

YAĞMUR TURAN, GÖKHAN TURHAN,
H. ZEYNEP EMİRMAHMUTOĞLU, LEYLİ BAYSAHATOVA,
SAİD KARDIÇ, FURKAN ERGÜN

Concession Agreements in Energy Sector

Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmeleri

ABSTRACT

The fact that necessity of being able to meet the steady increase, either qualitatively or quantitatively, of the social needs that constitute the subject and content of public services more efficiently and in a shorter time, forms one of the main areas of administration and Administrative Law. As a result of the differentiation of the concept of fulfillment of public services, the administration has taken the lead in utilization the potential of the private sector to achieve this goal. Accordingly, Build-Operate-Transfer agreements, which cause disputes at the point of legal qualification, have been made between the administration and the private sector, in order to meet the energy and especially the electricity needs which is main growth of social needs. While the Build-Operate-Transfer procedure that is a method of having a private sector manage a public service by the administration is widely used, the Electricity Market Law numbered 4628¹ (“EML”) has entered into force and the public service started to be widely provided with the permit (license) procedure that is essentially provided in this law and accepted to be one of the methods of having private sector take care of public service. As discussed further below, the regulations brought by the EML

ÖZET

Gerek niteliksel gerekse de niceliksel anlamda sürekli artış göstermekte olan ve kamu hizmetlerinin konusunu ve içeriğini teşkil eden toplumsal ihtiyaçların daha verimli ve daha kısa sürede karşılanabilmesi, idarenin, dolayısıyla da İdare Hukuku'nun temel uğraşı alanlarından birini teşkil etmektedir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi anlayışının farklılaşması neticesinde idare, söz konusu amaca ulaşabilmek için, özel sektörün sahip olduğu potansiyelden yararlanma yoluna gitmiştir. Bu doğrultuda, artan toplumsal ihtiyaçların başını çeken enerji ve özellikle de elektrik ihtiyacının karşılanabilmesi amacıyla, idare ile özel sektör arasında, hukuksal nitelendirme noktasında birçok tartışmaya yol açmış olan Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri yapılagelmıştır. Bir kamu hizmetinin idare tarafından özel sektöre gördürülmesi usullerinden olan Yap-İşlet-Devret usulü yaygın bir şekilde kullanılırken, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun¹ (“EPK”) yürürlüğe girmesiyle, bu kanunda esas olarak öngörölmüş olan ve yine kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi usullerinden biri olarak kabul edilen ruhsat (lisans) usulü yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Aşağıda ayrıca tartışılacağı üzere, EPK'nın getirdiği düzenlemeler, bu sefer elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı faaliyetlerinin

have also caused for debates about whether or not each electricity generation, transmission and distribution activities still constitute a public service, and the said controversies remain in question.

KEYWORDS: Energy Sector, Concession Agreements, Public Service, Build-Operate-Transfer, Electricity Market

I. INTRODUCTION

ALTHOUGH THERE IS NO CONSTITUTIONAL OR LEGAL definition of the public service, the public service and fulfillment of public service by the administration and having private sector fulfil the public service by the administration are the leading current debates in the field of Administrative Law. Especially, due to the liberalization in Turkish economy after 1980s and difficulties that arise from the performance of the investments that needs developed technology sources, a need to make regulations that creates opportunities for the private sector to fulfil some public services under the control and supervision of the administration has been emerged. To meet the expectations of getting private sector to realize public service by administration directly by private sector, in coordination, or jointly brought up different procedures. In this context, there are approaches such as joint trust procedure, permit procedure, and upholding procedure. However, these three (3) approaches are not much common and demanding procedures. The method which is most applied by the private sector of a public service, which is the most discussed, the subject of the decisions of the Constitutional Court and which finally caused the legislative power to make a constitutional amendment on this issue is the “concession” method, that’s legal nature described below in details. The content of the public service, which is fulfilled by private sector through the concession method, mainly contains the energy sector and the electricity transmission, production and distribution matters within the scope of the energy sector. In other words, the electricity demand which is emerged as a social necessity and desired to be solved within the scope of public service, is intended to be fulfilled by the administration through contribution of the private sector. At this point, the emergence, development and legal

her birinin hala birer kamu hizmeti teşkil edip etmediğine ilişkin tartışmaları da doğurmuş olup söz konusu tartışmalar güncelliğini korumaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: Enerji Sektörü, İmtiyaz Sözleşmeleri, Kamu Hizmeti, Yap-İşlet-Devret, Elektrik Piyasası

I. giriş

HER NE KADAR KAMU HİZMETİNİN NE OLDUĞU KONUSUNDA anayasal ya da yasal bir tanım yapılmamış olsa da, kamu hizmeti ve kamu hizmetinin idare tarafından yerine getirilmesi ve idare tarafından özel sektöre gördürülmesi İdare Hukuku alanında güncel tartışma konularının başını çekmektedir. Özellikle 1980 sonrası Türkiye ekonomisinde esen liberalleşme rüzgarları ve ihtiyaç duyulan ileri teknoloji kaynaklı yatırımların kamu tarafından yerine getirilmeye çalışılmasında ortaya çıkan güçlükler karşısında, bazı kamu hizmetlerinin idarenin denetimi ve gözetimi altında özel sektöre gördürülmesinin önünü açan düzenlemeler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İdarenin bir kamu hizmetini, özel sektörle koordinasyon içerisinde veya müştereken ya da doğrudan özel sektöre gördürmesine göre bu ihtiyacın karşılanması konusunda çeşitli usuller ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda müşterek emanet usulü, ruhsat usulü, il-tizam usulü gibi uygulamalar bulunmakla birlikte bu üç (3) usul çok fazla uygulanan ve rağbet gören usullerden değillerdir. Bir kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi konusunda en çok uygulanan, üzerinde en çok tartışma yapılan, Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan ve nihayetinde yasama organı tarafından bu konuya yönelik olarak anayasa değişikliği yapılmasına sebep olan usul aşağıda hukuki niteliği hakkında daha detaylıca bilgi verilen “imtiyaz” usulüdür. İmtiyaz usulü ile özel sektöre gördürülmek istenen kamu hizmetlerinin konusunu da mutlak çoğunlukla enerji sektörü, enerji sektörü içerisinde de elektrik iletimi, üretimi ve dağıtım konuları teşkil etmektedir. Yani bir toplumsal gereksinim olarak ortaya çıkan ve kamu hizmeti kapsamında giderilmek istenen elektrik ihtiyacı, idare tarafından özel sektörün de devreye sokulması yoluyla giderilmek istenmiştir. Bu noktada hukuki nitelendirmesi konusunda gerek doktrinde gerek yargı kararlarında ciddi



