri getirmektedir. Ancak 4628 sayılı Kanun yürürlüğe girmesinden itibaren yaklaşık 4 yıl geçmiş olmasına rağmen halen kurulmaya çalışılan elektrik piyasasının önündeki en büyük engel önceki sistemden gelen bu sözleşmelerdir.

*“Bir değişiklik, içinde bir diğerinin yerleşeceği bir boşluk bırakır”*

*Niccolo Machiavelli “Prens”*

### **BÖLÜM 3**

## **4628 SAYILI YENİ ELEKTRİK PİYASASI KANUNU ve MEVCUT SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN SORUNLAR**

### **3.1. 4628 SAYILI ELEKTRİK PİYASASI KANUNU**

#### **3.1.1. 4628 sayılı Kanun’u Doğuran Nedenler**

3.3.2001 tarihinde, 24335 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 4628 sayılı “Elektrik Piyasası Kanunu”nda, piyasa katılımcıları arasında yapılan ikili sözleşmelere ve enerji dengeleme ve uzlaştırma mekanizmasına dayanan bir piyasa modeli öngörülmektedir. Aslında bu Kanun, son yıllarda elektrik ve başka alanlarda yürürlüğe konulan çeşitli kanunlar ile İdare’nin örgütsel yapısında ve görevlerinde yapılan değişimin bir parçasıdır (Ayanoğlu 2003, 66).

Özelleştirmelerle desteklenen bu değişimin ilk halkasını, 29.2.1984 tarih ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun, Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddelerinde değişiklik yapan 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun oluşturmaktadır (Ayanoğlu 2003, 66).

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

3996 sayılı Kanun ile de altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesine özel hukuk kişilerinin katılması öngörülmüş ve bu hizmetlerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte özel hukuk hükümlerine tabi anlaşmalar uyarınca özel hukuk kişilerin yerine getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle yapılan Anayasa değişikliği sonucunda kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi ve özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi ve devredilebilmesi yolu açılarak, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlılara karşı milli ya da milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesi usulü benimsenmiştir.

Bu düzenlemeler sonucunda kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin özel hukuk kişilerin göre görülmesi usulünün sınırları genişletilerek, bunların hukuki rejimi İdare Hukuku'ndan özel hukuka çevrilmiş, bunlardan doğan uyuşmazlıklar ise idari yargı kapsamından çıkarılmıştır. Böylelikle kamu hizmeti kavramında ciddi bir değişim başlamıştır (Ayanoğlu 2003, 67).

Özelleştirme dalgasının ikinci halkasını ise 18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu, telekomünikasyon konusundaki 27.1.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun, 20.2.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 4.4.2001 tarih ve 4634 sayılı Şeker Kanunu, 18.4.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu gibi düzenlemeler oluşturmaktadır (Ayanoğlu 2003, 67).

Bankacılık, telekomünikasyon, elektrik, şeker, doğalgaz ve tütün gibi alanlardaki düzenlemelerle, idarenin bu piyasalarda yürüttüğü iktisadi nitelikteki kamu hizmetlerinin yürütülmesi özel hukuk kişilerine bırakılarak, idarenin bu piyasalardaki düzenleyicilik görevi öne çıkarılmıştır. Özelleştirme sonucunda İdare'nin "işletmeci" olmaktan çıkmasıyla bu sektörlerde rekabet ve serbestleşmenin sağlanması ve piyasanın rekabete açılabilen bölümleri ile doğal tekel bölümleri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi hususu İdare'nin düzenleyici faaliyetleriyle sağlanmaktadır (Ayanoğlu 2003, 68).

Türkiye'deki elektrik sektörü de mülkiyet, işletme ve fiyatlandırma açılarından büyük ölçüde kamu tekelinde bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanun'dan önceki çeşitli yasal düzenlemelerde, kamu hizmeti niteliğinde olan elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetleri İdare'ce tekel olarak sunulmakta ya da kamu hizmeti niteliğini kaldırmayacak şekilde özel kişilere gördürülmekteydi. 4628 sayılı Kanun'dan önce yapılan çeşitli düzenlemeler ile yeterli enerjinin sağlanması, rekabetin sağlanması, maliyetlerin düşürülmesi, kalitenin ve verimliliğin artırılması, yeni teknoloji transferi için özel sektörün ve yabancı sermayenin payının artırılması amacıyla YİD, Yİ ve İHD modelleri geliştirilmiştir (Uçan 2002, 153).

1980'lerin başında İdare, büyük yatırım gerektiren elektrik sektöründeki altyapı hizmetlerine özel sektörün katılımını sağlayacak düzenlemeler yapmak için çalışmalara başladı. Aslında bu çabalar, Anayasa Mahkemesi tarafından müteakip defalar belirtilen, elektrik sektörünün bir kamu hizmeti alanı olduğu ve İdare tarafından yerine getirilmesi gerektiği açıklamasının doğal bir sonucuydu. Bu anayasal engelin aşılması yerine 1980'lerin ve 1990'ların hükümetleri özelleştirme yapmadan elektrik sektörüne özel sektörün katılımını sağlayacak kestirme yollar uygulamaya çalıştılar (Atiyas ve Dutz 2003, 6). Çeşitli tarihlerde uygulamaya sokulan YİD, Yİ ve İHD uygulamaları bu çabaların sonucunda ortaya çıkan modellerdir.

1990'ların sonunda elektrik üretim şirketlerini bağlayan, hazine garantilerine dayalı, uzun dönemli münhasır elektrik satışı içerir anlaşmaların sektörde sağlanmak istenen rekabet amacına uygun olmadığı ortaya çıkmaya başlamıştı (Atiyas ve Dutz 2003, 8). Bu nedenle yapılan uzun çalışmalar sonucunda 2001 yılında radikal yasal değişiklikler içeren 4628 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir.

4628 sayılı Kanun ile elektrik sektöründe yeni bir düzenleme yapılmasına neden olan faktörler, bu sektörde daha önce Avrupa Birliği ve İngiltere'de yapılmış olan regülasyon hareketlerinin nedenlerinden farklıdır. Örneğin Avrupa Birliği'ndeki regülasyon hareketinin nihai amacı dâhili bir elektrik pazarının oluşturulmasıdır. İngiltere gibi ülkeler ise kamu teşebbüslerinin etkisizliğinin ortadan kaldırılması (mülkiyet ayrıştırması) amacıyla ve teknolojik gelişim sonucunda elektrik üretiminde rekabetin mümkün olması neticesinde regülasyon hareketine başlamışlardır. Oysa Türkiye'de 4628 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme yapılmasının ana nedeni elektrik talebindeki hızlı büyüme ve bu talebi yaşadığı mali sıkıntılar nedeniyle karşılayamayan, yetersiz kalan kamu yatırımlarının yanında sektörde serbestleşmenin ve özel sektörün katılımının sağlanmasıydı (Atiyas ve Dutz 2003, 8).

### **3.1.2. 4628 Sayılı Kanun İle Getirilen Rekabetçi Piyasa Modelinin Ana Hatları**

4628 sayılı Kanun, ikili anlaşmalar düzeni ile elektrik satışının yapılmasına dayanan ve bir dengelenme ve uzlaştırma mekanizması içeren bir piyasa modeli getirmektedir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun amacı "elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle 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 oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması" olarak açıklanmıştır (4628 sayılı Kanun

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

madde 1/1). Denetim ve düzenleme amacıyla söz konusu Kanunla bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) oluşturulmuştur.

Kanunda öngörülen piyasa modelinin işleyişi büyük ölçüde piyasa hedeflerine uygun bir özelleştirmenin yapılmasını ve müzakereye açık bir arz fazlasının oluşmasını gerekli kılmaktadır<sup>63</sup>. EPDK tarafından yayınlanan Uygulama Kitabı'nda; *“eşit taraflar arasında ayırım gözetmeyen, rekabete dayalı ve şeffaf bir piyasa yapısının teşkili büyük önem kazanmaktadır. Yapılacak düzenlemelerle piyasa risklerinin asgari düzeye indirildiği, güvenin tesis edildiği ve belirli bir program çerçevesinde serbestleştirilmenin giderek artırıldığı bir piyasa yapısı, yerli ve yabancı özel sektör yatırımcıları açısından cazip hale geleceği”* ifade edilmektedir.

