

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-1-29 (Devralma)
Karar Sayısı : 08-32/397-134
Karar Tarihi : 8.5.2008

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN,
Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE

B. RAPORTÖRLER: Cengiz SOYSAL, Mert KARAMUSTAFAOĞLU,
Fatma ATAÇ, Harun GÜNDÜZ.

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Tic. A.Ş.
Temsilcileri Aydın ÖZTUNALI ve Av. Zeynep ÜNALAN
Turan Güneş Bulvarı No:63 Kat:1 06550 Yıldız/Ankara

D. TARAFLAR

20 : - Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Tic. A.Ş.
Atatürk Bulvarı 75. Yıl Esnaf Sarayı K.2 20100 Denizli
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.
İnönü Bulvarı No:27 Bahçelievler/Ankara

E. DOSYA KONUSU: Aydın-Denizli-Muğla illerinin oluşturduğu elektrik dağıtım bölgesindeki elektrik dağıtım varlıklarının Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Ticaret A. Ş. tarafından 30 yıl süreyle işletilmek üzere devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

30 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 20.3.2008 tarih ve 1765 sayı ile giren ve eksiklikleri 28.4.2008 tarih ve 2533 sayı ile tamamlanan bildirim üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 1.5.2008 tarih, 2008-1-29/Öİ-08-CS sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 1.5.2008 tarih, REK.0.05.00.00-120/61 sayılı Başkanlık önergesi ile 08-32 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Aydın-Denizli-Muğla illerinin oluşturduğu elektrik dağıtım bölgesindeki TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım varlıklarının Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Ticaret A. Ş. tarafından 30 yıl süreyle işletilmek üzere devralınması işleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğu,
- Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından Rekabet Kurumuna sunulan ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Geçici 9.

- 50 maddesinde yer alan geçiş dönemi sonuna kadar dağıtım faaliyetinin elektrik piyasasındaki diğer faaliyetlerden hukuki olarak ayrıştırılmasını içeren 28.4.2008 tarih ve 306 sayılı Taahhütname çerçevesinde; bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı, dolayısıyla bildirim konusu işleme izin verilmesi gerektiği,
- Taahhütlerin süresi içinde yerine getirilmemesi halinde verilen iznin geçersiz sayılması gerektiği

ifade edilmektedir.

60

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Aydem)

Aydem, mülkiyeti Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye ait Aydın-Denizli-Muğla illerini kapsayan elektrik dağıtım bölgesindeki (Bölge) elektrik dağıtım hizmetlerini yürütmek üzere 9.10.1991 tarih ve 91/2325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) ile görevlendirilmiş ve bu amaç için kurulmuştur. Aydem'in halihazırda elektrik dağıtım ve ticareti faaliyeti ve dolayısıyla söz konusu faaliyetlere ilişkin cirosu bulunmamaktadır. Aydem'in hissedarlık yapısı aşağıda yer almaktadır:

70 **Tablo 1:** Aydem Hissedarlık Yapısı

Hisse Sahibi	Hisse Payı (%)
Ceyhan SALDANLI	33,0
Elsan Elektrik Gereçleri San. ve Tic. A. Ş.	22,4
Tümaş Mermer San. ve Tic. A. Ş.	22,4
Ali YAĞLI	9,0
Mehmet Akif GÜL	10,0
Emin ERDOĞAN	3,2
Toplam	100,0

Yukarıdaki hissedarlık yapısında yer alan Elsan Elektrik Gereçleri San. ve Tic. A.Ş. ve Tümaş Mermer San. ve Tic. A.Ş. şirketlerinin hissedarlık yapılarına ise aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 2: Elsan Hissedarlık Yapısı

Hisse Sahibi	Hisse Payı (%)
Ceyhan SALDANLI	46,024
Ali YAĞLI	46,024
Mustafa BALTALI	0,098
Mehmet Akif GÜL	7,491
Mustafa GÜL	0,001
Mehmet YAĞLI	0,002
Tümaş Mermer Sanayi ve Ticaret A.Ş.	0,360
Toplam	100,000

Tablo 3: Tümaş Hissedarlık Yapısı

Hisse Sahibi	Hisse Payı (%)
Ceyhan SALDANLI	92,093
Emin ERDOĞAN	4,943
Mustafa BALTALI	0,165
Özgen AYTAN	0,017
Elsan Elektrik Gereçleri San. ve Tic. A.Ş.	2,783
Toplam	100,000

Aydemin ortaklarının elektrik üretimi faaliyeti gösteren Bereket Enerji Üretim A.Ş. (Bereket Enerji) ile Bereket Jeotermal Enerji Üretim A.Ş. (Bereket Jeotermal)'de hisseleri bulunmaktadır. Toplam kurulu gücü 483,91 MW olan Bereket Enerjinin hissedarlık yapısı aşağıda yer almaktadır.

80 **Tablo 4:** Bereket Enerji Hissedarlık Yapısı

Hisse Sahibi	Hisse Payı (%)
Ceyhan SALDANLI	0,250
Ali YAĞLI	0,250
Elsan Elektrik Gereçleri San. ve Tic. A. Ş.	49,685
Tümaş Mermer San. ve Tic. A. Ş.	49,685
Diğerleri	0,129

Bunun yanı sıra Aydemin gerçek kişi ortaklarının, lisansı tamamlanmış ama faal olmayan ve lisansı tamamlanmamış toplam 953,50 MW kurulu gücünde elektrik üretim yatırımları bulunmaktadır.

H.1.2. Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ)

90 Tamamı kamu mülkiyetinde bir iktisadi devlet teşekkülü olan TEDAŞ, elektrik dağıtımını, perakende satışı ve perakende satış hizmeti faaliyetlerinde bulunmaktadır. TEDAŞ'ın 2007 yılı Türkiye cirosu 15.025.948.290 YTL ve Bölge cirosu (.....) YTL'dir. Ayrıca 2006 yılında Türkiye genelinde 107,3 GWh olarak gerçekleşen enerji satışının (....) GWh'i Bölge'de yapılmış olup bu miktar, Türkiye pazarının % (...) 'sini teşkil etmektedir.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Özelleştirme işlemine konu dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermekte olan dağıtım şirketleri, elektriğin dağıtımını ve perakende satışı ile perakende satış hizmeti faaliyetleri ile iştigal etmektedir.

- 100
- *Dağıtım:* Elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini,
 - *Perakende satış:* Elektriğin tüketicilere satışını,
 - *Perakende satış hizmeti:* Perakende satış lisansına sahip şirketlerce, elektrik enerjisi ve/veya kapasite satımı dışında tüketicilere sağlanan diğer hizmetleri ifade etmektedir.

110 Söz konusu faaliyetlerden dağıtım faaliyeti, alçak gerilimli elektrik taşıyan kablolardan oluşan yeni bir dağıtım şebekesinin kurulmasına ilişkin zorluklar ve yüksek yatırım maliyetleri sebebiyle doğal tekel niteliği taşımakta olup; her bir bölgedeki dağıtım şirketi tarafından münhasıran yerine getirilmektedir. Bu bakımdan elektrik pazarının dağıtım seviyesinin pazarın diğer seviyelerinden farklı bir ürün pazarı olarak tanımlanması gerekmektedir.