nature of the Build-Operate-Transfer procedure, that is one of the most common and widespread procedures, considered to be a type of concession contracts, that causes serious debates both in judicial decisions and in the doctrine because of its legal nature, constitutes one of the main subjects of this article. Before giving more detailed information on this topic, it is necessary to state public service concept and the elements and legal nature of the concession procedure which is one of the methods of conducting public service.

II. THE CONCEPT OF PUBLIC SERVICE IN TURKISH LAW

There is no definition of public service neither in constitutional and legal texts nor in the judicial opinions. However, the concept of public service is used in many legal regulations. Several opinions about the definition have been brought forward in the doctrine.

tartışmalara sebep olan ve imtiyaz sözleşmelerinin bir türü olarak kabul edilen Yap-İşlet-Devret usulü en sık ve yaygın kullanılan usullerden biri olmakla birlikte, bu usulün ortaya çıkışı, gelişimi ve hukuki niteliği bu makalenin de temel konularından birini teşkil etmektedir. Bu konu hakkında daha detaylı bilgi vermeden önce kamu hizmeti kavramının ve kamu hizmetinin gördürülme usullerinden olan imtiyaz usulünün unsurlarını ve hukuki niteliğini belirtmek gerekmektedir.

II. TÜRK HUKUKU'NDA KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Anayasal ve yasal metinlerde bir kamu hizmeti tanımı yer almadığı gibi, yargı içtihatlarında da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak buna rağmen birçok yasal düzenlemede kamu hizmeti kavramı kullanılmaktadır. Tanım konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.



Gözler defines public service as activities that are carried out by a public entity or by a private person under public entity's supervision for public benefits, while indicating the difficulty of defining the concept of "public service".²

According to Karahanoğulları, "public service is the activities that are partly and wholly undertaken by the state and included in the public domain, excluding the obligations of the field of production relations". The goal "is to produce goods and services that will meet social needs."³

Günday defines public service as a performance, which is considered beneficial to the public by the political organs, carried out by the public institution or by the private sector under the public institution's strict control and supervision.⁴

Onar gives broad description of a public service; "It is continuous and regular activities that are offered to the public to meet general and collective needs, and to provide

Gözler "kamu hizmeti" kavramının tanımlanmasının güç olduğunu belirtmekle birlikte, kamu hizmetini, bir kamu tüzel kişisi veya onun kontrolünde olan bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı için yapılan faaliyetler olarak tanımlamaktadır.²

Karahanoğulları'na göre "kamu hizmeti, devlet tarafından kısmen veya tamamen üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağımsız kılınarak üstlenilen ve kamusal (siyasal) alana dahil edilen faaliyetlerdir". Konusu, "toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimidir."³

Günday ise kamu hizmetini siyasal organlar tarafından kamuya faydalı olarak görülen, bir kamu kuruluşu veya onun sıkı kontrolü ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen işleri olarak tanımlamaktadır.⁴

Onar, kamu hizmetini geniş anlamda; "Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında genel, kolektif ihtiyaçları karşılamak, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş olan de-

public benefits by the State or other legal entities or under their supervision and control.” In the narrow sense, public service is defined as “the activities and services performed by public administrations or organizations according to public law distinct methods and based on the power arising from this law.”⁵

As it can be understood from the definitions that are stated above, there are two (2) different aspects of the concept of public service; organic element and material (objective) element. From the aspect of organic element, public service is the works carried out by a public entity or a private sector entity under public entity’s control and supervision to perform a specific task or activity. From the point of material factor, public service means activities that encompass public benefit.

Although the doctrinal definitions appear in this direction, a lack of the definition of public service has resolved by a Constitutional Court decision. The Constitutional Court defined public service in its decision dated 20.03.1996: *“Continuous and regular activities, conducted by the State or other public entities or under their supervision and control, that are organized to meet the general and common necessities and public benefits provided to public.”⁶*

As it is mentioned, there is no consensus of the definition of public service in doctrine, which is highly contradictory issue. Notwithstanding that, it can be said that the decision of the Constitutional Court, which is legally binding text, on definition of public service is a guiding light in this point of evaluation.

After mentioning the public service in conceptual way, it useful to state legal nature and elements of the concession procedure that has led to approaches of having private sector fulfill public service.

III. CONCESSION AGREEMENTS

A. Definition of Concession Agreement

As there is no unanimity of definition of public service in doctrine, there is no conformity on the definition of concession procedure that has led to approaches of having private sector fulfill public service either. There are couple of definitions of concession agreements in doctrine.

vamlı ve muntazam faaliyetlerdir” şeklinde ifade etmiştir. Dar anlamıyla kamu hizmetini ise “kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler” şeklinde tanımlamaktadır.⁵

Yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı üzere kamu hizmeti kavramının iki (2) farklı unsuru vardır; organik unsur ve maddi unsur (amaç unsuru). Organik açıdan kamu hizmeti belli bir görevi veya faaliyeti yürütmek için bir kamu tüzel kişisi veya onun kontrolü ve gözetimi altında özel hukuk kişisi tarafından yapılan işlerdir. Maddi açıdan kamu hizmeti ise özünde kamu yararı olan faaliyetleri ifade etmektedir.