4628 sayılı Kanun'da piyasa faaliyetleri genel olarak elektrik hizmetlerinin teknik bölünmesine paralel olarak; üretim, iletim, dağıtım, satış (toptan/perakende) olarak tanımlanmıştır (Ayanoğlu 2003, 74). Kanun'la daha önce ağırlıklı olarak kamunun elinde olan ve dikey bütünsel bir yapıya sahip olan elektrik piyasasının serbestleştirilmesi amaçlanmıştır. Bu amaçla üretim, toptan ve perakende satış piyasaları rekabete açılırken, dağıtım ve iletim piyasaları regülasyona tabi tutulmaktadır. Doğal tekel niteliği gösteren ve rekabete açılmayan iletim işi ise TEİAŞ'a bırakılarak kamu tekeli haline getirilmektedir. Kanun'la dağıtım tesisleri bir süre daha bir kamu kuruluşu olan TEDAŞ'ın elinde bırakılmakta ancak elektrik piyasasının sağlıklı işlemesi açısından bunların bir an önce özelleştirilmesi amaçlanmaktadır.

4628 sayılı Kanun'da bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe girmiş olan 3096 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun, 4283 sayılı Kanun ve 4501 sayılı Kanun hükümleri ve bunlara ilişkin yönetmeliklere göre imzalanan sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri ve uygulama sözleşmeleri “mevcut sözleşmeler” olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu Kanun'un 2. maddesine göre, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişiler, üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, perakende satış hizmeti, ticaret, ithalat ve ihracat faaliyetleri ile iştigal edebileceklerdir.

Elektriğin bir ürün olarak satılması piyasada gerçekleşen bir takım işlemler sonucunda gerçekleştirilir. Üretilen elektrik enerjisinin öncelikli olarak üreticiler tarafından toptan satıcılara, toptan satıcılar tarafından perakende satıcılara, perakende satıcı tarafından ise nihai kullanıcı olan tüketicilere satışı piyasada yapılan çeşitli işlemler sonucunda gerçekleşir. Bu kapsamda tüm satış işlemleri ikili anlaşmalar yoluyla yapılırlar. İkili anlaşmalar, gerçek ve tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya

<sup>63</sup>(EPDK 2003, 1)

kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve EPDK'nın onayına tabi olmayan anlaşmalardır (4628 sayılı Kanun madde 1/41).

Elektrik piyasasındaki ikinci önemli anlaşma grubunu ise bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları oluşturmaktadır. Bunlar; üretim şirketi, otoprodüktör, otoprodüktör grubu, dağıtım şirketi ya da tüketicilerin iletim sistemine ya da bir dağıtım sistemine erişmeleri veya bağlantı yapmaları için yapılan ve kullanıcılara özgü koşul ve hükümleri kapsayan anlaşmalardır.

Son grup anlaşmalar ise yan hizmetlere ilişkin olan yan hizmet anlaşmalarıdır. Yan hizmet anlaşmaları, iletim sistemine bağlı olan üretim şirketleri, otoprodüktörler, otoprodüktör grupları, dağıtım şirketleri veya tüketiciler tarafından Türkiye Elektrik Anonim Şirketince, şebeke yönetmeliği uyarınca sağlanacak yan hizmetlerin bedellerini, koşullarını ve hükümlerini belirleyen anlaşmalardır.

Kanun'da öngörülen rekabetçi piyasanın işleyebilmesi için elektrik üretimi tarafında olduğu gibi tüketim tarafında da gereken serbestleştirilmenin sağlanması önemlidir. Bu anlamda Kanun'da elektrik alacağı tedarikçiyi seçme hakkına sahip olan serbest tüketici hususuna yer verilmiştir. Serbest tüketiciler, EPDK tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından (serbest tüketici limiti) daha fazla tüketimde bulunması veya iletim sistemine doğrudan bağlı olması nedeniyle tedarikçisini seçme serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişilerdir. Serbest tüketici limitleri piyasanın hangi oranda serbestleştirileceğini belirlemekte ve her yılın Ocak Ayının sonuna kadar Kurul tarafından tespit edilmektedirler. 2005 yılı için tespit edilen serbest tüketici sınırı ise 7,8 milyon kilovat saattir. Bu oran "Strateji Belgesi" ile 2009 yılı başına kadar sabitlenmiştir. Serbest tüketiciler;

- perakende satış lisansına sahip dağıtım şirketleri
- perakende satış şirketleri
- toptan satış şirketleri
- üretim şirketleri

ile ikili anlaşmalar yaparak, tarafların iradeleri sonucunda belirlenen bu anlaşma fiyatı üzerinden elektrik satın alabileceklerdir. Serbest olmayan tüketiciler ise, tedarikçilerini seçme hakkına sahip olmadıklarından, düzenlemeye tabi olan perakende satış tarifeleri üzerinden, ancak perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketinden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin edeceklerdir.

İkili anlaşmalarda hedef, tedarikçilerin (perakende satış lisansına sahip dağıtım şirketleri, perakende satış şirketleri, toptan satış şirketleri ve üretim şirketleri) tüketicilerin tüm elektrik ihtiyacını karşılamasıdır. Ancak ne kadar hassas bir tahmin yapılırsa yapılsın, ikili anlaşmanın her iki tarafındaki

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

koşullarda meydana gelen değişimler neticesinde ikili anlaşmalarda öngörülen üretim ve tüketim dengesi bozulabilmektedir. Bu durumda elektrik sisteminin dengesinin sağlanması, üretim ve tüketiminin eşleştirilmesi amacıyla iletim sistemi işleticisi (Ulusal Yük Dağıtım Merkezi), Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi tarafından önceden alınmış tekliflere (yük alma ve yük atma teklifleri) göre kimi üretim şirketlerinin üretimlerini arttırarak, kimilerini ise azaltarak sistemin fiziki dengesini sağlar. Bu durumda Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi ikili anlaşmaların tarafı olan sistem katılımcılarını dengeleme ve uzlaştırma maliyetleri oranında ücretlendirir<sup>64</sup>.

4628 sayılı Kanun'un uygulanması sırasında karşılaşılabilecek başlıca zorluklar ise şunlardır<sup>65</sup>;

- Müzakereye açık yeterli arz fazlasının bulunmaması<sup>66</sup>,
- Kayıp-kaçak oranlarının birçok dağıtım bölgesinde yüksek olması,
- Ölçme-iletişim-kontrol alt yapısının yeni piyasa modelinin gerektirdiği ölçüde tesis edilmemiş olması,
- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'nin (TETAŞ), piyasada hakim bir toptan satış şirketi durumunda olması,
- TETAŞ tarafından karşılanacak olan yükümlenilen maliyetlerin büyüklüğü,
- Özelleştirme sürecinin tamamlanmamış olması,

### 3.1.3. Üretim Piyasasına Giriş

4628 sayılı Kanun'a göre üretim faaliyeti, Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), bağlı ortaklıkları, özel sektör üretim şirketleri, otoprodüktörler ve otoprodüktör grupları tarafından gerçekleştirilmektedir. Özel sektör üretim şirketleri, sahip oldukları, finansal kiralama yoluyla edindikleri veya işletme hakkını devraldıkları üretim tesisi ya da tesislerinde elektrik enerjisi üretimi ve satışı ile işgal eden özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerdir.

Üretim faaliyeti ile işgal eden tüzel kişiler ürettikleri elektrik enerjisi ve/veya kapasiteyi; toptan satış lisansı sahibi tüzel kişilere, perakende satış

<sup>64</sup> (EPDK 2003,2)

<sup>65</sup> (EPDK 2003,3)

<sup>66</sup> Her ne kadar yakın dönemde elektrik arzı, talebin üzerinde gerçekleştiğinden alım garantili üretime yer açılabilmesi için kamuya ait santrallerin üretimleri zaman zaman düşürülse de, söz konusu fazlalık alım garantili sözleşmelerden kaynaklanmakta ve müzakere yoluyla piyasada satılmamaktadır. Dolayısıyla ülke genelindeki arz fazlasına rağmen, piyasada rekabet ortamında satılabilecek miktar azalmakta ve 4628 sayılı Kanun'un uygulanması için gerekli müzakereye açık yeterli bir arz fazlalığı bulunmamaktadır.