Perakende satış ve perakende satış hizmeti faaliyetleri ise 4628 sayılı Kanun çerçevesinde rekabete açılan faaliyetler arasında yer almaktadır. Söz konusu faaliyetler, dağıtım şirketlerinin yanı sıra perakende satış şirketleri tarafından da yerine getirilebilecektir. Perakende satış hizmeti sayaçların okunarak elektrik tüketim miktarlarının belirlenmesi ve faturaların düzenlenmesi gibi hizmetleri kapsamakta olup,

- 120 4628 sayılı Kanun perakende satış ve perakende satış faaliyetlerinin perakende satış lisansında yer verilmesi halinde aynı lisans kapsamında yürütülmesine imkan sağlamaktadır. Başka bir ifade ile perakende satış hizmeti, elektrik pazarının perakende satış seviyesindeki faaliyetleri bütüncü bir özellik taşımaktadır.

Yukarıda yer verilmekte olan bilgiler ışığında, ilgili ürün pazarları; “*elektrik dağıtım hizmeti pazarı*” ve “*perakende elektrik satışı ve hizmeti pazarı*” olarak belirlenmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- 130 Elektrik dağıtım varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin esaslar 17.3.2004 tarihli Yüksek Planlama Kurulu kararıyla kabul edilen *Elektrik Enerjisi Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesinde* (Strateji Belgesi) ortaya konulmakta olup; söz konusu belge, coğrafi yapı, işletme koşulları, enerji bilançoları, teknik/mali özellikler ve mevcut hukuki yapı (geçmiş dönemde imzalanmış “mevcut sözleşmeler”) dikkate alınarak 21 adet elektrik dağıtım bölgesinin oluşturulmasını öngörmektedir. Elektrik dağıtım hizmetleri açısından her bir dağıtım bölgesi ayrı bir ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bildirime konu işlem kapsamında belirlenen dağıtım bölgesi Aydın, Denizli ve Muğla illerinden oluşmaktadır.
- 140 Perakende elektrik satışı ve hizmeti açısından bakıldığında, Strateji Belgesi ile getirilen kural gereği, her bir dağıtım bölgesindeki serbest olmayan tüketicilere perakende elektrik satışının münhasıran bölgedeki dağıtım şirketi tarafından yapılması öngörülmektedir. Bu anlamda, özelleştirilmesi düşünülen bölgelerdeki serbest olmayan tüketicilerin alternatif temin kaynağı bulunmamaktadır. Serbest olmayan tüketicilerin toplam Türkiye tüketiminin oldukça büyük bir bölümünü oluşturduğu ve özellikle Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi (PMUM) ile birlikte serbest tüketicilerin de ikili anlaşma yerine dağıtım firmalarından tarife kapsamında ürün almayı tercih ettikleri dikkate alındığında, bir dağıtım bölgesindeki perakende satış ve hizmetinin başka bir bölgedeki perakende satış ve hizmetinden kesin olarak ayrıldığı görülmektedir. Bu bakımdan perakende elektrik satışı ve hizmetleri açısından her bir dağıtım bölgesi ayrı bir ilgili coğrafi pazar oluşturmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde, bildirim açısından da perakende satışlara ilişkin coğrafi pazar da “*Aydın, Denizli ve Muğla il sınırları*” olarak belirlenmiştir¹.
- 150
- 160

Hemen belirtmek gerekir ki, elektrik piyasalarının önemli bir bölümünü oluşturan üretim ve satışa ilişkin faaliyetler de sektörün dikey entegrasyonuna ilişkin değerlendirmelerde önem kazanmaktadır. Bununla birlikte, devredilenin bu alanda faaliyeti olmaması nedeniyle söz konusu faaliyetlerin ilgili ürün pazarı tanımına katılmasına gerek görülmemiş, bununla birlikte söz konusu faaliyetlerin etkilenen pazarlar olarak değerlendirme bölümünde dikkate alınması yeterli görülmüştür.

H.3. Yapılan İşlem

Aydın-Denizli-Muğla illerinin oluşturduğu elektrik dağıtım bölgesindeki elektrik dağıtım varlıklarının Aydem tarafından 30 yıl süreyle işletilmek üzere devralınması işleminin

¹ Burada belirtmek gerekir ki, serbest olmayan müşterilere yapılan satışlar yanında serbest müşterilere satışlara ilişkin de dağıtım firmalarının satış hakları bulunacaktır. Bununla birlikte, mevcut durumda dağıtım firmalarının serbest müşterilere satış yapmadığı, PMUM uygulamalarının ardından serbest müşterilerin de ağırlıklı olarak TEDAŞ'dan mal temin ettiği dikkate alındığında, bu dosya kapsamında serbest müşterilere yapılan satışlara ilişkin ayrı bir pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir. Bununla birlikte gerek serbest müşterilere yapılan satışlar gerekse üretime ilişkin pazar yapısı, etkilenen pazarlar olarak değerlendirme bölümünde dikkate alınacaktır.

esas itibarıyla 1991 yılında BKK ile yapılan görevlendirmeye dayanmaktadır. Nitekim bildirimde bulunan taraf olan Aydem'in, söz konusu devir işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında izne tabi olmadığı yönündeki iddialarının da temelinde, işlemin başlangıcını ve dolayısıyla BKK ile kazanılan hakkın, 4054 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce gerçekleştiği hususu yer almaktadır. Bu nedenle, konuya ilişkin yapılacak hukuki değerlendirmelere geçmeden önce 9.10.1991 tarih ve 91/2325 sayılı BKK ile başlayan ve günümüze kadar devam eden sürece ilişkin kronolojiye aşağıda yer verilmiştir:

- 170
 - 180
 - 190
 - 200
 - 210
- 9.10.1991 tarih ve 91/2325 sayılı BKK ile Aydem; 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre, mülkiyeti TEDAŞ'a ait olan Bölge'de elektrik dağıtım hizmetlerini yürütmekle görevlendirilmiştir.
 - Sözleşme müzakereleri devam ederken 13.6.1996 tarih ve 96/8811 sayılı BKK ile söz konusu görevlendirme işlemi geri alınmıştır.
 - Görevlendirme işlemini geri alan söz konusu BKK, Danıştay 10. Dairesinin 1997/194 E. ve 1998/1182 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir.
 - Yargı kararının gereğini yerine getirmek üzere 22.9.2000 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) ile Aydem arasında, özel hukuk hükümlerine tabi ve görevlendirmenin usul ve esaslarını kapsayan bir *Uygulama Sözleşmesi* imzalanmıştır.
 - TEDAŞ ile Aydem arasında, 29.3.2001 tarihinde, Uygulama Sözleşmesinin eki olarak ve halen yürürlükte olan; bölgedeki tesislerin işletme haklarının devrine ilişkin usul ve esasları içeren bir *İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi (Devir Sözleşmesi)* ve enerji satış esaslarını içeren bir *Enerji Satış Anlaşması* imzalanmıştır.
 - Uygulama Sözleşmesi ve Devir Sözleşmesi hükümlerine göre bir *Devir Kurulu* kurulmuş ve sözleşmelerde tarif edilen çalışmaları tamamlayarak 30.10.2001 tarihini *Fiili Devir Tarihi* olarak tespit ederek taraflara tebliğ etmiştir. Ancak tespit edilen tarihte devir gerçekleşmemiştir.
 - 3.3.2001 tarihinde 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunda, Aydem'in tarafı olduğu sözleşmeler "*Mevcut Sözleşme*" olarak tanımlanmış ve bu sözleşmelerin yeni piyasa yapısına uygun tadiline ilişkin hükümler getirilmiştir.
 - EPDK, Aydem'e yönelik olarak 19.6.2003 tarihli yazısıyla Uygulama Sözleşmesinin tadilini istemiş ve hangi hususların tadil edileceğini bildirmiştir.
 - 14.8.2003 tarihinde ETKB Aydem'e bir yazı yazarak; EPDK, TEDAŞ, TETAŞ ve Aydem'in de temsil edildiği bir *Tadil Komisyonu* kurulduğunu bildirmiştir.
 - 17.3.2004 tarihinde Yüksek Planlama Kurulu kararıyla kabul edilen *Strateji Belgesi* ile Türkiye genelinde mevcut sözleşmelerin varlığı ile mevcut hukuki süreç dikkate alınarak 21 dağıtım bölgesi oluşturulmuştur. Bu bölgeler arasında herhangi bir birleşme veya bölünmeye konu edilmeksizin Aydın-Denizli-Muğla Bölgesi de yer almıştır.
 - Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB), 19.3.2004'te, ETKB'den, TEDAŞ ve bağlı ortaklıklarının kapsam ve programa alınmasına ilişkin görüş sormuştur.
 - 2.4.2004 tarih ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu (ÖYK) kararıyla TEDAŞ, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümlerine göre, özelleştirme kapsam ve programına alınarak hisselerinin tamamı ÖİB'ye devredilmiştir.
 - 1.3.2005 tarihinde Menderes Elektrik Dağıtım A.Ş. (Menderes) kurulmuş, ana sözleşmesi ÖİB tarafından onaylanmış ve 9.3.2005 tarihli Ticaret Sicil Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

- 220 ▪ Bu süre içinde Tadil Komisyonu çalışmalarını tamamlamış fakat Bölge'nin özelleştirme kapsam ve programında olmasının da etkisiyle imza aşamasına gelmesine rağmen süreç tamamlanamamıştır.
- 230 ▪ 16.5.2006'da ETKB Aydem'e bir yazı yazarak Tadil Komisyonundaki temsilcileri toplantıya çağırmış, böylece Bölge'nin özelleştirme kapsam ve programına alınmasıyla fiilen dondurulan tadil süreci yeniden başlamıştır.
- ETKB, 22.1.2007'de *Tadil Sözleşmesi* taslağını görüş almak üzere EPDK'ya göndermiştir.
- 18.4.2007 tarih ve 1167/19 sayılı Kurul kararıyla oluşturulan EPDK görüşü 30.4.2007'de Bakanlığa gönderilmiştir.
- Aydem ile ETKB arasında süren ve TEDAŞ, TETAŞ ve EPDK'nın katıldığı tadil süreci tamamlanarak 8.7.2007 tarihinde Tadil Sözleşmesi imzalanmıştır.
- 230 ▪ ETKB, 10.7.2007 tarihinde, *1 Nolu Tadil Sözleşmesini*, TEDAŞ, TETAŞ ve EPDK ve Aydem'e göndermiştir.
- 7.8.2007'de Tetaş ile Aydem arasında *Elektrik Enerjisi Satış Anlaşması* imzalanmıştır.
- 5.9.2007'de Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ) ile 1, 2, 3, 4, 5 ve 6 Nolu Portföy Şirketleri adına *Elektrik Enerjisi Satış Anlaşmaları* imzalanmıştır.
- ETKB, muhtelif yazılarıyla ÖB'den TEDAŞ'a Devir Sözleşmesi için talimat verilmesini ve bölgenin özelleştirme kapsam ve programında çıkarılmasını talep etmiştir.
- 240 ▪ 18.1.2008 tarih ve 2008/08 sayılı ÖYK toplantısında, "1- ... Menderes Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin (Aydın-Denizli-Muğla illerini kapsayan elektrik dağıtım bölgesinin) özelleştirme kapsam ve programından çıkartılarak eski statüsüne iadesine, 2- TEDAŞ ile Aydem A.Ş. arasında imzalanmış olan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'nin tadil edilmesi ve dağıtım bölgesinin fiili devrinin gerçekleşmesi ile ilgili iş ve işlemler hususunda TEDAŞ'a yetki verilmesine, Aydem A.Ş. ile mevcut İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin tadil edilmesi ve söz konusu şirkete fiili devrin gerçekleşmesinden sonra Menderes Elektrik Dağıtım A.Ş. ile TEDAŞ arasında 24.07.2006 tarihinde imzalanmış olan işletme hakkı devir sözleşmesinin karşılıklı olarak feshedilmesine" karar verilmiştir.
- 250 ▪ 13.3.2008 tarihinde TEDAŞ ile Aydem arasında imzalanan Devir Sözleşmesi tadil edilmiştir.
- Aydem, 20.3.2008 tarihinde EPDK'ya lisans başvurusunda bulunmuştur.

H.4. Hukuki Altyapı

Başvuru konusu işlemin hukuki boyutu açısından önem taşıyan 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, İşletme Hakkı Devri ve Kazanılmış Hak kavramlarına ilişkin genel açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

H.4.1. Genel Olarak 3096 Sayılı Kanun Uygulaması

260 Başvuru konusu dosya kapsamında Aydem, 3096 sayılı Kanun uyarınca ETKB ile imzaladığı "Uygulama sözleşmesi" ile Aydın-Denizli-Muğla illerinde elektrik dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmiştir. Bu çerçevede elektrik sektöründeki görevli şirket ve işletme hakkı devri uygulamaları açısından önemli olan 3096 sayılı Kanun'la ilgili bilgilere aşağıda yer verilmiştir:

270 Elektrik sektöründe özel sektörün faaliyette bulunmasını sağlamak ve böylelikle sektörün ihtiyacı olan yüksek sermaye gerektiren yatırımları özel sektörün de katılımıyla gerçekleştirmek amacıyla 1984 yılında 3096 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunla birlikte bir kamu tüzel kişiliği olan Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi yerli ve yabancı tüzel kişilerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi düzenlenmektedir. 3096 sayılı Kanun uyarınca iki tip uygulama söz konusudur; görevli şirket ve üretim şirketi uygulaması.

280 Görevli şirket uygulaması uyarınca Devlet Planlama Teşkilatı (DPT)'nin olumlu görüşünü almak kaydıyla ETKB'nin teklifi, Bakanlar Kurulu'nun kararı ile önceden belirlenmiş görev bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verilebilmektedir. Söz konusu Kanun'un 5. maddesi uyarınca belirlenen görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının Bakanlar Kurulu kararıyla görevli şirketlere verilmesine karar verilebilmektedir.