Doktrinsel tanımlar bu doğrultuda şekillenmekle birlikte, kamu hizmetinin ne olduğunun ortaya konulması konusundaki tanım eksikliğinin giderilmesi, karşılığını bir Anayasa Mahkemesi kararında bulmuştur. Anayasa Mahkemesi 20.03.1996 tarihli bir kararında kamu hizmetini şöyle tanımlamıştır: *“Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”⁶*

Görüldüğü üzere oldukça tartışmalı bir konu olan kamu hizmetinin tanımsal nitelemesi konusunda doktrinde bir fikir birliği sağlanabilmiş değildir. Böyle olmakla birlikte hukuken bağlayıcı bir metin mahiyetinde olan Anayasa Mahkemesi kararında geçen tanımın ise bu konuyu değerlendirme noktasında yol gösterici özelliği haiz olduğu söylenebilecektir.

Kamu hizmetine kavramsal olarak bu şekilde değindikten sonra, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi usulünde başı çeken imtiyaz usulünün de hukuki niteliğine ve unsurlarına değinmekte fayda vardır.

III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

A. İmtiyaz Sözleşmelerinin Tanımı

Kamu hizmetinin tanımı noktasında doktrinde bir fikir birliği sağlanamadığı gibi, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülme usullerinde başı çeken imtiyaz sözleşmeleri konusunda da doktrinde bir uzlaşma sağlanamamıştır. Doktrinde imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili çeşitli tanımlar bulunmaktadır.

According to Özay, “concession procedure is a way of having private sector to conduct public service based on the contract that is signed between private sector, which has a status of joint stock company according to the Turkish legal system, and the relevant administration.”⁷

Günday defines a public service concession as “administrative contracts that stipulate a public service to be conducted by a private person and to be operated for a given period of time or operation of an established public sector according to the contract signed by administration with the private person.”⁸

According to Gözler, a public service concession agreement is a contract between a private person and a public administration with the intention of that the public service is performed by a private person to its profit and loss and for a certain period of time, for the costs to be received from the receivers of this service.⁹

The Constitutional Court felt the necessity to give a definition for concession agreements as it did for public service. According to the decision of the Constitutional Court dated 09.12.1994 “a concession is an action where the public service is conducted by a private person usually according to a long-term administration agreement and under the control and supervision of the administration where the capital, profit, damage, and loss belongs to the private person. A public service concession agreement is an agreement where the establishment and/or conduct of public service is assigned to a private person.”¹⁰

In light of the above definitions and taking into consideration the common characteristics of the definitions, concession agreements can be defined as administration agreements that stipulates fulfillment of public service, establishment and/or operation of public service, for a certain period of time, by a private person, according to the agreement between administration and private person, in condition that expense, profit and loss emerged from public services, belongs to that private person. Conduct of public service in this way is called “concession procedure”.¹¹

Taking over the operation right by a private sector of electricity distribution activities that is carried out by the companies in twenty one (21) different area in our country would be one the examples that can be given here.

Özay’a göre, “Kamu hizmetinin ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak, Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine imtiyaz usulü” denir.⁷

Günday, kamu hizmeti imtiyazını, “Bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir” şeklinde tanımlamıştır.⁸

Gözler’e göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, bir kamu hizmetinin, bu hizmetin muhataplarından alınacak ücret karşılığında ve kendi kâr ve zararına bir özel kişi tarafından yapılması ve belli bir müddet işletilmesi maksadıyla bu özel kişi ile bir kamu idaresi arasında yapılan bir sözleşmedir.⁹

Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetine yönelik bir tanım yaptığı gibi imtiyaz sözleşmeleri noktasında da bir tanım yapma gereği görmüştür. Anayasa Mahkemesi’nin 09.12.1994 tarihli bir kararına göre ; “Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir. Konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir.”¹⁰

Yukarıdaki tanımlardan yola çıkılarak ve tanımlardaki ortak özellikler dikkate alınarak imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin idarenin özel bir kişi ile akdettiği sözleşmeye dayanarak belirli bir müddet için, kamu hizmetinden ortaya çıkacak olan masraf, kâr ve zararın özel kişiye ait olması kaydıyla, özel kişi tarafından kurulması ve/veya işletilmesini öngören idari sözleşme olarak tanımlanabilir. Kamu hizmetinin bu şekilde yürütülmesine “imtiyaz usulü” denir.¹¹

Ülkemizde yakın dönemde gerçekleşen yirmi bir (21) ayrı bölgede elektrik dağıtım işlerini yapan şirketlerin özel sektöre işletme hakkının belirli bir süreliğine devralınması burada verilebilecek örnekler arasındadır.



B. Element of Concession Agreements

From the definitions stated above it can be reached to the conclusion that public service concession agreements have three (3) different elements.

- a) Establishment and operation of public service or operation of established public service,
- b) Operation of service by a concession owner (a private person conducting a service) on its own hazard, loss, and cost,
- c) Obtaining revenue by a concession owner (a private person conducting a service) from service receivers.¹²

C. Legal Nature of Concession Agreement

There are two (2) different parts of concession agreements; “agreement” and “specification”. “Agreement” is a text where intention of administration who gives

B. İmtiyaz Sözleşmelerinin Unsurları

Yukarda verilen tanımlardan yola çıkarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin üç (3) farklı unsurdan oluştuğu sonucuna ulaşılabilir. Bunlar;

- a) bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi veya kurulmuş olan bir kamu hizmetinin işletilmesi,
- b) imtiyaz sahibinin (hizmeti gören özel kişi) hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi,
- c) imtiyaz sahibinin (hizmeti gören özel kişi) hizmetlerden yararlananlardan alacağı karşılıklardan gelir elde etmesi şeklindedir.¹²

C. İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

İmtiyaz sözleşmesi “anlaşma” ve “şartname” olarak iki (2) kısımdan oluşur. “Anlaşma” imtiyaz veren idare ile imtiyaz sahibi olan özel kişinin iradelerinin uyduğu

the concession and private person who is concession owner comes to mutuality. "Specification" is detailed document that displays conditions of conduct of public service.¹³