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

lisansı sahibi tüzel kişilere ve serbest tüketicilere ikili anlaşmalar yoluyla satabilirler. Üretim faaliyetinde bulunan tüzel kişilerin uymak zorunda oldukları yükümlülükler ise şunlardır<sup>67</sup>;

- Mücbir sebepler ile yıllık programlı bakım takvimi dışında, üstlendiği yükümlülükleri yerine getirecek şekilde üretim tesisinin işler halde tutulması,
- Ölçme-iletişim-kontrol alt yapısının gerektirdiği, çok zaman dilimli ölçüm yapabilen sayaçların tesis edilmesi,
- Üretilen elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin herhangi bir bölge sınırlaması olmaksızın müşterilere satışında iletim ve/veya dağıtım bedeli ödenmesi,
- Teknik olanaklar çerçevesinde TEİAŞ veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilere, maliyetin tamamını karşılayacak bedel üzerinden yan hizmetler için teklifte bulunulması,
- Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği çerçevesinde Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi'ne yük alma ve yük atma teklifi verilmesi,
- Otoprodüktör ve otoprodüktör grupları hariç olmak üzere, işletmekte veya işletmekte oldukları ya da kiradadıkları her bir üretim tesisi için ayrı lisans alınması ve ayrı hesap tutulması,

yer almaktadır.

4628 sayılı Kanun ile amaçlanan rekabetçi piyasalar oluşturulurken, mevcut fiziki ve kurumsal yapı dışında geçmiş dönemdeki uygulamaların yeni piyasa yapısına olan etkileri de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, rekabetçi bir elektrik piyasası, mevcut durum göz önüne alınmadan yeni bir başlangıç gibi tasarlanıp, uygulanamaz<sup>68</sup>. 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2001 yılına gelindiğinde, elektrik piyasasında özellikle elektrik üretimi için Yİ, YİD ve İHD gibi sözleşmelerle kurulmuş bir yapı bulunmaktaydı. 1984 yılında yürürlüğe giren 3096 sayılı Kanun ile başlayan ve özel sektör şirketlerinin piyasaya girerek, elektrik üretimi ile ilgili çeşitli yatırımları yerine getirmesini amaçlayan mevcut yapı, 4628 sayılı Kanun ile getirilen piyasa düzenine tam olarak uymamakta, çeşitli konularda sorunlar doğurmaktadır. İşte bu nedenle, 4628 sayılı Kanun mevcut sözleşmelerle kurulmuş olan yapıdan yeni piyasa düzenine geçmek için bir geçiş süreci öngörerek, mevcut sözleşmeler için çeşitli uyarılama hükümleri getirmiştir.

EÜAŞ ve bağlı ortaklıkları, hidro elektrik santralleri de dâhil olmak üzere kamuya ait tüm elektrik üretim tesislerinin mülkiyetini elinde bulunduracaktır. 4628 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi uyarınca EÜAŞ ve

<sup>67</sup> (EPDK 2003, 9)

<sup>68</sup> (EPDK 2003, 1)



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

bağlı ortaklıkları, EPDK'ca belirlenecek, süresi 5 yılı geçmeyecek bir dönem boyunca üreteceği elektriği TETAŞ'a satacaktır. Bu dönem boyunca EÜAŞ'ın TETAŞ'a satacağı elektrik ve kapasite satışına ilişkin esaslar ve usuller, ETKB görüşü çerçevesinde Kurul tarafından belirlenecektir<sup>69</sup>.

Piyasanın yatırımcılar açısından cazip hale getirilmesiyle yeni üretim yatırımlarını finanse edebilecek ve mali yükümlülüklerini karşılayabilme kapasitesi açısından güvenilir alım-satım sözleşmeleri imzalayabilecek güçte şirketlerin piyasada yer alması ve bunların yeni üretim yatırımları yapmasıyla arz güvenliği sorununun çözülmesi öngörülmektedir<sup>70</sup>.

### **3.1.4. İşletme Hakkı Devirleri ve 4628 Sayılı Kanun**

#### **3.1.4.1. Devre İlişkin Hükümler**

Bölgelerinde, mevcut sözleşmeleri kapsamında işletme hakkı devri yoluyla dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketleri, Kanun'da belirlenmiş ve dağıtım şirketlerinin tabi olduğu serbest rekabet koşullarını sağlayacak şekilde sözleşmelerini tadil edip, yeni düzenlemelere geçmedikleri sürece, üretim lisansı alarak üretim tesisi kurma hakkından yararlanamaz ve üretim faaliyetiyle iştigal eden tüzel kişilerle kontrol oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın iştirak ilişkisine giremez<sup>71</sup>.

3096 sayılı Kanun uyarınca, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere devredilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilir. 4628 sayılı Kanun ile işletme hakkı devrini içeren mevcut sözleşmelere ilişkin çeşitli hükümleri getirilmiştir. İşletme hakkı devri öngören mevcut sözleşmeler; 3996 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin (4501 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değişik) ikinci fıkrası uyarınca özel hukuk hükümlerine tabi hale getirilmiş sözleşmeler ile imtiyaz sözleşmesi olarak devam eden sözleşmeleri kapsamaktadır.

4628 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi ile kamuya ait elektrik üretim ve dağıtım tesislerinden devredilmesi öngörülenlerin buna ilişkin işlemlerinin belirli bir tarih itibarıyla sona erdirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu hükme göre işletme haklarının devredilmesi öngörülen tesislerin, devir işlemlerini 31 Ekim 2001<sup>72</sup> tarihine kadar tamamlanamayan şirketlerin mevcut

<sup>69</sup> (EPDK 2003, 9)

<sup>70</sup> (EPDK 2003, 2)

<sup>71</sup> 4628 sayılı Kanun madde 3

<sup>72</sup> Söz konusu maddenin ilk halinde yer alan 30.6.2001 tarihi Anayasa Mahkemesi tarafından maddenin ilk fıkrasının yürürlüğü durdurulmuş daha sonra ise 27.6.2001 gün 2001/93 E., 2001/7 sayılı karar ile iptal edilmiştir. Bunun üzerine 4694 sayılı Kanun ile anılan tarih 31.10.2001 olarak

sözleşmeleri hükümsüzdür. Söz konusu fıkranın yürürlüğü Anayasa Mahkemesi tarafından önce durdurulmuş daha sonra ise 2001/389 E., 2002/29 K. ve 2001/293 E., 2002/28 K. sayılı kararlar ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin Geçici 4. maddeyi söz konusu fıkrayı iptal ederken kullandığı gerekçeler ilgi çekici niteliktedir<sup>73</sup>; Anayasa Mahkemesi tarafların özgür iradeleri ile yapılmış önceki tarihli sözleşmelerin, sonraki tarihli bir kanun ile sona erdirilemeyeceğini ve bu durumun da hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliği ve ahde vefa ilkesinin sözleşme özgürlüğünü korunmasını zorunlu kıldığını belirterek 4628 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesini iptal etmiştir.

4628 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeyle sözleşme imzalanmış olmasına rağmen tesislerin fiili olarak devri bir türlü yapılamamış, sürüncemede kalmış işletme hakkı devirlerinin belirli bir tarihe kadar sonlandırılması amaçlanmıştır. Ancak sözleşmelerin sona erdirilmesi buna ilişkin sözleşme hükümleri veya bu konuda hüküm bulunmayan hallerde ise genel hukuk kaidelerine göre mümkündür. Bunun dışında, bir hukuk devletinde yürürlükteki sözleşmelere sonraki tarihli kanunla müdahalede bulunmak ya da yürürlükten kaldırmak, ahde vefa ilkesi ve kanunların geriye yürümezliği gibi ilkeler

---

değiştirilmiştir. Bu tarihin yürürlüğü de Anayasa Mahkemesi'nin 2001/389 E., 2001/9 K. sayılı kararı ile durdurulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 2001/389 E., 2002/29 K. sayılı kararı ile 4694 sayılı Kanun, 2001/293 E., 2002/28 K. sayılı kararı ile de Geçici 4. maddenin 1. fıkrası iptal edilmiştir.

<sup>73</sup> Söz konusu fıkrayı iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi şu şekildedir; "*Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesi, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" kuralını içermektedir. Buna göre taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.*

*Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekte kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.*

***Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır.***

*Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar.*

*Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."*

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

uyarınca mümkün olmamakta, sözleşme özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 48. maddesini de ihlal etmektedir.