290 3096 sayılı Kanun uyarınca yapılabilecek bir diğer uygulama ise üretim şirketi uygulamasıdır. Söz konusu Kanun'un 4. maddesi uyarınca sadece elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine DPT'nin olumlu görüşünü almak şartıyla ETKB tarafından üretim tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verilebilmektedir. Bu tesiste üretilecek elektrik enerjisi, ETKB tarafından tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde TEK'e veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılacaktır.

290 **H.4.2. 3096 Sayılı Kanun Uyarınca İşletme Hakkı Devri Yöntemi**

Başvuru konusu dosya kapsamında Aydem; Aydın, Denizli ve Muğla illerinden oluşan görev bölgesinde 3096 sayılı Kanun uyarınca elektrik dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmiş ve ayrıca söz konusu teşebbüse anılan bölgede yer alan kamuya ait mevcut elektrik dağıtım tesislerinin işletme hakkı da devredilmiştir.

300 Dosyadaki bilgilere göre işletme hakkı devri yöntemi; 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. Söz konusu yöntemle ilişkin ayrıntılı bir başka tanım 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nda yer almaktadır. Anılan Kanun'un 18/A-c maddesinde işletme hakkı devri; *"kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birikimlerinin -mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla- bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesi"* şeklinde tanımlanmıştır.

310 Söz konusu yöntemin elektrik sektöründe uygulanmasına 3096 sayılı Kanun ile başlanmıştır. 3096 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile elektrik sektöründe özel hukuk tüzel kişilerinin elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti faaliyetlerini gösterebilmeleri mümkün kılınmıştır. Anılan Kanun'un "İşletme Hakkının Devri" üst başlığını taşıyan 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. Anılan Kanun uyarınca tesislere ilişkin işletme hakkını devralan taraf mal veya hizmeti üretmek için gerekli yatırımları yapmakta ve görev süresi sonunda devretmektedir. Bakanlar Kurulu'nun devir kararı çerçevesinde ilgili şirketle görev sözleşmesi yapılmakta ve ayrıca görev sözleşmesinin

320 hükümleri ve işletme hakkı devredilen tesisin türüne göre ayrıca ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile devir sözleşmesi ve elektrik satım anlaşması olmak üzere diğer anlaşmalar da yapılmaktadır.

330 Dosyadaki bilgilerden İşletme hakkına ilişkin mevzuat incelendiğinde, işletme hakkı devri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İşletme hakkı devri, söz konusu tesisi devralana sözleşmede belirtilen koşul ve süre ile kullandırma amacını gütmektedir. Ancak işletme hakkı devri yöntemi genel olarak incelendiğinde, söz konusu sözleşme bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olup, sözleşmenin taraflarından birinin de 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 etmektedir².

H.4.3. İşletme Hakkı Devri ve 4628 Sayılı Kanun

340 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile 3096 sayılı Kanun uyarınca imzalanan sözleşmeler "mevcut sözleşmeler" olarak tanımlanmıştır. Yine 4628 sayılı Kanunun 3. maddesinde, işletme hakkını da içeren en önemli düzenlemelerden biri yer almaktadır. Söz konusu maddede;

"Bölgelerinde, mevcut sözleşmeleri kapsamında işletme hakkı devri yoluyla dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketleri bu Kanunda 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"

350 hükmü yer almaktadır. Buna ilaveten yine aynı madde de;

"mevcut sözleşmeleri kapsamında bölgelerinde dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketleri, mevcut sözleşmelerini Kurulca belirlenecek bir süre dahilinde serbest rekabet koşullarını sağlayacak şekilde tadil etmekle yükümlüdürler. Sözleşmelerin niteliği bu hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez"

360 hükmü de bulunmaktadır. Dolayısıyla 4628 sayılı Kanun kendisinden önceki 3096 sayılı Kanun uyarınca işletme hakkı devri yoluyla yapılanlar da dâhil olmak üzere elektrik sektöründeki "mevcut sözleşmelerin" geçerli olduğunu kabul etmiş, ancak bu sözleşmelerin 4628 sayılı Kanunla getirilen rekabetçi piyasa modeline uygun hale getirilmelerini sağlamaya çalışmıştır.

H.4.4. Kazanılmış Hak Kavramı

Yapılan bildirim kapsamında Aydem, gerek işlemin izne tabi olmadığı gerekse izin aşamasında getirilebilecek bazı koşullar bakımından 1991 tarihli BKK'dan kaynaklanan kazanılmış haklarının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir.

² Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve 1994/43 E, 1994/42-2 K. sayılı kararı

370 Dosyadaki bilgilere göre Türk hukukunda kazanılmış hak, Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın yüksek mahkeme içtihatlarında (Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay) hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilerek korunmaktadır. “*Hukuk devleti*” anlayışının olmazsa olmaz koşullarından kabul edilen “*kazanılmış hakların korunması*” ilkesi, kişilerin yürürlükte bulunan hukuk normlarına güvenerek edindiği kazanımların hukuk normlarında sonradan meydana gelen değişiklikten etkilenmemesi ve bunun sonucunda hukuka olan güvenlerinin korunması anlamına gelen “*hukuki belirlilik*” ilkesiyle de yakından ilişkilidir. Ayrıca yasaların kural olarak geçmişe etkili olmaması ilkesi (makale şamil olmama) ile doğrudan ilişkili olan kazanılmış hak kavramının, hukuk normlarının zaman bakımından uygulanmasından kaynaklanan çatışmayı çözmek için üretilen çözümlerden biri olduğu belirtilmektedir.

380 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun bir kararında³, “*kişilerin hukuki statülerini belirlemiş ve buna dayalı olarak da yeni hukuki durumların ve hakların elde edilmesine neden olmuş, bir başka deyişle hukuki sonuçlarını yerine getirmiş olan durumların, artık geri dönülmez, vazgeçilmez haklar olduğu, yani kazanılmış hak teşkil ettiği*” belirtilmekte, bir başka Danıştay kararında ise⁴ “*eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklar*” olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında⁵ ise, “*kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak*” olarak tanımlanmıştır. Bu kararlar ışığında, henüz tamamlanmış ve oluşumu süren işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı söylenebilir.

390 Tam bu noktada kazanılmış hak kavramı ile karıştırılan haklı beklenti kavramının, hukuki durumların oluşumunda psikolojik durumları da dikkate aldığı ve bu nedenle farklı olduğu belirtilmelidir. Henüz tamamlanmamış hukuki işlem süreçleri ya da durumlar, ilgilileri lehine genellikle bir hak doğurmazlar. Bu tür bir sürecin korunabilir bir aşamaya gelmesi hakkın gerçekten kazanılmış olmasına bağlıdır. Hakkın kazanılması ise hukuk tarafından belirlenir. Bu durumda, kişilerin mamelekine henüz girmemiş ya da gelecekte doğması “beklenen çıkar” kazanılmış hakkın doğumu için yeterli değildir.