Concession contracts include provisions in the characteristic of regulatory activity, condition activity, and contractual provisions. Concession agreements are mixed contracts because they contain contractual provisions and meanwhile provisions in the characteristic of regulatory activities that attributes a person's (who gives the concession) willpower.¹⁴

a) Provisions in the Characteristic of Regulatory Activity: These provisions are concerning organization and functioning of the public service. Said provisions are prepared by administration and accepted by private person who is concession owner.¹⁵

b) Provisions in the Characteristic of Condition Activity: Provisions that are in the characteristic of condition activity puts the concession owner in to the general and objective status that are stated in the specification by ensuring implementation of specification provisions that are in the characteristic of regulatory activity.¹⁶

c) Contractual Provisions: Provisions of the concession agreement that are related to duration and fiscal balance of concession are provisions that hold characteristic of contractual provisions. Consequently, these are bilateral provisions but not unilateral provisions. Accordingly, contractual provisions are emerged by the mutual agreement of the administration and concession owner who is private person, but not a unilateral will of administration who gives the concession.¹⁷

gösteren bir metindir. "Şartname" ise kamu hizmetinin yapılma koşullarını düzenleyen ayrıntılı bir belgedir.¹³

İmtiyaz sözleşmeleri, düzenleyici işlem niteliğinde hükümler, koşul işlem niteliğinde hükümler ve akdi hükümler ihtiva eder. İmtiyaz sözleşmesi, bir yandan akdi hükümler, öte yandan da imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici işlem niteliğinde hükümler içermesi nedeniyle karma işlem niteliğindedir.¹⁴

a) Düzenleyici İşlem Niteliğinde Hükümler: Bu hükümler kamu hizmetinin organizasyonuna ve çalışmasına dair hükümlerdir. Bunlar idare tarafında hazırlanır ve imtiyaz sahibi özel kişi söz konusu hükümleri kabul eder.¹⁵

b) Koşul İşlem Niteliğinde Hükümler: Koşul işlem niteliğinde olan hükümler düzenleyici işlem niteliğinde olan şartname hükümlerinin uygulanmasını sağlayarak, imtiyaz sahibini şartnamede belirtilen genel ve nesnel bir statüye sokmaktadır. Bu hükümler ile imtiyaz sahibine, hizmetin yapılması için kamu gücüne dayanan hak ve yetkiler tanınmaktadır.¹⁶

c) Akdi Hükümler: İmtiyaz sözleşmesinde imtiyazın süresine ve mali dengesine ilişkin olan hükümler akdi nitelikte hükümlerdir. Sonuç olarak bu hükümler tek taraflı değil, iki taraflı hükümlerdir. Dolayısıyla düzenleyici hükümler imtiyazı veren idarenin tek taraflı iradesiyle değil, idare ve imtiyaz sahibi özel kişinin karşılıklı iradeleriyle ortaya çıkarlar.¹⁷

FOOTNOTE

1 Official Gazette dated 30.03.2013, numbered 28603.

2 Kemal Gözler, Administrative Law, 2nd Edition, Ekin, Bursa, 2009, p. 253.

3 Onur Karahanoğulları, Public Service (Concept and Legal Regime), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, pp. 45,54.

4 Metin Günday, Administrative Law, 11th Edition, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017, p. 332.

5 Recep Demir, Consideration on Public Service Concept, (Last Access: 13.02.2018)

<http://www.arem.gov.tr/kamu-hizmeti-kavrami-uzerine->

bir-degerlendirmesi

6 Decision of the Constitutional Court dated 20.03.1996, and numbered E.1994 / 71, K. 1995/23.

7 İlhan Ozay, Management under Daylight, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996, p. 256.

8 Günday, p.172.

9 Gözler, p.68.

10 Decision of the Constitutional Court dated 09.12.1994, and numbered E.1994 / 43, K. 1994/42-2.

11 Erol Aslan, "Concession Agreement in Energy

Sector Example of Cukurova-Kepez", Gazi University Social Science Institution Department of Public Law Administration Law Department, Master Thesis, Ankara, 2010 p.8.

12 Aslan, p. 13.

13 Gözler, p. 425.

14 Aslan, p. 20.

15 Gözler, p. 426.

16 Aslan, p. 21.

17 Gözler, p. 426.

IV. CONCESSION AGREEMENTS IN ENERGY SECTOR

When analyzing concession agreements and shaping said agreements through historical period, it is observed that these agreements are developed because of the increase in energy sector needs and the failure of public to fulfill the investments required to meet these needs. Also, such contracts in the energy sector emerged - with the vast majority - on the ground on increase in demand and need for electrical energy, and in the direction of idea satisfaction of these needs through private sector investments. In other words, growth in needs of electrical energy caused the increase of concession agreements that are made and planned to be made.

A Build-Operate-Transfer practice constitutes an important place among the concession agreements. The initial legal example of said practice is the Law on Production, Transmission, Distribution and Trading of Electricity by the Organizations other than Turkey Electricity Authority numbered 3096 (“**Law No. 3096**”)¹⁸ enacted about production, transmission, and distribution of electricity.

With the Law numbered 3996 on Making Some Investments in Build-Operate-Transfer Model (“**Law No. 3996**”)¹⁹ where is the name of the model mentioned for the first time, many services and investments that require advanced technology and high financial resources are acknowledged to be constructed with Build-Operate-Transfer model and it is provided that many services will be installed and / or operated in this manner.²⁰

According to the article 5 of Law No. 3996 “*The contract, with the qualification that does not constitute a privilege and that is subject to the provisions of private law, shall be made between the administration and the stock corporation or foreign company.*”

IV. ENERJİ SEKTÖRÜNDE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

İmtiyaz sözleşmeleri ve imtiyaz sözleşmelerinin tarihsel süreç içerisinde şekillenmesi incelendiğinde bu sözleşmelerin gelişiminin enerji sektöründeki ihtiyaçların artması ve bu ihtiyaçların karşılanabilmesi için yapılması gereken yatırımların kamu tarafından tamamıyla yerine getirilememesi sebebiyle ortaya çıktığı gözlenmektedir. Enerji sektörü içerisinde de bu tarz sözleşmelerin -mutlak çoğunlukla- elektrik enerjisine duyulan talebin ve ihtiyacın artması ve bu ihtiyacın özel sektör yatırımları yoluyla giderilmeye çalışılması düşüncesi doğrultusunda şekillendiği ortaya çıkmaktadır. Diğer bir söylemle elektrik enerjisine duyulan ihtiyacın artması, yapılan ve yapılması planlanan imtiyaz sözleşmelerinin de sayısının artmasına sebep olmuştur.