### 3.1.5. Hazine Garantileri ve 4628 Sayılı Kanun

Hazine garantileri temel dayanağını 3996 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinden almaktadır. 3996 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca ilgili idarenin isteği halinde 3096 Kanuna tabi işler de 11. maddedeki garantilerden yararlanmaktadır. YİD modelini gerek elektrik sektöründe gerekse başka sektörlerde çekici kılan unsur, Hazine tarafından sağlanan uzun vadeli alım ve fiyat garantileridir. 20.2.2001 yılında yürürlüğü giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 2/d-1 maddesine göre Türkiye Elektrik Ticaret Taahhüt Anonim Şirketi'nin (TETAŞ) en fazla bir yıl süreli enerji alım sözleşmesi yapabilmesine imkân tanınmıştır. Ayrıca aynı Kanun'un Geçici 8. maddesi ile *"3996 sayılı Kanun hükümleri çerçevesindeki Hazine garantileri, bu Kanun'un yayımı tarihinden önce kararlaştırılmış bulunan projeler için 2002 yılı sonu itibariyle işletmeye geçmeleri kaydıyla verilebilir. Bu projelerden Hazine garantisi verilmiş olanların 2002 yılı itibariyle işletmeye alınamaması halinde Hazine garantileri geçersiz olur"<sup>74</sup>. Bu projeler haricinde 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Kanun ile 16.7.1997 tarihli ve 4283 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Hazine garantisi verilemez"* hükmü getirilmiştir.

Bu düzenlemelerden TETAŞ'ın uzun süreli alım yapamaması ve Hazine garantilerinin de verilememesi nedeniyle YİD modeli garantili işleyen, cazip bir mekanizma olmaktan çıkacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda bu sektöre yatırım yapmak isteyenler, yatırım kararı verirken Hazine garantilerini değil, piyasanın işleyişini dikkate alacaklardır.

YİD, Yİ ve İHD gibi modeller kamunun ilgili sektörlerdeki yatırım açığını kapatmak ve altyapı yatırımlarının yapımına özel sektörün katılmasını sağlamak amacıyla yürürlüğe konulmuşlardır. Ancak, projelerin değerlendirilmesinde ve seçiminde yapılan hatalar nedeniyle, Hazine'nin yükü zaman içinde artmış ve IMF ve Dünya Bankası gibi kuruluşların istekleri doğrultusunda hazine garantileri konusunda söz konusu madde Elektrik Piyasası Kanun'a eklenmiştir (Güneş 2002, 67). 4628 sayılı Kanun ile anılan düzenleme yapılmadan önce hazine garantileri Bakanlar Kurulu tarafından veriliyordu. Şayet garantiler konusunda sistem iyi işlemiş, etkin ve ülke ekonomisi için gerekli olmayan projeler Bakanlar Kuruluna gelmeden ilgili kademelerde elenmiş olsaydı, 4628 sayılı Kanun'da yer alan garantilere ilişkin hükme gerek olmayacaktı (Güneş 2002, 68).

<sup>74</sup> Maddenin ilk fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Buna ilişkin karara ileri bölümlerde yer verilecektir.

Güneş'e (2002, 68) göre; elektrik enerjisi sektöründe Hazine garantileri olmadan yatırım yapılması özellikle yabancı yatırımcılar açısından çok zordur. Zira enerji yatırımları yüksek maliyetli yatırımlardır ve normal ticari proje özelliğini taşımayan bu yatırımlarda alım ve ödeme garantisi olmadan yatırım yapılması, faaliyetin özelliğine uygun değildir. Ayrıca bu yatırımları yerli sermayenin gerçekleştirmesi de mümkün değildir, yerli sermaye tarafından olsa olsa küçük yatırımlar gerçekleştirilebilir ve bunların da toplumsal maliyeti ağırdır. Bu nedenle geçmişte elektrik alanındaki yatırımlar kamu tarafından gerçekleştirilmiştir. Bugün kamu kesiminin, içinde bulunduğu finansman yetersizliği nedeniyle bu yatırımları gerçekleştirmesi çok zordur. Arz arttırılmadan ise yeni elektrik piyasasının çalıştırılması zordur. Bütün bu unsurlar bir arada düşünüldüğünde elektrik alanında yapılacak yatırımlar açısından önemli bir teşvik maddesi olan Hazine garantilerinin kaldırılmasının otoprodüktör gibi nispeten küçük ölçekli yatırımları arttıracığı, planlanan yatırımlar tamamlanmadığı takdirde orta ve uzun dönemde elektrik konusunda darboğaz doğabilecektir (Güneş 2002, 68).

Anayasa Mahkemesi 2001/293 Esas ve 2002/28 Karar sayılı kararı ile 4628 sayılı Kanun'un garantilerle ilgili 8. maddesinin birinci fıkrasını iptal etmiştir<sup>75</sup>. Anayasa Mahkemesi kararında ilginç olan Mahkeme'nin hazine garantileri hususunu tarafların sözleşmeyi yaparken bildiklerini ve garantilerin de bu sözleşmelerin ayrılmaz bir bütünü olduğunu ifade ederek, Geçici 4. maddenin iptalinde belirttiği nedenlerle (sözleşmelere ancak hâkim kararı ile müdahale edilebileceği, sonradan çıkarılan yasalarla sözleşmelere müdahale edilmeyeceği gibi) anılan maddenin ilk fıkrasını iptal etmesidir.

### 3.2. REKABETÇİ ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Elektrik sektöründeki yeniden yapılanma ve liberalleşme hareketlerinin geldiği son nokta, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'dur. Ancak, elektrik sektöründe rekabete dayalı bir piyasa kurmayı amaçlayan söz konusu Kanun'un uygulanmasında, eski sistemden intikal eden YİD, Yİ ve İHD sözleşmeleri

<sup>75</sup> Anayasa Mahkemesinin söz konusu madde ile ilgili iptal kararının önemli kısımları şu şekildedir;

“Geçici 8. maddenin birinci fıkrasında öngörülen 3996 sayılı Yasa kapsamındaki Hazine garantileri, daha önce kararlaştırılmış bulunan sözleşmelerin ayrılmaz bir bölümüdür. İdarenin bütünlüğü nedeniyle, sözleşmenin bir tarafının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ya da başka bir kamu kuruluşu olması ve Hazine garantilerinin ise Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan tarafından verilmesi bu durumu değiştirmez. Çünkü bu sözleşmelerin tarafı durumundaki yüklenici şirketler yatırım ve hizmetleri bunların Hazine garantisi içerisinde yürütüleceğini bilerek üstlenmektedirler. Açıklanan nedenlerle, sözleşmeden ayrı düşünülmemeyecek olan Hazine garantilerine ilişkin dava konusu düzenleme ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden Geçici 4. maddenin birinci fıkrasının iptaline ilişkin gerekçelerle kural Anayasaya aykırıdır, iptali gerekir.”

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

nedeniyle çok büyük zorluklar yaşanmaktadır. Elektrik üretim pazarı açısından bunlardan en önemlileri TETAŞ tarafından üstlenilen mevcut sözleşmelerden doğan yükümlenilen maliyetler ve üretimde rekabetin sağlanamamasıdır. Sektördeki rekabetin sağlanamamasının temel nedenleri mevcut üretim kapasitesinin büyük çoğunluğu hala kamunun elinde olması, söz konusu sözleşmelerdeki al ya öde hükümlerinin rekabete izin vermemesidir.

Yükümlenilen maliyetler mevcut yüksek fiyatlı YİD, Yİ ve İHD sözleşmelerinden doğan maliyetlerden kaynaklanmaktadır. 4628 sayılı Kanun ile mevcut sözleşmeleri TETAŞ üstlenmiş, TETAŞ'ın yüksek fiyatlı bu elektriği satabilmesini sağlamak için de düşük fiyatla üretim yapan EÜAŞ'ın hidrolik santrallerinin belli bir süre için sadece TETAŞ'a enerji satması kararlaştırılmıştır. Böylelikle TETAŞ mevcut sözleşmeler kapsamında satın alacağı pahalı elektrik ile ucuz EÜAŞ elektriğini paçal yaparak, fiyatlarını makul bir seviyeye çekmeye çalışacaktır. Kanun koyucu yükümlenilen maliyetler konusunu 4628 sayılı Kanunla bu şekilde yumuşak bir geçiş öngörmüştür.

TETAŞ, yeni piyasa düzenine yumuşak bir geçişin sağlanması için gerek EÜAŞ ile gerekse de TEDAŞ ve dağıtım şirketleri ile geçiş dönemi sözleşmeleri imzalayarak, mevcut piyasa yapısında önemli bir pazar gücü elde etmiştir. Şu anda TETAŞ kadar büyük bir toptan satış şirketi bulunmadığından, onun fiyatı piyasada belirleyici olmakta, diğer üreticiler tarafından baz alınmaktadır. TETAŞ'ın fiyatını yükselten en önemli unsur ise YİD ve Yİ santrallerinden gelen yüksek fiyatlı elektriktir. Şayet YİD ve Yİ santrallerinin elektrik piyasasına entegre olmalarına ya da en azından yüksek fiyatlarına ilişkin bir çözüm bulunabilirse, TETAŞ'ın üstündeki yükümlenilen maliyetler ve piyasanın baz aldığı TETAŞ fiyatı düşecektir.