400 Kural olarak kanunların yürürlüğe girdikten sonra gerçekleşen olay ve durumlara uygulanacağı, bir başka deyişle geriye yürümeyeceği ilkesi⁶ de hukuk devletinin gerekleri ve hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilmektedir. Ancak geriye yürüme kavramı, ‘gerçek geriye yürüme - gerçek olmayan geriye yürüme’ olarak ayrılmakta ve her iki durumun kazanılmış haklara etkisinin farklı olduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında⁷; “*önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni yasa kuralı uygulanacağından gerçek anlamda geriye yürümeden söz edilemez.*” denilmekte, Danıştay’ın bir kararında⁸ ise “*geçmişte tamamlanmış ve hukuki sonuçları oluşmuş geçmişteki hukuki ilişkilere uygulanan yasalar ‘gerçek geriye yürüyen’, geçmişte başlayan ve yeni yasa yürürlüğe girdiğinde henüz sonuçlanmamış hukuki ilişkilere uygulanan yasalar ‘gerçek olmayan geriye yürüyen’ yasalardır.*” denilmek suretiyle geriye yürüme kavramının ikiye ayrıldığı kabul edildiği görülmektedir.

410

Geçmişte tamamlanarak hukuki sonuçları ortaya çıkmış olan hukuki ilişkilere uygulanan kanunların gerçek geriye yürüme etkisi gösterdiği ve kazanılmış hakların korunması ilkesini ihlal ettiği kabul edilmektedir. Gerçek olmayan geriye yürümede ise;

³ DİBKK. 14.6.1989 gün, E.1989/1-2, K.1989/2, DD. Sayı 76-77,s.67.

⁴ D.1.D. 13.7.1992 gün, E. 1992/224, K. 1992/238, DD. Sayı 87, s.62.

⁵ AYM, 3.4.2001 gün, E.1999/50, K.2001/67; AYM, 27.2.2001 gün, E.1999/43, K.2001/46.

⁶ DİBKK. 3.7.1989 gün, E.1988/5, K.1989/3, DD. Sayı 78-79.

⁷ AYM. 14.01.2003 gün ve E.2001/34 K.2003/2, RG: 19.11.2003, 25294.

⁸ DİBGG, 03.07.1989 gün, E.1988/5, K.1989/3, Karsı oy yazısı, DD., S:78-79, s. 67

kanunun eski kanun yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuki durum, ilişki ve olaylara uygulanması söz konusu olmakta ve bu durumun kazanılmış hakları zedelediği kabul edilmektedir. Danıştay'ın bir içtihatları birleştirme kararında⁹ da; *“ilke olarak gerçek önceye yürümenin anayasal kurallara aykırı olmasına karşılık, gerçek olmayan önceye yürüme mümkün olmaktadır.”* denilmek suretiyle bu durum teyit edilmektedir.

420 Geriye yürüme yasağı sadece kanunlar bakımından değil, idari işlemler bakımından da geçerli olan bir kuraldır. Danıştay da bir kararında¹⁰; *“idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiş bir idare hukuku kuralıdır.”* demek suretiyle geriye yürüme yasağının idari işlemler bakımından da geçerli olduğunu kabul etmiştir¹¹.

Bu bilgiler ve mahkeme kararları çerçevesinde, kazanılmış hakkın unsurları;

- Sübjektif (kişisel) bir hak haline gelmesi,
- Tamamlanmış, kesinleşmiş olması (hukuken korunmaya değer aşamaya gelmiş olma),
- Hakkın hukuka uygun olması,

430 olarak belirlenebilir.

H.5. Değerlendirme

H.5.1. 4054 Sayılı Kanunun 7. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

440 Yukarıda da belirtildiği gibi Aydem, bildirim konusu işlemin 1991 yılında alınan BKK'na dayandığını ve 4054 sayılı Kanun'un o dönemde yürürlükte olmaması nedeniyle işlemin Rekabet Kurulu iznine tabi olmadığını, bir başka ifadeyle Rekabet Kurulu'nun bildirim konusu işlem açısından 'zaman itibarıyla yetkisiz' olduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle öncelikle 4054 sayılı Kanun kapsamında yoğunlaşma işlemlerinin ne zaman gerçekleşmiş sayıldığına ilişkin değerlendirmelerde bulunularak, birbirleriyle yakından ilişkili olan 'kanunların zaman bakımından uygulanması' ile 'kazanılmış hak' kavramları çerçevesinde, bildirim konusu işlemin ne zaman gerçekleştiği ve Aydem'in 4054 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce kazanılmış haklara sahip olup olmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gereklidir.

450 Birleşme veya devralma işlemlerinin bildirimine ne zaman yapılacağına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'da açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Kanun'un 16. maddesinin (c) bendinde, “izne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi” durumu ilgili madde kapsamında cezai müeyyide konusu yapıldığından, söz konusu işlemlerin gerçekleştirilmeden önce bildirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu hüküm de birleşme veya devralmaların ne zaman “gerçekleştirilmiş” sayılacağını açıklığa kavuşturmamaktadır. Ancak uygulamada devir işlemlerinde kontrolün el değiştirmesi belli hakların veya varlıkların devriyle gerçekleşmesi durumunda, bunların devir tarihi işlemin gerçekleşme tarihi olarak ele alınmaktadır.

⁹ DİBKK. 3.7.1989 gün, E.1988/5, K.1989/3, DD. Sayı 78-79.

¹⁰ DİDDGK. 15.1.1999 gün, E.1997/417, K.1998/81, DD. Sayı 101, s.79.

¹¹ Ayrıca D.1.D. 4.10.1991 gün, E. 1991/211, K. 1991/289, DD. Sayı 84-85, s.24

460 Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde, birleşme ve devralma işlemlerinin ne zaman gerçekleştiği konusunda her bir somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiği ve buna bağlı olarak hukuki ya da fiili devir tarihinin esas alınabileceğini anlaşılmaktadır.

3096 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, *"Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen çerçeve içerisinde ilgili görevli şirketle sözleşme akdeder."* hükmü yer almaktadır. Bu bilgiler ışığında Yap-İşlet-Devret Modeli, Bakanlar Kurulu'nun alacağı görevlendirme kararı ile başlayan bir sözleşmeler dizisinden (dizi işlem) oluşmakta ve her sözleşmenin tarafı da farklı olmaktadır. BKK ile yapılan görevlendirme işleminin içeriği de bu sözleşmelerle doldurulmakta, örneğin işlemin esaslı unsurlarından olan bedel ve tazminata ilişkin hükümler bu sözleşmelerde yer almaktadır. Kısacası BKK'nın uygulanması ve fiili devrin gerçekleştirilmesi bu sözleşmeler aracılığıyla yapılmaktadır.