Yap-İşlet-Devret uygulaması imtiyaz sözleşmeleri arasında önemli bir yer teşkil etmekte olup, söz konusu uygulamanın ilk yasal örneği elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konusunda çıkartılan 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’dur.¹⁸ (“**3096 sayılı Kanun**”)

İlk defa modelinin adının da kanunda geçtiği, 3996 sayılı Bazı Yatırımların Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun¹⁹ (“**3996 sayılı Kanun**”) ile birlikte ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren pek çok hizmet ve yatırımın Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılması kabul edilerek; pek çok hizmetin bu usulle kurulması ve/veya işletilmesi öngörülmüştür.²⁰

3996 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre; “*İdare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme yapılacaktır.*”

DİPNOT

1 30.03.2013 tarih, 28603 sayılı Resmî Gazete (RG).

2 **Kemal Gözler**, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2009, s.253.

3 **Onur Karahanogulları**, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, 45, 54.

4 **Metin Günday**, İdare Hukuku, 11. Baskı İmaj Yayıncılık, Ankara 2017, s.332.

5 **Recep Demir**, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Değerlendirme, (Erisim: 13.02.2018) <http://www.arem.gov.tr/kamu-hizmeti-kavrami-uzerine-bir-degerlendirmesi>

6 Anayasa Mahkemesi’nin 20.03.1996 tarihli, E.1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı.

7 **İlhan ÖZAY**, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996, s.256.

8 **Günday**, s. 172.

9 **Gözler**, s.68.

10 Anayasa Mahkemesi’nin 09.12.1994 tarihli, E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı.

11 **Erol Aslan**, “Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler

Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.8.

12 **Aslan**, s. 13.

13 **Gözler**, s. 425.

14 **Aslan**, s. 20.

15 **Gözler**, s. 426.

16 **Aslan**, s. 21.

17 **Gözler**, s. 426.



The legislator desired that the contracts to be made under the Law No. 3996 should not constitute concession but to be subject to the provisions of private law. The reason of this is in situations where contracts constitute concession, they shall be subject to the inspection of Council of State. The lawmaker has referred a norm in order to avoid disputes to be solved in the administrative court and to avoid supervision of State of Council.

The Constitutional Court revoked article 5 of Law No. 3096 that is referring contracts that don't constitutes concession under the Law No. 3096 and subject to the private law provisions with its decision dated 09.12.1994.²¹

According to the decision of Constitutional Court mentioned above “...*It is obvious that the build-operate-transfer method regulated by Law No. 3096 is the public service concessions and assignment and transfer of op-*

Görüldüğü üzere yasa koyucu 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyip özel hukuk hükümlerine tâbi olmasını istemiştir. Bunun sebebi olarak imtiyaz teşkil edeceğinin kabul edilmesi durumunda bu sözleşmelerin Danıştay denetiminden geçirilmek zorunda kalınacak olmasıdır. Hem uyumsuzlukların idare mahkemesi önünde çözülmesinin istenmemesi hem de Danıştay denetiminden çıkartılmak istenmesi amacıyla yasa koyucu bu doğrultuda bir norm sevk etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 09.12.1994 tarihinde vermiş olduğu bir kararla²¹ 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceğine ve özel hukuk hükümlerine tabi olacağına ilişkin söz konusu 3096 sayılı Kanun'un ek 5'inci maddesini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen kararı uyarınca; “...3096 sayılı Kanun ile düzenlenen yap-işlet-

eration right agreements made according to the law are public service concession agreements. Indeed, the method introduced by the law includes all the items of the privilege (concession). Law No. 3096 regulates the assignment of some domestic and foreign companies that has a stock corporation status under private law provisions, to electricity generation, transmission and distribution.”

The legislator has gone to make a constitutional amendment to overcome the obstacle of the attitude of the Constitutional Court; that the activities which enter into the field of administrative law and constitute the concession contract due to their characteristic cannot be removed from the administrative jurisdiction and that such regulations will be contrary to the Constitution.

Two (2) different sub articles has been added to the article 47 of Constitution with the Law numbered 4446 on Making Amendments in some Articles of the Republic of Turkey’s Constitution (“**4446 No. Law**”). It was stipulated under the said sub articles that the principles and procedures regarding the privatization of the enterprises and assets owned by the state, state economic enterprises and public entities are indicated by law and to determine by law that what type of investments and services carried out by the state, state economic enterprises and other public entities could be realized by and transferred to private or legal persons by private law contracts. The phrase “*Electricity generation, transmission, distribution and trading*”, that is conducted according to the Law No. 3096, has been added to article 2 of Law No.3996 with Law numbered 4493 on the Amendment of the Law on Realization of Certain Investments and Services by the Build-Operate-Transfer Model (“**Law No. 4493**”),²² and article 5, which is previous version stated above, was amended to “*The contract to be made between the administration and stock corporation or foreign company that is determined by Planning Council is subject to the private law provisions.*” In the general preamble of Law No. 4493, it is stated that: “*It is aimed for investments related to electricity generation, transmission, distribution and trading, which are similar to the investments and services mentioned in this Law and which require advanced technology and high financing, to be realized by private law contracts with domestic or foreign companies*”, also in the preamble of Article 5, it is stated that “*With the arrangement brought, the investments and services within the scope of the Law shall be made within the framework of the private law contracts in compliance with the amendment on Article 47 of the Constitution.*”

devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazlarından, yasaya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkı devir sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülmektedir. Gerçekten, yasa ile getirilen yöntem, ayrıcalığın (imtiyazın) tüm öğelerini içermektedir...3096 sayılı Kanun, özel hukuk hükümlerine bağlı sermaye şirketi statüsüne sahip kimi yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretim, iletim ve dağıtımını ile görevlendirilmesini düzenlemektedir.”