### **3.2.1. Sözleşmelerin Yeniden Görüşülmesi**

Akla ilk gelen çözüm yollarından biri mevcut sözleşmelerin yeniden müzakere edilerek, santrallerin ilk 5-10 yıllık işletme dönemindeki yüksek elektrik satış fiyatlarının düşürülmesidir. Mevcut sözleşmelerin çoğunda santrallerin üretime geçtikleri ilk 5-10 yıl için çok yüksek elektrik fiyatları öngörülmüş, böylelikle yatırım tutarının kısa sürede geri dönüşü amaçlanmıştır. Yeniden yapılacak pazarlıklar ile YİD santrallerinin, Yİ modeline çevrilerek, sözleşme sonunda kamuya verilecek olan santralin mülkiyetinin özel kişiye kalması karşılığında, söz konusu şirketlerin ilk 5-10 yıldaki yüksek fiyatlarının düşürülmesi ve yatırım tutarının daha uzun bir vadede geri alınması sağlanabilir. Böylece santrallerden daha ucuza elektrik satın alacak olan TETAŞ'ın yükümlenilen maliyetleri düşecektir. Aynı zamanda bu santrallerin oldukça pahalı ve sorunlu olabilecek özelleştirilmesi aşaması da gerçekleşecek, sözleşme süresinin bitmesi ile bu şirketler elektrik piyasasında faaliyet gösterecek serbest

üretim şirketleri haline geleceklerdir (Atiyas ve Dutz 2003, 17). Ayrıca doğalgazdan elektrik üreten şirketlere BOTAŞ tarafından uygulanan gaz satış fiyatlarının indirilmesiyle de bunların elektrik satış fiyatları düşürülebilir (Atiyas ve Dutz 2003, 17).

TETAŞ'ın yükümlülüğünü azaltarak, sattığı elektriğin fiyatını düşürmenin bir diğer yolu da elektrik tüketiminden ek bir bedel alınmasıdır. Bunun kimden nasıl alınacağını "Strateji Belgesi"nde belirlenmiştir. Şayet TETAŞ, EÜAŞ bağlantısına rağmen mevcut sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini karşılayacak yeterli geliri elde edemezse, bunların iletim tarifesi üzerine konacak ek bir bedel aracılığıyla karşılanması düşünülmektedir (Strateji Belgesi, 5). Bu yöntem kolaylıkla uygulanabilecek nitelikte olmasına rağmen, elektrik fiyatlarını yükselmesine neden olacaktır.

Yükümlenilen maliyetlerin düşürülmesi yollarından biri de HES'lerin satılmasıdır. Bunlardan elde edilecek gelir yükümlenilen maliyetlerin finansmanında kullanılabilir. Bu yöntem de kanun koyucunun benimsediği Yİ ve YİD santrallerinin yüksek fiyatları ile EÜAŞ hidroelektrik santrallerinin düşük fiyatlarının paçallanarak ortalama bir fiyat çıkarılması yöntemiyle hemen hemen aynı etkilere sahiptir. Ancak bu seçenekte, hem yükümlenilen maliyetler için gerekli finansman hazine kaynaklarına başvurulmadan elde edilmekte, hem de üretim piyasasının serbestleşmesi sağlanmaktadır (Atiyas ve Dutz 2003, 18).

### 3.2.2. Üretim Pazarına Yeni Girişlerin Sağlanması

Elektrik üretim pazarındaki rekabet koşulları, çok sayıda üretici şirketin piyasada faaliyet göstermesi, alıcıların bunlar arasında serbestçe seçim yapma hakkına sahip olması ve ikili anlaşmalar yoluyla satılacak kayda değer bir arz fazlasının bulunmasına bağlıdır<sup>76</sup>. Bu nedenle, mevcut piyasanın yatırımcılar açısından cazip hale getirilerek, yeni üretim yatırımlarını finanse edebilecek, mali açıdan güçlü şirketlerin piyasaya girişinin sağlanması çok önemlidir.

Müzakereye açık yeterli arz fazlasının bulunmaması problemi, yeni piyasa modelinin işlerliği ve rekabetin sağlanması açısından en önemli sorunlardan biridir<sup>77</sup>. Ayrıca mevcut arz-talep projeksiyonları da gelecek bir kaç yıl içinde yeni üretim kapasitelerine ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

Elektrik arzının artırılması için piyasaya yeni girişlerin sağlanması ve yatırımların artırılması gereklidir. Rekabetçi bir üretim piyasasında yatırım kararları verilebilmesi açısından önemli olan husus, baz alınabilecek bir toptan satış fiyatının varlığıdır. Bugünkü piyasa düzeni açısından, mevcut sözleşmeler

<sup>76</sup>(DPT 2001, 13-23)

<sup>77</sup>(EPDK 2003, 3)

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

de dahil olmak üzere, üretimin büyük çoğunluğunu kontrol eden TETAŞ fiyatı belirleyici olacaktır. EPDK tarafından düzenlenecek TETAŞ toptan satış fiyatı gerçek maliyetleri yansıtacağından, bu maliyetlerin altında üretim yapabilen üreticilerin piyasada rekabet etme şansı oldukça yüksek olacaktır. Zaman içinde mevcut sözleşmelerden doğan maliyetler ortadan kalkmaya başladıkça, TETAŞ fiyatı da aşağıya inebilecektir. Bu nedenle elektrik piyasasında TETAŞ'ın uyguladığı mevcut fiyatın yüksek olduğu ve yeni üreticilerin piyasaya girmesi açısından cazip olduğu görülmektedir.

Elektrik üretim piyasasına giriş için gerekli ikinci bir unsur ise mali açıdan güçlü ve güvenilir alım-satım anlaşmalarının yapılabileceği alıcıların bulunmasıdır. Bu amaçla, 4628 sayılı Kanun'da üretim şirketlerine kontrol oluşturmaksızın dağıtım şirketleri ile iştirak ilişkisine girebilmenin yanısıra, dağıtım şirketlerine, üretim lisansı almak kaydıyla lisanslarında belirlenen bölgelerde yıllık elektrik üretimi bir yıl önceki bölgede tüketime sunulan yıllık toplam elektrik enerjisi miktarının yüzde yirmisinden fazla olmamak üzere üretimde bulunma veya üretim lisansı sahibi tüzel kişiler ile iştirak ilişkisine girme hakkı tanımaktadır. Böylece piyasada alım yapabilecek güçlü dağıtım şirketlerinin oluşturulması amaçlanmıştır.

Ancak son on yılda Türkiye'nin elektrik enerjisi talep artışının ortalama % 8-9 olduğu ve gelecek bir kaç yıl içinde yeni üretim tesislerine ihtiyaç duyulduğu düşünüldüğünde Kanun'da getirilen düzenlemenin yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Ayrıca piyasanın rekabete açılması, toptan/perakende elektrik satışı ve bağımsız üreticilerin piyasaya girişi açısından çok önemli olan serbest tüketici limitinin Strateji Belgesi ile 7,8 Gw olarak sabitlenmesi, her ne kadar dağıtım bölgelerinin ve TEDAŞ'ın özelleştirilmesi düşünülecek getirilmiş olsa da, bağımsız üreticilerin piyasaya girişlerini olumsuz yönde etkileyebilir.

Piyasaya girişi olumsuz yönde etkileyen bir diğer husus da TEDAŞ'ın ve dolayısıyla dağıtım bölgelerinin hala özelleştirilmemiş olmasıdır. Büyük miktarda ve uzun süreli elektrik alım-satım anlaşmaları imzalayabilecek kadar güçlü mali yapıları olan alıcıların olması ve bu şekilde piyasaya girecek bağımsız üreticilerin risklerinin azaltılması çok önemlidir. Elektrik üretimi yüksek sermaye gerektiren, çok riskli bir pazar olduğundan, ancak bu tarz anlaşmaların varlığı halinde büyük hidroelektrik ya da termik santrallerin yapımı sağlanabilecektir. Bölgelerindeki serbest olmayan tüketicilere elektrik satışı yapabilen, mali olarak güçlü dağıtım veya perakende satış şirketlerinin oluşmasıyla, uzun süreli elektrik alım-satım anlaşmaları yapılarak, üretim piyasasına yeni girişler ve rekabet sağlanabilecektir.