470 Kazanılmış haklara ilişkin bölümde değinildiği üzere kazanılmış hakkın varlığı için tamamlanmış bir hukuki statünün varlığı, bir başka ifadeyle belirli bir statüye girilmesi ya da bu statünün kazanılması gerekir. 1991 yılında alınan BKK ile Aydem 'görevli şirket' statüsüne girmiş, ancak 'işletme hakkı sahibi' statüsünü kazanmamıştır. 4054 sayılı Kanun'da düzenlenen izne tabi birleşme ve devralmaların gerçekleşmesi açısından önemli olan kıstas da, işlemin piyasada etkisini doğurmaya başladığı andır. Bu çerçevede işlem, işletme hakkının devriyle hukuki sonuç doğurmaya başlayacak ve Aydem işletme hakkı sahibi statüsünü elde edecektir.

Bildirim konusu işlem bakımından aydınlatıcı olabilecek olan Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında¹²; *"kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın, yeni yasadanda önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir."* denilmektedir. Dolayısıyla Aydem açısından işletme hakkı, BKK ile görevlendirmeyle doğmuş bulunan görevli şirket statüsüne bağlı olarak elde edilmesi beklenen bir hak konumundadır.

490 Bu çerçevede, 30 yıllık işletme hakkı süresinin fiili devir tarihinden itibaren başlayacak olması¹³, işlemin esaslı unsurlarından olan bedelin yarısının sözleşmenin imzalanmasından sonra, diğer yarısının ise fiili devir tarihinden itibaren 2 yıl içinde ödenecek olması¹⁴ ve fiili devir tarihinin tesislerin işletilmesiyle ilgili tüm yetki ve sorumluluğun şirkete (Aydem) geçtiği an olarak tanımlanması¹⁵ bir arada değerlendirildiğinde, Aydem'in işletme hakkını elde etmediği ve buna ilişkin bir kazanılmış hakkının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

¹² AYM. E.2005/110, K.2005/111, 26.7.2006 tarih ve 26240 sayılı Resmi Gazete.

¹³ 22.9.2000 tarihli "Uygulama Sözleşmesi", Madde 3 ve 8.7.2007 tarihli "1 No'lu Tadil Sözleşmesi, Madde 2

¹⁴ 22.9.2000 tarihli "Uygulama Sözleşmesi" Madde 5

¹⁵ 22.9.2000 tarihli "Uygulama Sözleşmesi" Madde 4

510 Ayrıca BKK ile yapılan görevlendirme kararıyla benzerlik taşıyan kamulaştırma kararına ilişkin Danıştay'ın bir kararında¹⁶; “kamulaştırma kararının alınmasının tek başına yeterli olmadığı, kamulaştırma bedelinin ödenmesi ve taşınmazın tescilinden sonra tamamlandığını ve tamamlanma anında yürürlükteki hukukun uygulanacağı” ifadesi yer almaktadır. Çünkü bu tür kararlar (kamu yararı kararı gibi) bir hakkın kullanılmasını somutlaştırıcı nitelikte değildir.

520 Bütün bu değerlendirmeler ışığında, Aydem'in görevlendirilmesine ilişkin 1991 yılında alınmış olan BKK'nın ve devam eden sürecin 4054 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce olması ve bu nedenle bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmayacağı iddiasının yersiz olduğu sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla TEDAŞ'ın Aydın-Muğla-Denizli illerindeki dağıtım faaliyetlerinin 'İşletme Hakkı Devri' yöntemiyle Aydem'e devri işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir devir işlemi olduğu anlaşılmaktadır.

H.5.2. 1998/4 Sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

Yukarıdaki bölümden de görüldüğü üzere, Aydın- Denizli- Muğla illerinin oluşturduğu elektrik dağıtım bölgesindeki elektrik dağıtım varlıklarının Aydem tarafından 30 yıl süreyle işletilmek üzere devralınması işlemi 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir işlemidir. Bu noktada işlemin Rekabet Kurulu iznine tabi olup olmadığı ve ayrıca söz konusu izin sürecinin 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler açısından nasıl bir sürece göre işlemesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.

530 Daha önce Rekabet Kurulu görüşüne konu olan dağıtım özelleştirmeleri, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülmüş olmakla birlikte, 1991 yılında başlayan süreçte Aydem'e yapılacak olan devir işleminin TEDAŞ tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu işlemle birlikte kamunun elinde bulunan elektrik dağıtım işinin özelleştirme yoluyla özel bir teşebbüse devredilmesi öngörülmektedir. Bu nedenle işlemin, 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir özelleştirme işlemi olduğu anlaşılmaktadır.

540 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında olan özelleştirme işlemlerinde, 1997/1 sayılı Tebliğ'den farklı olarak bir ön bildirim süreci yer almaktadır. Bununla birlikte, ön bildirim usulüne ilişkin 1998/4 sayılı Tebliğin “Ön Bildirimlerde Takip Edilecek Usul” başlıklı 4. maddesinin 1. paragrafında şu hüküm yer almaktadır:

Madde 4- Bu Tebliğ kapsamında ve ön bildirim tabi özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde; özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin özelleştirilmesine ilişkin *ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce*, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca Rekabet Kurumuna, Rekabet Kurulunun Görüşü alınmak üzere ön bildirimde bulunulur.

550 Yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere, 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında yapılan bir özelleştirme işleminde ilgili kurum ya da kuruluş tarafından özelleştirmeye ilişkin *ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce* ön bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bildirim konusu işlemde ise, Aydem'in *Bakanlar Kurulu Kararı ile* 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre ilgili bölgede elektrik dağıtım hizmetlerini yürütmekle görevlendirilmesi tarihinin 9.10.1991 olduğu görülmektedir. Bu nedenle, her ne kadar devre ilişkin sürecin 1991 yılında başlaması söz konusu devir işlemini 4054 sayılı

¹⁶ D. 11. D, 14.2.1977 gün, E.1976/178, K.1977/481, DD., S.28-29, s.599.

560 Kanun'un 7. maddesi kapsamı dışına çıkarmıyor olsa da, süreç bakımından bu devir işlemine ilişkin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında ön bildirim yapılmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle, devre ilişkin sürecin ilgili Tebliğlerden ve hatta 4054 sayılı Kanun'un çıkarılmasından çok daha önce başlamış olması, istisnai bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu noktada, işleme ilişkin bildirim sürecinin ön bildirim olmaksızın doğrudan nihai bildirim şeklinde yapılmasının doğru bir yöntem olacağı düşünülmektedir. Nihai bildirim hangi aşamada ve nasıl yapılacağı hususunda da 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında hükümler bulunmakla birlikte, nihai bildirim yapılmasına ilişkin 1997/1 sayılı Tebliğ hükümlerine uygun hareket edilmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 1998/4 sayılı Tebliğin "Diğer Hükümler" başlıklı 7. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

570 **Madde 7-** 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7 nci maddesine dayanılarak çıkarılan ve 12/08/1997 tarihli ve 23078 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1997/1 sayılı Rekabet Kurumundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin bu Tebliğe aykırı olmayan hükümlerinin özelleştirme yolu ile devralma işlemlerine uygulanmasına devam edilir.