Anayasa Mahkemesi’nin; yasa koyucunun bir yasa ile idare hukuku alanına giren ve nitelikleri sebebiyle imtiyaz sözleşmesi teşkil eden faaliyetlerin idari yargı alanından çıkartılmasının mümkün olmadığı ve bu tarz düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olacağı yönündeki tutumu karşısında yasa koyucu bu engeli aşmak için bir anayasa değişikliği yapma yoluna gitmiştir.

4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’la (“**4446 sayılı Kanun**”) Anayasa’nın 47. maddesine iki (2) ayrı fıkra eklenmiştir. Söz konusu fıkralar kapsamında devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi ve devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeliyle Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair 4493 sayılı Kanun²² (“**4493 sayılı Kanun**”) ile 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesine 3096 sayılı Kanuna göre yürütülen “*elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret*” ibaresi eklenmiş, yukarıda değişiklik öncesi hali verilen 5. maddesi de “*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye Şirketi veya yabancı Şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.*” biçiminde değiştirilmiştir. 4493 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde “*Bu Kanun kapsamında sayılan yatırım ve hizmetlerin benzeri olan ve ileri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı Şirketlere özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılması hedeflenmiştir*”, 5. madde gerekçesinde de, “*Getirilen düzenleme ile Anayasa’nın 47’nci maddesi değişikliğine uyum sağlanarak, Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırılacağı belirtilmiştir.*” denilmektedir.”

It was reached to the conclusion that the legal nature of the contracts of having private legal person conduct, operate and transfer investments and services related to the “electricity generation, transmission, distribution and trading” carried out by public legal entities against the provisions and preamble of the amended 2nd and 5th articles of Law No. 3996 (amended by Law No. 4493), has been changed and has been subject to the provisions of private law.

However, the issue that needs to be carefully considered here, that after such amendments, the Build-Operate-Transfer contracts, that are in the nature of a public service concession agreement and made accordingly, can no longer be regarded as “public service concession agreements” in terms of positive law. Due to the change of the nature of these agreements and the noncompliance with the qualification of public service concession agreement because of the above stated amendments, the Council of State has no control over the Build-Operate-Transfer contracts. For this reason, there should not be a hesitation to say that lawmaker has reached its goal by Constitutional amendment.

V. EVALUATIONS OF EML PERIOD

Until 2001, while production, transmission and distribution activities in the energy sector and especially the electricity market were shaped in this direction, EML has entered into force. Permit (license) procedure has been accepted on having private person conduct electrical service with EML. Thus, concession method was abandoned in electricity generation, transmission, and distribution services.

“An electric energy market was set up with EML and in order to enable the legal entities to operate in the electricity market, a license (permit, permission) was obtained from the Energy Market Regulatory Authority established with EML and only in this way the electricity market operation method was adopted. The EML has abolished previous methods of conduct in the electricity market, and has envisaged a single procedure, which is permit procedure, for all electricity services.”²³

So, what is the legal nature of the licensing procedure envisaged in EML in the context of administrative law?

As it is mention above in introduction section, permit procedure is one of the methods of conducting public ser-

3996 sayılı Kanun’un 4493 sayılı Kanun’la değişik 2. ve 5. maddelerinin bu açık hükümleri ve gerekçesi karşısında, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen “elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti” ile ilgili yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk kişilerine yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin hukuki niteliği değiştirilerek özel hukuk sözleşmesi sayıldığı ve özel hukuk hükümlerine tabi kıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ancak burada üzerinde dikkatle durulması gereken husus, söz konusu bu değişikliklerden sonra, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan ve bu doğrultuda akdedilen Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin artık pozitif hukuk bakımından “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği,” bu sözleşmelerin söz konusu değişikliklerden sonra hukuki mahiyetinin değiştiği ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi nitelemesine uymaması sebebiyle de Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri üzerinde Danıştay’ın denetim yetkisinin kalmamasıdır. Bu sebeple, yasa koyucunun yaptığı anayasa değişikliği ile hedeflediği amaca ulaşabildiğini söylemekte bir sakınca yoktur.

V. EPK DÖNEMİ DEĞERLENDİRMELERİ

“2001 yılına kadar enerji sektörü ve özellikle elektrik piyasasında üretim, iletim ve dağıtım faaliyetleri bu gelişmeler doğrultusunda şekillenirken EPK yürürlüğe girmiştir. EPK ile elektrik hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde ruhsat(lisans) usulü kabul edilmiştir. Böylece elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinde imtiyaz yöntemi terk edilmiştir.

“EPK ile bir elektrik enerji piyasası oluşturulmuş ve tüzel kişiler elektrik piyasasında faaliyet gösterebilmek için yine EPK ile oluşturulan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’ndan lisans (ruhsat, izin) alma ve ancak bu şekilde elektrik piyasasında çalışma yöntemi benimsenmiş, böylece de elektrik hizmetleri 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkarılmıştır. EPK daha önceden elektrik piyasasında öngörülen görümlüş usullerini kaldırmış, tüm elektrik hizmetleri için tek bir usul, ruhsat usulünü öngörmüştür.”²³

Peki, EPK’da öngörülen lisans usulünün idare hukuku bağlamında hukuki niteliği nedir?

Yukarıda giriş bölümünde de belirtildiği gibi kamu hizmetinin gördürülüş usullerinden bir tanesi de ruhsat



vice. However, it should be noted that EML does not mention permit, but it mentions licenses that are to be given by the administration. At this point, it needs to be discussed if the license is different method from the permit.

According to the conservative definition, a permit is method of authorization of private sector legal entity in the field of public service. Notwithstanding, it needs to be paid attention to that it is stated in EML that public entities can be authorized also. In case of acceptance that public entities will also enter into the scope of the permit definition, it is widely accepted in the doctrine that the licensing system mentioned in the EML is not different from the permit that are used to conduct of the public services.