### 3.3. KAMU ÜRETİMİNİN DEVAMETMESİ ve GARANTİLER

Elektrik üretimi yapısı itibariyle büyük yatırımlar gerektirdiği için, önemli riskler taşıyan, yatırımların tamamının genelde öz kaynaklar yoluyla değil, krediler yoluyla gerçekleştirildiği bir piyasadır. Önceleri klasik finansman yöntemiyle bütçe kaynakları ve/veya borçlanma yoluyla devlet tarafından gerçekleştirilen bu yatırımlar, 1980'lerden sonra özel sektör şirketleri tarafından Yİ, YİD gibi finansman yöntemleri ile yerine getirilmeye başlanmıştır. Ancak milyarlarca dolarlık yatırım yapılmasını gerektiren, bu yapıldıktan sonra da yüksek batık maliyetler içeren elektrik üretimi sektöründe, yatırımcılar da üretilecek elektriğin alıcısı olan devletten karşılık olarak bazı garantiler istemişlerdir. Bunların en tipikleri ise santrallerde üretim için kullanılan yakıtlara ve üretilecek elektriğin satın alınmasına ilişkin garantilerdir.

Türkiye Elektrik üretimi piyasasının yapısı incelendiğinde büyük hidro ya da termik santrallerin ya kamu kuruluşları tarafından yapıldığı ya da Yİ, YİD gibi modellerle uzun süreli ve alım garantili anlaşmalar neticesinde yapılabildikleri görülmektedir. Özel sektör bu yöntemler dışında büyük yatırım tutarı gerektirmeyen ya ufak ölçekli santraller ya da otoprodüktör tesisleri kurmaktadır. Aslında elektrik üretiminde santrallerin kapasiteleri büyüdükçe, yakıt tüketimi ve işletme giderleri azaldığından üretim maliyetleri düşmektedir<sup>78</sup>. Ancak otoprodüktör uygulaması zaman içinde yaygınlaşmış ve 2005 yılında Türkiye üretiminin %10'nunu karşılar hale gelmişlerdir.

Aslında otoprodüktörlerin kurulma amaçları, bir şirketin kendi faaliyet alanının yan ürünlerinden elektrik üreterek ihtiyacını karşılamak veya kendi faaliyet alanının elektrik ve buhar ihtiyacını karşılamak üzere elektrik üretmektedir. Ancak yürürlükteki mevzuat ve enerji tarifelerinin yüksek olması nedeniyle bu amacı dışında çok sayıda otoprodüktör tesisi kurulmakta ve yıldan yıla otoprodüktörlerin yaptığı üretim artmaktadır. Bu tesislerin çalışma programlarının, ulusal sisteme ne zaman elektrik verecekleri belli olmaması nedeniyle ulusal iletim-üretim planlamasında sorunlar yaratmaktadırlar. Dolayısıyla arz güvenliği açısından otoprodüktör yatırımları ve ithal doğalgaza bağımlı doğalgaz santralleri yerine, yerli kaynaklara dayanan hidrolik veya termik santrallerin yapımına öncelik tanınmalıdır.

4628 sayılı Kanunla Yİ ve YİD gibi modellere ilişkin yasal mevzuat, yasa koyucu tarafından bilinçli olarak ortadan kaldırılmamıştır. Bu nedenle, bugün için lisans almak kaydıyla İdare hala bu yöntemler uyarınca yeni üretim santrallerinin yapımını sağlayabilir. Şayet 4628 sayılı Kanun'dan beklenen yararlar sağlanamayıp, ülkede acil elektrik ihtiyacı ortaya çıkarsa ya da İdare arz

---

<sup>78</sup>(DPT 2001, 4-16)



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

planlaması gerektiğinde bu alana müdahale etmek isterse, YİD, Yİ ve İHD modelleri ile piyasaya yeni üretim kapasitesinin eklenmesi sağlanmalıdır.

Söz konusu modeller çerçevesinde imzalanan uzun süreli anlaşmalar, yatırımcıların risklerini azaltarak, üretilecek elektriğin satılamaması ihtimalini ortadan kaldırdıklarından, rekabete dayalı bir piyasada riskli sayılabilecek milyarlarca dolarlık bir santral inşaatının gerçekleştirilmesi YİD, Yİ ve İHD modelleri ile mümkün olacaktır. Elektrik üretiminde çok eski tarihlerden beri kullanılan, kamu hizmeti imtiyazlarının geliştirilmiş hali olan bu modeller, İdare tarafından iyi kullanıldıklarında, birçok soruna acil olarak çözüm getirebilecek niteliktedirler. Bunun için şayet gerekli ise “Garantilerin” tekrar kullanılabilmesine ilişkin mevzuatta değişiklik de yapılmalıdır. Ayrıca ülkenin sahip olduğu hidro ve termik kaynakların kullanılabilmesi için, yüksek yatırım gerektiren bu alanlarda kamunun EÜAŞ aracılığı ile yeni santraller kurması, hem üretim kapasitesinin artırılması hem de elektrik sektöründe dışa bağımlılığı azaltması açısından faydalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Öte yandan Garantiler konusu son zamanlarda önemini giderek arttırmaktadır. Bu çerçevede 2005 yılında çıkarılan 5346 sayılı “Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun” uyarınca yenilenebilir enerji kaynaklarından elde edilen elektriğe ilişkin olarak miktar ve fiyat garantisi getirilmiştir. Söz konusu Kanun’un 6 (b) uyarınca perakende satış lisansı sahibi tüzel kişilerin her biri, bir önceki takvim yılında satışa sundukları elektrik enerjisi miktarının, ülkede sattıkları toplam elektrik enerjisi miktarına oranı kadar, yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen elektrikten satın alacaklardır. Ayrıca Türkiye’de pazara arz edilen toplam yenilenebilir elektrik enerjisi miktarının yeterli olması halinde, perakende satış lisansı sahibi tüzel kişilerin alım yükümlülüğü bir önceki takvim yılında sattıkları elektrik enerjisi miktarının yüzde sekizinden daha az olamayacaktır. Böylelikle yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üreten teşebbüslerin ürettikleri enerjinin bir kısmının satılabilmesi amacıyla, perakende satış lisansı sahiplerine alım yükümlülüğü ve dolayısıyla üretici şirketler lehine bir güvence getirilmiştir.

Söz konusu Kanun uyarınca üreticiler lehine getirilen bir diğer güvence de fiyat konusundadır. Anılan Kanun’un 6 (c) maddesine göre, 2011 yılı sonuna kadar bir takvim yılı içerisinde Kanun kapsamında satın alınacak elektrik enerjisi için uygulanacak fiyat; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun (EPDK) belirlediği bir önceki yıla ait Türkiye ortalama elektrik toptan satış fiyatı olup, bu fiyatı her yılın başında en fazla % 20 oranında arttırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Her iki hüküm de beraber değerlendirildiğinde yenilenebilir kaynaklardan elektrik üreten teşebbüsler açısından fiyat ve miktar açısından bir garanti sistemi oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Yine son zamanlarda tartişılan önemli bir konu yapılması düşünölen atom santrali ve üretilecek elektriğın satın alınmasına ilişkin olarak verilecek garantilerdir. Atom santralinin inşası ve yakıt olarak kullanılacak uranyumun zenginleştirilmesi için gerekli teknoloji transferinin oldukça maliyetli olacağı ve dolayısıyla yüksek sermaye gerektiren bu yatırımın özel sektör tarafından yapılabilmesi için üretilecek elektriğın satın alınmasına ilişkin garantiler sağlanması gerektiğı kamuoyunda sık sık dile getirilmektedir. Dolayısıyla garantiler konusunun önümüzdeki yıllarda da önemini koruyacağı anlaşılmaktadır.

Bütün bu uygulamaların kamunun elektrik üretimindeki payını arttırmasına neden olacağı ve garantileri yeniden geri getirilmesi nedeniyle sektörde yapılmaya çalışılan özelleştirmelerin ve 4628 sayılı Kanun ile amaçlanan sistemin mantığına aykırı olduğu söylenebilir. Ancak, unutulmaması gereken husus, kaynakları sınırlı bir ülke olan Türkiye’de arz planlaması yapılmasının gerekli olduğudur. Ayrıca Norveç gibi örnekler, iyi işleyen ve ucuz elektrik üretilen bir piyasada rekabet ve kamu mülkiyetinin beraberce var olabileceğini göstermektedir (Czamanski 1999,113).