580 Yukarıdaki hüküm de dikkate alındığında, fiili devir işleminin gerçekleşmesinden önce Aydem tarafından yapılan nihai izin bildiriminin usul açısından yeterli olduğu değerlendirilmektedir. 1997/1 sayılı Tebliğ'de yer alan eşiklere benzer şekilde, nihai izin aşaması için 1998/4 sayılı Tebliğ'de de pazar payı açısından %25, ciro eşiği bakımından da 25 Trilyon Türk Lirası eşiği getirildiği görülmektedir. Bildirim konusu devir işleminde elektrik dağıtım hizmetleri ve perakende satış hizmetleri bakımından TEDAŞ'ın tekel konumunda olduğu ve dolayısıyla %100 pazar payının söz konusu olduğu dikkate alındığında, tek başına bu durum sebebiyle dahi bildirim konu devir işleminin Rekabet Kurulu iznine tabi olduğu sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki TEDAŞ'ın 2007 yılı bölge cirosu da (.....) YTL'dir.

H.5.3. Yoğunlaşmaya İlişkin Değerlendirme

590 Görüldüğü üzere, Aydın-Muğla-Denizli bölgesinin elektrik dağıtımına ilişkin Aydem'in gerçekleştirdiği devralma işlemi, Rekabet Kurulu iznine tabi bir işlem niteliğindedir. Esas itibarıyla elektrik dağıtım bölgelerinin özelleştirme yoluyla devri işlemlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında nasıl değerlendirileceğine ilişkin bir çalışma, 2005 yılında başlayan ancak ilerleyen süreçte ertelenen dağıtım özelleştirmeleri kapsamında yaşanan ön bildirim sürecinde Mesleki Daire Görüşü çerçevesinde yapılmış ve konuya ilişkin bir Rekabet Kurulu görüşü oluşturulmuştur.

600 Elektrik piyasasının üretim, iletim dağıtım ve tedarik/arz olmak üzere 4 ana bölüme ayrılabilir. Bunlardan iletim ve dağıtım aşamaları doğal tekel niteliği taşıyan bölümlerdir. Başka bir ifadeyle, daha az düzenleme ve daha çok rekabetin sağlanabileceği aşamalar elektriğin üretimi ve nihai tüketiciye arzı piyasaları olarak ortaya çıkmakta, iletim ve dağıtım ise ağırlıklı olarak düzenlemeye tabi tutulmaktadır. Başka bir ifade ile *toptan ve nihai tüketici fiyatının oluşması, alıcılar ve satıcıların karşı karşıya geldiği üretim ve tedarikçi seviyelerindeki etkileşime* bağlı olup iletim ve dağıtım hizmetlerinin bu sürece dinamik bir etkisi bulunmamaktadır.

610 Elektrik piyasasında oluşacak *toptan ve nihai tüketici fiyatları düzeyi ise piyasanın üretim ve tedarikçi seviyesinin yapısına bağlıdır*. Bu iki seviyenin de rekabetçi olması tüketicilerin rekabetçi piyasa koşullarında elektrik temin etmesine olanak sağlayacaktır. Aksine bu piyasaların birinde veya ikisinde birden eksik rekabet koşullarının varlığı piyasa aksaklıklarına ve elektriğin nihai fiyatlarının yükselmesine yol açacaktır.

620 Elektrik piyasasının bu yapısı içerisinde rekabeti sağlamak için piyasa faaliyetlerinin ayrıştırılması gerekmektedir. Mevcut durumda 4628 sayılı Kanun'da öngörülen yeniden yapılandırma süreci genel olarak, üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrıştırılması esasına dayanmaktadır. Ancak rekabetçi elektrik piyasalarına ilişkin tecrübeler, daha düşük dereceli ayrıştırma yöntemlerinin benimsenmesi suretiyle söz konusu faaliyetler arasında belli ölçülerde entegrasyona gidilebildiğini ortaya koymaktadır. Üretim ve dağıtım faaliyetleri ile dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin entegrasyonu bu duruma örnek teşkil etmektedir.

630 Ayrıştırmanın yapılmadığı durumlarda, üretimden başlayarak elektrik piyasasında dikey bir bütünleşme sağlanmasının piyasadaki rekabet üzerinde çeşitli etkileri bulunmaktadır. Özellikle rekabete açık üretim ve tedarik piyasalarıyla dağıtım faaliyetlerinin bütünleşmesinin piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bu nedenle, kamu elindeki elektrik dağıtım faaliyetlerinin hukuki ayrıştırmaya tabi olmaksızın özel sektöre devrinin, geçiş dönemi sonunda hedeflenen serbest piyasa ortamında hakim durumun güçlenmesi ve bölgesel olarak (mevcut bildirimde Aydın, Muğla ve Denizli'den oluşan bölge) etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyeceği görülmektedir.

Dikey bütünleşmenin yukarıda genel olarak belirtilen sakıncalarını da dikkate alarak Rekabet Kurulu, TEDAŞ'ın özelleştirilmesine ilişkin oluşturduğu 21.7.2005 tarihli Kurul Görüşünde;

“Geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılmasının Rekabet Kurulu'nun nihai izin koşulu olduğu”

640 hükmüne yer vermiştir. Esas itibarıyla söz konusu görüşün oluşturulduğu bölgelerden birinin de mevcut bildirim konu olan Aydın-Muğla-Denizli illerinden oluşan bölge olduğu dikkate alındığında, söz konusu Kurul görüşünün bu bildirim kapsamında da geçerli olduğu düşünülmektedir. Nitekim, bildirimle ilişkin yapılan inceleme sürecinde raportörlerce Aydem temsilcileriyle yapılan görüşmeler neticesinde Aydem tarafından, söz konusu ayrıştırmanın yapılması yönünde taahhütte bulunulan belge 28.4.2008 tarih ve 2533 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Aydem tarafından sunulan taahhütnamede şu ifadelere yer verilmiştir:

- 650
- Aydem, geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetinin elektrik piyasasındaki diğer faaliyetlerden hukuki olarak ayrıştırılması işlemini gerçekleştirecektir.
 - Rekabet Kurulu, Aydem'in talebi üzerine ve eğer (4628, 3096 ya da ilgili mevzuat kapsamında taahhüdün uygulanmasına ilişkin hukuki engeller bulunması ya da diğer dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesi sürecinde yaşanabilecek aksaklıklar sonucu diğer dağıtım bölgelerinde hukuki ayrıştırmanın gerçekleşmemesi ve sair gerekçelerle) gerekli görülürse, işbu Taahhütnamedeki taahhüdün yerine getirilmesi koşulundan vazgeçebilir ya da Aydem'in mevcut hukuki ve mali yükümlülüklerini artırmamak şartıyla, bu koşulu değiştirebilir veya yerine başkasını getirebilir.

660 Aydem tarafından verilen bu taahhütname ile dağıtım faaliyetlerinin diğer elektrik piyasası faaliyetleri ile dikey bütünleşmesinden kaynaklanacak sakıncaların, daha önce oluşturulmuş olan Kurul Görüşüne de uygun olarak ortadan kaldırıldığı görülmektedir.

Bu taahhüt kapsamında verilecek izin kararı, söz konusu taahhüdün yerine getirilmemesi halinde ortadan kalkacak ve verilen izin geçersiz sayılacaktır.

670 Bu noktada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuksal ayrıştırmaya ilişkin verilen taahhüdün asıl itibarıyla teşebbüslerin piyasa faaliyetlerindeki dikey yapı içerisinde ayrı tüzel kişilikler altında faaliyetlerini sürdürmesi gerekliliğini ortaya koymasıdır. Söz konusu koşul ile devralan teşebbüsün mevcut üretim ya da satış faaliyeti bulunsun ya da bulunmasın, devir işleminin ardından geçiş dönemi sonunda söz konusu faaliyetleri ayrı tüzel kişilikler altında gerçekleştirecek şekilde yapılandırması sağlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, ayrı tüzel kişilikler altında olsa da Aydem, rekabet hukuku çerçevesinde tek bir ekonomik bütünlük içerisinde üretim, dağıtım ve satış faaliyetleri gösterebilecektir. Bu noktada alıcı tarafın halihazırda üretim ya da perakende satış faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise ortaya çıkacak dikey bütünleşmenin bir hakim durum yaratıp yaratmadığının da ayrıca incelenmesi gerekecektir. Nitekim alıcı taraf olan Aydem'in ortaklarının, elektrik üretimi faaliyeti gösteren Bereket Enerji ile Bereket Jeotermal'de de kontrol oluşturacak şekilde hisseleri bulunmaktadır. Bu nedenle, Aydem'in üretim faaliyetlerinin de söz konusu devir işlemi kapsamında değerlendirilmeye alınması yerinde olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, elektrik piyasasında üretim kapasitesi bakımından da kamunun egemenliği söz konusudur. Türkiye'de 2006 yılı itibarıyla kurulu gücün üretici kuruluşlara göre dağılımı aşağıdaki tabloda görüldüğü gibidir:

Tablo 5: Türkiye Kurulu Gücü (2006)

ÜRETİCİ KURULUŞ	SANTRAL TİPİ	KURULU GÜÇ (MW)	PAYI (%)
EÜAŞ	Termik	8.705,9	21,46
	Hidrolik, Jeotermal, Rüzgar	11.176,0	27,55
	Toplam	19.881,9	49,01
EÜAŞ'IN BAĞLI ORTAKLIKLARI	Termik	3.834,0	9,45
MOBİL SANTRALLER	Termik	724,9	1,78
ÜRETİM ŞİRKETLERİ	Termik	10.321,7	25,44
	Hidrolik, Jeotermal, Rüzgar	1.374,5	3,38
	Toplam	11.696,2	28,83
OTOPRODÜKTÖR İŞLETME HAKKI DEVRİ	Termik	3.833,7	9,45
	Hidrolik, Jeotermal, Rüzgar	594,1	1,46
	Toplam	4.427,8	10,91
TÜRKİYE TOPLAMI	Termik	27.420,2	67,59
	Hidrolik, Jeotermal, Rüzgar	13.144,6	32,40
	Toplam	40.564,8	100

690 Burada hemen belirtmek gerekir ki, EÜAŞ'a ait santraller (%49), EÜAŞ'ın bağlı ortaklıkları (%9,45) ve YİD (%6), Yİ (%15), İHD (%2) ve Mobil santraller (%2) gibi üretimini yaptıkları anlaşmalar çerçevesinde devlete satan santraller dikkate alındığında, Türkiye kurulu gücünün yaklaşık %83'ünün kamu kuruluşu ve onlarla ilişkili şirketler tarafından işletildiği görülmektedir.

2006 yılı verilerine göre Türkiye toplam kurulu gücünün 40.564,8 MW olduğu, Türkiye toplam üretiminin ise 176.299,8 GWh olduğu görülmektedir. Aydem'in sahip olduğu

kurulu güç ve yıllık üretiminin Türkiye toplamı içindeki payı aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

700 **Tablo 6:** Aydem'in sahip olduğu faal haldeki kurulu güç ve üretim miktarları

Firma	Kurulu Güç (MW)	Yıllık Üretim (GWh)	Türkiye Toplamı İçindeki Payı (%)	Türkiye Üretim İçindeki Payı (%)
Bereket Enerji				
Bereket I-II Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Dalaman I-V Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Feslek Mentaş	(...)	(...)	(...)	(...)
Gökyar Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Mentaş Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Göktaş I-II Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Koyulhisar Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Toros Hes	(...)	(...)	(...)	(...)
Bereket Jeotermal				
Sarayköy Jes	(...)	(...)	(...)	(...)
Firmalar Toplamı	492,94	(...)	(...)	(...)

710 Tablodan da görüldüğü üzere, Aydem'in sahip olduğu kurulu güç Türkiye toplam kurulu gücünün %(...)’ini teşkil etmektedir. Aynı şekilde satışlar bakımından da oran %(...)’dir. Aydem'in lisans almış ancak yatırım aşamasında olan ve ayrıca henüz lisans başvuru aşamasında olan projeleri de dikkate alındığında, toplam kurulu gücünün (.....) MW’a ulaştığı ve bu miktarın dahi mevcut Türkiye kurulu gücünün ancak % (...)’sini oluşturduğu görülmektedir. Bölge satışları itibarıyla bakıldığında ise, TEDAŞ’ın 2006 yılında bölgede yaptığı satışların (...) GWh, Bereket Enerji’nin yıllık üretiminin ise (...) GWh düzeyinde olduğu görülmekle birlikte, elektrik üretim ve satışına ilişkin coğrafi pazarın Türkiye olduğu ve ayrıca Aydem tarafından verilen taahhüt kapsamında da üretim ve dağıtım faaliyetlerinin ayrı tüzel kişilikler altında sürdürülecek olmasının da sağlanmış olmasının, bu alanda bölgesel anlamda hakim durumun güçlenmesi gibi bir sakıncayı ortadan kaldıracağı sonucuna varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- 720 1. Aydın-Denizli-Muğla illerinin oluşturduğu elektrik dağıtım bölgesindeki TEDAŞ’a ait elektrik dağıtım varlıklarının Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından 30 yıl süreyle işletilmek üzere devralınması işleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1998/4 sayılı “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi olduğuna,
- 730 2. Aydem Güneybatı Anadolu Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından Rekabet Kurumuna sunulan ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun Geçici 9. maddesinde yer alan geçiş dönemine kadar dağıtım faaliyetinin elektrik piyasasındaki diğer faaliyetlerden hukuki olarak ayrıştırılmasını içeren 28.4.2008 tarih ve 306 sayılı Taahhütname çerçevesinde; bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasına veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesine ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açmayacağına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine,

3. Yukarıda belirtilen taahhütlerin geçiş süresi sonunda yerine getirildiğinin Rekabet Kurumu'na tevsik edilmesine,
- 740 4. Taahhütlerin süresi içinde yerine getirilmemesi halinde verilen izin geçersiz sayılmasına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.