In conclusion, the method of making concession agreements has been abandoned because of being a heavily

yöntemidir. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki EPK'da ruhsattan değil, idare tarafından verilecek lisanslardan bahsedilmektedir. Bu noktada lisansın, ruhsattan farklı bir yöntem olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Klasik tanıma göre ruhsat, bir kamu hizmeti alanında özel hukuk tüzel kişilerini yetkilendirme yöntemidir. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki EPK'da kamu tüzel kişilerinin de yetkilendirilebileceği öngörülmüştür. Ruhsat tanımının kapsamına kamu tüzel kişilerinin de gireceğinin kabulü halinde, EPK'da öngörülen lisans sisteminin, kamu hizmetinin gördürülüş usullerinden olan ruhsattan hiçbir farkının olmadığı doktrinde büyük çoğunlukla kabul edilmektedir.

Sonuç olarak EPK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren ağır işleyen bir sistem olmasından şikayet edilen imtiyaz sözleşmeleri yapma usulü terk edilmiş, onun yerine

functioning system, and instead, the permit system that is the method of conducting public service has been adopted under the name of license.

According to the new regulations introduced by the EML, electricity production, transmission and distribution was separated from each other, subsequently distribution and production were privatized and transmission was monopolized by the state.

So, despite these innovations, is it still possible to evaluate electricity production, transmission and distribution as a public service?

It is observed that these activities are regarded as public services without any distinction between electricity production, transmission and distribution in light of the dated decisions of the high courts.

The Constitutional Court, mentioned in its decisions that activities related to production, transmission, and distribution of electricity are the public services. According to the Constitutional Court, activities related to electricity generation, transmission and distribution are public services because these activities are regular and continuous activities that have a target to meet the common needs of the public towards the public interest. Thus, in the decision of the Constitutional Court dated 26.03.1974, it was distinctly emphasized that electricity services are public services by stating *“fulfillment of needs of people such as water, electricity and gas is an important public services.”*²⁴

Although the previous jurisprudence before the EML has taken form in this direction, with the amendments brought by EML, it has started to approach with the suspicion to the acknowledgement of the fact that production, transmission and distribution, as a whole, constitutes public service.

lisans adı altında, kamu hizmetinin gördürülüş usullerinden olan ruhsat sistemi benimsenmiştir.

EPK'nın getirdiği yeni düzenlemelere göre, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı birbirinden ayrılmıştır ve akabinde dağıtım ve üretim özelleştirilmiş olup iletim ise devletin tekelinde kalmıştır.

Peki, bu yeniliklere rağmen hala elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımının bir bütün olarak kamu hizmeti şeklinde değerlendirilebilmesi mümkün müdür?

Konuya eski tarihli yüksek yargı kararları ışığında bakıldığında elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı arasında bir ayırım yapılmadan bu faaliyetlerin birer kamu hizmeti olarak nitelendirildiği gözlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında elektrik üretim, iletim ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre: Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1974 tarihli bir kararında, *“kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir”* denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.²⁴

EPK'dan önceki yargı içtihatları bu doğrultuda şekillenmiş olsa da, EPK'nın getirdiği değişiklikler ile üretim, iletim ve dağıtımın bir bütün olarak kamu hizmeti teşkil edeceğinin kabulüne şüpheyle yaklaşılmaya başlanmıştır.

Elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti yönü incelenirken her bir faaliyet alanını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Elektrik enerjisinin özel nitelikleri ele alınırken belirtildiği üzere bu faaliyet alanları farklı karakterleri bünyesinde barındırmaktadır. Doğal ola-

FOOTNOTE

¹⁸ Official Gazette dated 04.12.1984, numbered 18610.

¹⁹ Official Gazette dated 13.06.1994, numbered 21959.

²⁰ Aslan, pp. 40-41.

²¹ Decision of the Constitutional Court dated 09.12.1994, and numbered E.1994 / 43, K. 1994/42-2.

²² Official Gazette dated 22.12.1994, numbered 23914.

²³ Ebru Bilgin, “The Legal Regime of Electric Market Licenses”, University of Ankara Social Science Institution Department of Public Law Master Thesis, Ankara, 2010, p.57.

²⁴ Decision of the Constitutional Court dated 26.03.1974, and numbered E.1973 / 32, K. 1974/11.

²⁵ Yakup Gönen, An Evaluation of the Public Service Nature of Electricity Market Activities, (Access: 13.02.2018) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_12.pdf p. 372.

²⁶ Gönen, p.372.

²⁷ Gönen, p.373.

²⁸ Gönen, p.373.

When analyzing the public service aspect of electricity market activities, it is necessary to evaluate each scope of activity separately. As it is mentioned before, when it comes to address the special nature of electrical energy, these areas of activity encapsulate different characteristics. Intrinsically, the legal regimes that will be applied to them and the obligations that will be incurred on people who operate in the related areas will be different.²⁵

The obligations of the enterprises, which will conduct the transmission and distribution activities, that need to be in compliance with clearly stated in the legislation. These obligations are the obligations that will cause to the interruption of service when they are not fulfilled. Therefore, it can be reached to the conclusion that transmission and distribution of electricity market activities are have characteristic of public service.²⁶

However, in spite of the dominant view on the doctrine and the opposite decisions given by the Constitutional Court and the Council of State, there should be a hesitation on the opinion that suggests the activities of electricity generation and trade is a public service.²⁷

There are two (2) different reasons of this paradigm; the first reason is that the EML has included the rights and negative obligations of licensees rather, when it regulated production activities. The second reason is that some production activities are excluded from the license requirement.²⁸

Despite the view of doctrine saying that generation and trade of electricity is different from electrical transmission and distribution, and generation and trade is not a public service like transmission and distribution, some opposite views exist in doctrine.

rak, bunlara uygulanan hukuki rejim ve ilgili alanlarda faaliyet gösterecek kişilere getirilecek yükümlülükler de farklı olacaktır.²⁵

Mevzuatta iletim ve dağıtım faaliyetlerini yerine getirecek işletmelerin uyması gereken yükümlülükler açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde takdirde doğrudan hizmetin aksamasına sebep olacak nitelikte yükümlülüklerdir. Bu sebeple elektrik piyasası faaliyetlerinden iletim ve dağıtım işlerinin kamu hizmeti niteliğini taşıdığı sonucuna varılabilir.²⁶

Yalnız, gerek doktrindeki baskın görüş, gerekse Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın aksi yönde verilen kararlarına karşın, elektrik üretimine ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması görüşüne tereddütle bakılması gerekmektedir.²⁷

Bu yaklaşımın iki temel sebebi vardır: Birinci sebep, EPK'nın üretim faaliyetlerini düzenlerken daha çok, lisans sahibi kişilerin haklarına ve negatif yükümlülüklerine yer vermiş olmasıdır. İkincisi ise, bazı üretim faaliyetlerinin lisans zorunluluğu dışında bırakılmış olmasıdır.²⁸

Doktrinde bu şekilde, elektrik üretiminin ve ticaretinin; iletim ve dağıtımdan farklı olarak değerlendirilip, iletim ve dağıtım gibi kamu hizmeti niteliğini haiz olmadığı yönündeki görüşlere rağmen aksi görüşler de mevcuttur.

VI. SONUÇ

İmtiyaz sözleşmeleri, 1980 sonrası Türkiye ekonomisinin liberal atılımları ve hedeflenen büyüme rakamlarına ulaşmak amacıyla yapılan yatırımların ihtiyaç duyduğu enerji -özellikle elektrik- ihtiyacının özel sektör yatırımlarıyla karşılanmasını öngören düşünce doğrultusunda tekrar gündeme gelmiştir. Söz konusu ihtiyacın karşı-

DİPNOT

18 04.12.1984 tarih, 18610 sayılı Resmî Gazete (RG).

19 13.06.1994 tarih, 21959 sayılı Resmî Gazete (RG).

20 Aslan, s.40-41.

21 Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı.

22 22.12.1994 tarih, 23914 sayılı (RG).

23 Ebru Bilgin, "Elektrik Piyasasındaki Lisansların

Hukuki Rejimi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.57.

24 Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1974 tarihli, E 1973/32, K 1974/11 sayılı kararı.

25 Yakup Gönen, Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme, (Erişim:13.02.2018) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_12.pdf s. 372.

26 Gönen, s.372.

27 Gönen, s.373.

28 Gönen, s.373.

VI. CONCLUSION

After 1980s, concession agreements came to fore with an idea of having private sector make an investments to meet energy needs with the goal of reaching to development of targeted growth and liberal economy of Turkey. In order to meet the mentioned needs, the capital inflow to Turkey was aimed. Foreign investors hesitated to invest in Turkey because Build-Operate-Transfer contracts were subject to the Administrative Jurisdiction due to they had to be subject to the supervision of Council of State. A legislation that wanted to overcome this obstacle has referred a norm saying that agreements will not constitute a privilege and will be subject to the private law. However, this regulation was abolished by a Constitutional Court. In this case the lawmaker had to make a constitutional amendment in 1999 with the Law numbered 4446 which details are given above. In the result of this constitutional amendment, contracts that are made in accordance with Build-Operate-Transfer model, where public service is established, operated by private sector, and transferred to the administration free from all the debts, are subject to the provisions of private law and excluded from supervision of Council of State. ■

lanması amacıyla yabancı sermayenin de Türkiye'ye girişinin sağlanması amaçlanmıştır. Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin Danıştay denetiminden geçirilmek zorunda olması nedeniyle İdari Yargı'nın alanına girmesi yabancı yatırımcıyı Türkiye'ye yatırım yapmaktan geri bıraktıran sebeplerin başında gelmiştir. Bu engeli aşmak isteyen kanun koyucu bu sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceğine ve özel hukuka tabi olacağına yönelik norm sevk etse de bu düzenleme Anayasa Mahkeme'si tarafından iptal edilince bu sefer yasa koyucu yukarıda detayları verilen 4446 sayılı Kanunu ile 1999 yılında bir anayasa değişikliği yapmak zorunda kalmıştır. Bu anayasa değişikliği sayesinde kamu hizmetinin özel sektör tarafından kurulup, belirli bir süre işletilip ve sürenin sonunda tüm borçlardan âri şekilde idareye devredildiği Yap-İşlet-Devret modeli doğrultusunda yapılan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi kılınp Danıştay denetiminden çıkartılmıştır. ■

BIBLIOGRAPHY KAYNAKÇA

Ebru Bilgin, "Elektrik Piyasasındaki Lisansların Hukuki Rejimi (The Legal Regime of Electric Market Licenses)", University of Ankara Social Science Institution Department of Public Law Master Thesis, Ankara, 2010.

Erol Aslan, "Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği (Concession Agreement in Energy Sector Example of Çukurova-Kepez)", Gazi University Social Science Institution Department of Public Law Administration Law Department, Master Thesis, Ankara, 2010.

İlhan Ozay, *Günlüğünde Yönetim (Management under Daylight)*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996.

Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Administration Law)*, 2nd Edition, Ekin, Bursa, 2009.

Metin Günday, *İdare Hukuku (Administration Law)*, 11th Edition, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017.

Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim) (Public Service (Concept and Legal Regime))*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Recep Demir, *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Değerlendirme (Consideration on Public Service Concept)*, (Last Access: 13.02.2018) <http://www.arem.gov.tr/kamu-hizmeti-kavrami-uzerine-bir-degerlendirmesi>.

Yakup Gönen, *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme (An Evaluation of the Public Service Nature of Electricity Market Activities)*, (Access: 13.02.2018) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_12.pdf.

Ebru Bilgin, "Elektrik Piyasasındaki Lisansların Hukuki Rejimi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Erol Aslan, "Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

İlhan ÖZAY, *Günlüğünde Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996.

Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2009.

Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı İmaj Yayıncılık, Ankara 2017.

Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

Recep Demir, *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Değerlendirme*, (Erişim Tarihi: 13.02.2018) <http://www.arem.gov.tr/kamu-hizmeti-kavrami-uzerine-bir-degerlendirmesi>.

Yakup Gönen, *Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme*, (Erişim:13.02.2018) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_12.pdf.