## SONUÇ

Kamu hizmetini tanımlamakta geçmişte kullanılan ölçütler ekonomik ve sosyal değişimlerin etkisiyle bugün için geçersiz hale gelmiştir. Günümüzde toplumsal gelişmelerin de etkisiyle, İdare'nin en önemli faaliyet konularından biri olan kamu hizmetlerinin sayısında ve çeşitlerinde büyük bir artış olmuştur. İdare, sayıları ve çeşitleri artan kamu hizmetlerini önceleri kendi olanaklarıyla yerine getirmeye çalışsa da, zamanla finansman sıkıntısı nedeniyle özellikle yüksek oranda sermaye gerektiren altyapı hizmetlerine ilişkin yatırımların özel hukuk kişilerince gerçekleştirilmesi usulünü benimsemiştir.

Özellikle 1980'lerden sonra tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de başlayan özelleştirme ve liberalleşme akımlarının etkisiyle elektrik sektörü gibi yüksek oranda sermaye ve teknoloji gerektiren alanlardaki yatırımların özel sektörün katılımıyla gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. Aslında elektrik sektöründeki kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından imtiyaz sözleşmeleri yoluyla görülmesi eski bir uygulama olmasına rağmen, bu piyasayı yatırımcılar açısından daha da çekici hale getirmek için YİD, Yİ ve İHD gibi finansman modelleri kullanılmaya başlanmıştır. Ancak söz konusu modellerin ilk kullanıldığı alanlardan biri olan elektrik sektöründeki gerek 3096 sayılı Kanun, gerekse 3996 sayılı Kanun uygulamada çeşitli sorunlar doğurmuşlardır. Bunların sorunların kayda değer bir bölümünün, daha önceden İdare Hukuku kurallarına göre, imtiyaz sözleşmeleri yoluyla görülen elektrik sektöründeki kamu hizmetlerinin, söz konusu kanunlarla özel hukuk alanına tabi tutularak, Danıştay'ın yetki alanından çıkarılmak istenmesinin ortaya çıkardığı hususlar olduğu görülmektedir.

Hükümetlerin elektrik alanını yatırımcılar açısından daha cazip hale getirmeyi amaçlayan bu çabaları, yüksek yargı kararlarının bu kanunlar çerçevesinde imzalanacak sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu, Danıştay'ın incelemesine tabi olduğunu belirten ve söz konusu kanunların ilgili hükümlerini iptal eden kararlarıyla engellenmiştir. Yüksek yargı organları ile İdare'yi "kamu hizmeti" kavramı çerçevesinde adeta karşı karşıya getiren bu süreç, Anayasa değişikliği ile çözüme kavuşturulmuştur.

#### Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Bugün için Anayasa ve ilgili mevzuatta yapılan değişiklikler neticesinde, elektrik alanında YİD, Yİ ve İHD gibi modeller çerçevesinde İdare ile özel şirketler arasında imzalanacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması ve bunlardan doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak da milli ya da milletlerarası tahkim yolunun öngörülmesi mümkün bulunmaktadır.

Türkiye'deki elektrik sektörünün tarihçesinden önceden beri imtiyaz sözleşmeleri yoluyla özel hukuk kişilerinin bu alanda faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Elektrik sektöründe 1950'lerden beri gelen ÇEAŞ ve KEPEZ gibi imtiyazlı şirketler bulunmasına rağmen, söz konusu sektördeki kamu tekeli hala devam etmektedir. İmtiyazlı şirket uygulamaları dışında, özel sektörün ciddi anlamda sektöre girişi YİD, Yİ ve İHD uygulamaları sayesinde sağlanabilmiştir. YİD ve İHD modelini düzenleyen ilk kanun elektrik sektörüne ilişkin 1984 yılında çıkan 3096 sayılı Kanun'dur. Aynı zamanda YİD modeline ilişkin düzenleme olan bu Kanun'u 3996 sayılı Kanun ve Yİ modeline ilişkin 4283 sayılı Kanun'lar takip etmiştir. YİD ve Yİ modellerinin kullanılmasıyla birlikte elektrik sektöründe, özel sektörün katılımı önemli ölçüde sağlansa da, söz konusu modellere ilişkin mevzuat karmaşası ve uygulama hataları nedeniyle birçok olumsuz sonuç doğmuştur.

YİD, Yİ ve İHD gibi modeller doğru uygulandıkları takdirde kamu kaynakları ile yapılamayan altyapı hizmetlerinin özel sektör tarafından ivedilikle yapılmasının sağlanması ve yabancı sermaye girişinin artırılması gibi olumlu sonuçlar doğursa da, Türkiye'de özellikle projelerin seçiminde yapılan hatalar nedeniyle pahalı ve verimli olmayan yatırımları teşvik etmiş, bu da üretilen elektriğin birim fiyatına yansımıştır. Bu modellere getirilen en önemli eleştirilerin başında rekabete izin vermemeleri yer almaktadır. Oysa her iki modelde de ihale aşamasında istekli şirketlerin birbirleri ile rekabet etmesini sağlayan "pazar için rekabet" (Demsetz modeli) söz konusudur. Ne yazık ki bunların uygulamasında yapılan hatalar nedeniyle "pazar için rekabet" sağlanamamış, hatta çoğu zaman ihale bile yapılmamıştır.

Elektrik sektöründeki rekabetin tesisi yönünde yapılan en önemli düzenleme 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'dur. Bu Kanunla özel hukuk hükümlerine göre işleyen, rekabete dayalı bir elektrik piyasasının kurulması amaçlanmıştır. 4628 sayılı Kanun ikili anlaşmalar yoluyla elektrik alım-satımına dayanan ve bir dengeleme mekanizması içeren bir piyasa yapısı öngörmektedir. Söz konusu Kanun YİD, Yİ ve İHD modelleri çerçevesinde imzalanan "mevcut sözleşmeleri" yeni piyasa düzenine uyarlayabilmek için bunlara ilişkin çeşitli hükümler içermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bunlardan bazılarını iptal etmesi ile mevcut sözleşmelerin hukuki akıbeti belirsizliğe bürünmüştür.

Elektrik sektöründe rekabetin tesis edilmesi gibi önemli bir konuda Rekabet Kurumu'nun da aktif rol alarak, rekabet danışmanlığı görevini yerine

Mert KARAMUSTAFAOĞLU

getirmesi gereklidir. Rekabet Kurumu'nun bu alandaki en önemli kararlarından ikisi TEDAŞ ve ÇEAŞ kararlarıdır. TEDAŞ'a ait 17 adet dağıtım bölgelerindeki tesislerin işletme hakkı devirleri nedeniyle yapılan başvuruya koşullu olarak izin veren Rekabet Kurulu, sektörde rekabetin sağlanması amacıyla yapılacak düzenlemelere ışık tutacak nitelikte tespitlerde bulunmuştur. Rekabet Kurulu, o gün için pek dikkat edilmeyen elektrik sektöründe rekabetin sağlanmasını teminen, söz konusu işletme hakkı devirlerine koşullu olarak izin vermiştir. ÇEAŞ'a ilişkin kararında ise Rekabet Kurulu, imtiyaz sözleşmelerine Rekabet Hukuku kurallarının uygulanacağını belirtmiş ve ÇEAŞ'ın elektrik nakli pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanarak, üretim seviyesindeki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığını tespit etmiştir.

4628 sayılı Kanun'la düzenlenen elektrik üretimi piyasasında rekabetin sağlanması için çözüm bekleyen bir kaç sorun bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi ikili anlaşmalar yoluyla alınıp, satılacak müzakere edilebilir bir arz fazlasının bulunması gereklidir. Türkiye'nin elektrik ihtiyacının son on yılda ortalama %8-9 oranında arttığı ve yapılan tahminlere göre bir kaç yıl içinde mevcut kurulu üretim kapasitesinin talebi karşılayamayacağı düşünülürse, üretim piyasasına yeni girişlerin sağlanması çok önemlidir. Üretim piyasasına yeni girişlerin sağlanmasında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri mali açıdan güçlü alıcıların piyasada bulunmasıdır. Bu nedenle TEDAŞ'a ilişkin dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesinin bir an önce yapılarak, piyasada güçlü alıcıların (elektrik satışı yapan dağıtım şirketlerinin) faaliyette bulunması sağlanmalıdır.

Piyasaya yeni girişlerin sağlanması açısından gerekli bir diğer husus ise istikrarlı bir toptan satış fiyatının bulunmasıdır. Bu açıdan TEDAŞ'ın uyguladığı fiyat, piyasada başkaca güçlü bir toptan satış şirketi olmadığı için belirleyici olmaktadır. TEDAŞ, mevcut sözleşmelerden doğan önemli miktardaki yükümlenilen maliyetleri üstlenmiş olduğundan yüksek bir fiyat uygulamakta bu da elektrik üretimi piyasasını yeni üreticiler açısından cazip hale getirmektedir.

Son olarak da belirtilmesi gereken husus Elektrik Piyasası'nda çok eskiden beri kullanılan imtiyaz sözleşmelerinin bugün için de önemlerini hala koruduğudur. YİD, Yİ ve İHD gibi modellerden doğan bu mevcut imtiyaz sözleşmeleri gerek süre, gerekse yapıları itibarıyla 4628 sayılı Kanun'un getirdiği piyasa düzenini uzun bir süre daha engelleyecek gibi görünmektedirler. Bu sözleşmelerde yer alan tazminatlar İdare tarafından ödenmedikçe, hukuk devleti ilkesi gereğince bu sözleşmelerin ortadan kaldırılması mümkün değildir.

## **ABSTRACT**

In recent years, the private sector participation increases with Build Operate Transfer (BOT), Build Own Operate (BOO) and Transfer Of Operational Right (TOOR) models. The main reason of this trend is shortage of public funds. However, electricity generation sector in Turkey still has monopolistic character and public sector is dominant in this market. BOT, BOO and TOOR models are the options for governments to outsource public projects to the private sector.

Turkey has initiated a reform in the electricity sector by enacting the new Electricity Law (Law No.4628). The new Law defines a competitive market model which is based on both bilateral contracts between the market participants and the energy balancing mechanism.

The purpose of this thesis is to examine the problems that the existing BOT, BOO and TOOR contracts create and to suggest some possible competitive solutions concerning these contracts.

### KAYNAKÇA

AKCOLLU, F. Y. (2003), *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 31, Ankara

AKCOLLU, F. Y. (2000), “Dünyada ve Türkiye’de Elektrik Sektörüne Genel Bir Bakış ve Türkiye Elektrik Dağıtım Sektöründe Bir Örnek Olay Çalışması: TEDAŞ”, (Yayınlanmamış Konferans Makalesi), TİKA/Rekabet Kurumu Konferansı: Serbest Piyasa Ekonomisi ve Rekabet Kuralları, İstanbul

ATİYAS, İ. ve M. DUTZ (2003), *Competition and Regulatory Reform in the Turkish Electricity Sector*, Presentation at the Conference on EU Accession: Turkey, May 10-11, 2003, Bilkent Hotel, Ankara.

AYANOĞLU, T. (2003), “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof.Dr.Perteve Bilgen’e Armağan)*, Cilt: 13, sayı: 1-3

CAN, M., E. (2006), *Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet*, Turhan Kitapevi, Ankara

Czamanski, D. (1999), *Privatization And Restructuring Of Electricity Provision*, Praeger Publishers, Westport

ÇAL, S. (2002), “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İredelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ayı: 51, Sayı: 2

DPT Elektrik Enerjisi Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2001

DURAN, L. (1982), *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul

*Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti*, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurumu (2003)

Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi  
<http://mevzuat.dpt.gov.tr/ypk/2004/03.pdf>

Emek, U. (2002) *Ek ve Değişiklikleri ile YİD, Yİ ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı*, DPT Yayınları, Yayın No: 2659, Ankara

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, *Elektrik Piyasası Uygulama El Kitabı*, Nisan 2003

EROL G. (1999), *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

- FAULL, J. ve NIKPAY, A. (1999), *The EC LAW Of Competition*, Oxford University Press
- GİRİTLİ, İ., BİLGİN P. ve AKGÜNER T. (2001), *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul
- GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T. (2001), *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 2. Bası Turhan Kitapevi, Ankara
- GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, 6. Bası İmaj Yayıncılık, Ankara
- GÜNEŞ, C., (1999), *Yap İşlet, Yap İşlet Devret, İşletme Hakkı Devrileri ve Vergi Uygulamaları*, Yaklaşım Yayınları, Ankara
- GÜNEŞ, C. (2002), *Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara
- KAYMAKÇIOĞLU, F. (2005), *Kamu Yönetiminde Uluslararası Tahkim ve enerji Politikaları*, Paragraf Yayınevi, Ankara
- KIRBIYIK, K. (2002), “Elektrik Enerjisi Sektörünün Özelleştirilmesi ve Bir Uygulama” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya
- KOÇOĞLU, Y. (1993), “Elektrik Sektöründe Özelleştirme”, *Elektrik Mühendisliği*, Cilt: 38, sayı: 392, 169-171
- KULALI, H. (1996), *Elektrik Sektöründe Özelleştirme Türkiye Uygulaması*, Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara
- ÖZAY, İ. (2004), *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitapevi, İstanbul
- ÖZAY, İ. (1996), *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul
- PAŞAOĞLU, M. Ö. (2003), *Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet, Bir örnek: İngiliz Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılandırılması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:14, Ankara
- SERBEST, A. H. (2003), “Türkiye’de Elektrik Üretimine İlk Yılları”, *TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Dergisi*, Sayı 408
- TANYELİOĞLU, M. (1993), “Türkiye’de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Sorunları ve Öneriler”, *Elektrik Mühendisliği*, Cilt: 38, Sayı: 392, 97-100
- TEKİNEL, H. (1993), “Elektrik İşletmelerinin Özelleştirilmesi”, *Elektrik Mühendisliği*, Cilt: 38, Sayı: 392, 176
- TOKTAŞ, K. (1993), “Elektrik Sektörünün Özelleştirilmesi”, *Elektrik Mühendisliği*, Cilt: 38, Sayı: 392, 101-107



Mert KARAMUSTAFAOĞLU

TEİAŞ Faaliye Raporu 2005, <http://www.teias.gov.tr>

UÇAN, B. (2002), *Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma Ve Rekabet*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Ankara

ULUSOY, A. D. (2004), “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Özay (der.), *Günüşiğinde Yönetim* içinde, Filiz Kitapevi, İstanbul, 266-290

*Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu*, T.C. Sayıştay Başkanlığı, (2004)

#### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1985 tarih, E. 1985/2, K. 1985/22 sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1996 tarih, E. 1994/71, K.1995/23 sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih, 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 2001/389 E., 2002/29 K. sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 2001/293 E., 2002/28 K. sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 2001/293 E.,2002/28 K. sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi 2001/293 Esas ve 2002/28 K. sayılı kararı

#### **Danıştay Kararları**

Danıştay, 1.Daire; 24.9.1992, E. 992/232-K.992/294. sayılı karar

#### **Rekabet Kurulu Kararları**

Tedaş Kararı: 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı

Çeş Kararı: 10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373sayılı

#### **AB Mevzuatı**

Direktive 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 Direktive 96/92/EC ; OJ L176, 15/07/2003

#### **AB Komisyonu Kararları**

Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (91/319) [1991] OJ L178/31

Electricidade de Portugal/Pego project (1993) OJ C256/3

Ren/Turbogas (1996) OJ C118/7;

ISAB Energy (1996) OJ C138/3

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

- Paul Corbeau v. Recueil de Jurisprudence (1994) C-320/91  
Geemente Almelo / Energiebedrijf Ijsselmij (1994) C-393/92  
Commission v. France (1997) C-159/94 ECR I-5815  
Commission v. Spain (1997) C-157/94 ECR I-5851  
Commission v. Italy (1997) C-158/94 ECR I-5789

**T.C. Kanunları**

- 3096 Sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesine İlişkin Kanun”, R.G. 18610, 19.12.1984.  
3996 Sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”, R.G. 21959, 13.6.1994.  
4047 Sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, R.G. 22130, 13.12.1994.  
4054 Sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, R.G. 22140, 13.12.1994  
4180 Sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda Değişiklik yapılmasına İlişkin Kanun”, R.G. 22747, 4.9.1996.  
4283 Sayılı “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun ”, R.G. 23054, 19.7.1997.  
4446 Sayılı “T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, R.G. 23786, 14.8.1999.  
4501 Sayılı “ Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun”, R.G. 23941, 22.1.2000.  
4628 Sayılı “Elektrik Piyasası Kanunu”, R.G. 24335, 3.3.2001.

**Bakanlar Kurulu Kararı**

- 9.5.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Elektrik Enerji Tesisleri Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı.