

The Nature of the Utilization Rights Agreement Concluded with Administration Under the RERS Incentive Model - Evaluation with the Transformation of BOT Agreements -

YEKA Kapsamında İdare ile
Akdedilen Kullanım Hakkı
Sözleşmesinin Mahiyeti
- YİD Sözleşmelerinin Mahiyetindeki
Dönüşüm ile Birlikte Bir Değerlendirme -

ABSTRACT

In this article, the debates on whether the legal nature of the utilization rights agreement concluded with the administration is a private law contract or an administrative contract is addressed within the context of the RERS incentive model, which is put into practice in order to meet Turkey's increasing electricity demand and reduce dependence on foreign energy sources through domestic electricity resources and also to benefit from available renewable energy potential. The historical process related to the legal nature of the contract concluded with administration in the BOT model, which has been implemented in Turkey for a long time, is also described in this article and thereby it has been tried to shed light the discussions in the RERS model.

KEYWORDS: Renewable Energy Resource Sites (RERS), Built-Operate-Transfer (BOT), administrative contract, private law contract of the administration, public service

I. INTRODUCTION

THE CONTRACTS CONCLUDED WITH THE ADMINISTRATION for the public service to be provided by private persons are divided into two categories, as administrative contracts and private law contracts of the administration. It is accepted in the doctrine that the elements of administrative contracts as follows; one of the parties shall be the administration, the subject of the contract shall be a public service and the administration is superior and privileged compared to the other side of the contract.¹ The establishment and/or operation of the public service to be provided by the private enterprises in order to provide public activities and services, which are suitable for conducting in a special form of administration is called a concession, contracts made for this purpose are also called the "concession agreements".

The determination of the legal nature of the utilization right agreement, which is concluded with the administration in order to put the Renewable Energy Resource Sites (RERS) incentive model into practice, has utmost

ÖZET

Bu makalede Türkiye'nin artan elektrik enerjisi ihtiyacının yerli enerji kaynaklarından karşılanması ve mevcut yenilenebilir enerji potansiyelinden faydalanarak enerjideki dışa bağımlılığın azaltılması amacıyla hayata geçirilen YEKA teşvik modelinde idare ile akdedilen kullanım hakkı sözleşmesinin hukuki mahiyetinin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğuna dair tartışmalara değinilmiştir. Türkiye'de uzun süredir uygulanagelen Yap-İşlet-Devret modelinde idarenin akdettiği anlaşmanın hukuki mahiyetine ilişkin tarihsel süreç de makalede anlatılarak YEKA teşvik modelindeki tartışmalara ışık tutulmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları (YEKA), Yap-İşlet-Devret (YİD), idari sözleşme, idarenin özel hukuk sözleşmesi, kamu hizmeti

I. giriş

KAMU HİZMETİNİN ÖZEL KİŞİLER ELİYLE GÖRDÜRÜLMESİ için idarelerin akdettikleri sözleşmeler idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır. İdari sözleşmelerin unsurlarının taraflardan birinin idare olduğu, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olduğu ve idarenin karşı tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı konumda olduğu doktrinde kabul edilmektedir.¹ Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin özel teşebbüse gördürülebilmesi adına kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin idari sözleşme ile özel kişilere gördürülmesine imtiyaz, bu amaçla yapılan sözleşmelere de "imtiyaz sözleşmesi" denir.

Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları (YEKA) teşvik modelinin hayata geçirilmesi için idare ile akdedilen kullanım hakkı sözleşmesinin hukuki mahiyetinin tespiti, en temel noktasında, proje riskinin yatırımcı ile idare arasında paylaşılabilmesi adına önem arz etmektedir. Bu bağlamda, Yap-İşlet-Devret ("YİD") modelinin tarihsel



importance for sharing the project risk between the investor and the administration. In this context, discussions on the nature of Built-Operate-Transfer (“BOT”) contract in the historical development process of the BOT model gives a clue to the solution point of current debates on the nature of the utilization rights agreement under the RERS incentive model.

II. BOT MODEL AND THE NATURE OF BOT AGREEMENTS

A. BOT Model

Turkey is acquainted with BOT model, which has been implemented in international arena, particularly in the developing countries for a long time was realized in 1984, and BOT is technically defined as that “it is an administrative regime that provides constitution of public services and public works by covering its costs and the transfer and delivery of the facility and management to the

gelişim sürecinde YİD sözleşmesinin mahiyetine ilişkin yapılan tartışmalar, YEKA teşvik modeli kapsamındaki kullanım hakkı sözleşmelerinin mahiyetine ilişkin günümüzdeki tartışmaların çözüm noktasına ilişkin ipucu verecektir.

II. YAP - İŞLET - DEVRET MODELİ VE YİD SÖZLEŞMELERİNİN MAHİYETİ

A. YİD Modeli

Uluslararası arenada, özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından uzun süredir uygulanmakta olan teknik anlamıyla “bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir idari rejimdir” şeklinde tanımlanan² YİD modeli ile Türkiye’nin tanışması 1984



related public administration or institution free of charge, after depreciation and profit of the capital invested by a private enterprise for a certain period of time.² In the following years, especially as a result of the acceleration in Turkey's transition to liberal economic order, conversion of the government's interventionist/controller approach and transformation into more supervisory position in the economic context, the scope of activities of the private sector have expanded to the fulfilment of certain public services by private persons. However, the widespread implementation of the BOT model as an indispensable model for large-scale public investments has started in the 2000's.

B. Transformation of BOT Agreements in terms of Legal Nature

The implementation of BOT model was first introduced in the legal regulation by Law on the Assignment of Enterprises Other Than Turkish Electricity Authority Regarding Electricity Production, Transmission, Distribution and Trade ("**Law No.3096**") dated 12.04.1984 and

yılında gerçekleşmiştir. Takip eden yıllarda, bilhassa Türkiye'nin liberal ekonomik düzene geçişinin hızlanması, ekonomik bağlamda devletin müdahaleci/kontrolcü yapısının değişmesi ve daha çok denetleyici konuma gelmesinin bir sonucu olarak özel sektörün faaliyet sahası, belirli kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilmesine kadar genişlemiştir. Ancak YİD modelinin tam anlamıyla olgunlaşması ve büyük kamusal yatırımlar için vazgeçilmez bir model olarak yaygın bir şekilde uygulanmasına 2000'li yıllarda başlanmıştır.

B. YİD Sözleşmelerinin Mahiyet Açısından Dönüşümü

YİD modelinin uygulanmasına ilişkin ilk yasal düzenleme olarak nitelendirebileceğimiz 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ("**3096 sayılı Kanun**") ile elektrik enerjisi alanında özel sektörün faaliyette bulunabilmesinin yolu açılmıştır. 1990'lı yıllarda ise kamu altyapı yatırımlarına finansman bulma

numbered 3096, which have enabled the private sector to operate in the field of electricity energy. As a shortage of financing for public infrastructure investments increased in the 1990's, the idea of enacting a law that could be applied in a more general framework regarding BOT came to the agenda.³ During the ongoing process, an amendment was made in the Law No. 3996 has been made with the phrase of "Electricity Generation, Operation, Distribution and Trade" reflecting that the contracts between the parties shall be subject to the provisions of "private law".⁴

The contracts regarding the electricity power plants based on the BOT model under the Law No. 3096 are considered as a "concession agreement" as per the Constitutional Court's decision numbered 1995/42-2 and the provision of Article 5 of the Law No. 3996 concerning that the generation of energy by the private sector shall not constitute a concession has been cancelled by the Constitutional Court's decision number 1995/23.⁵ In the aforementioned decisions, the Constitutional Court has made a legal precedent that the essence of the service shall be considered in order to determine whether the concerning public service is a concession or not and even if there is a regulation with the provision of the law in this respect, that provision shall be evaluated by looking at the elements of public service and concession. As a consequence, until the year of 1999 the Constitutional Court has upheld that since the contracts concluded under BOT model shall be qualified as a concession agreement in terms of the nature of the contracts, that was an administrative contract by nature and it could not be subject to a private law regime and also it was not possible to conclude arbitration agreement because disputes shall be resolved before the administrative court.

In the face of the quite positivist approach of the Constitutional Court, Article 47 of the Constitution was amended by Law No.4446 dated 08.13.1999 and this provision was added as a fourth paragraph: "*those investments and services carried out by the State, state economic enterprises and other public corporate bodies, which could be performed by or delegated to persons or corporate bodies through private law contracts shall be determined by law*", by with the addition of this provision to the Constitution, the constitutional basis for the fulfilment of public services to private legal persons by private law contracts has been established, on the condition that it is stated by the law. After the constitutional amendment, the legal obstacles preventing the agreements,

sıkıntısı daha da artınca, YİD konusunda daha genel bir çerçevede uygulanabilecek bir yasanın çıkarılabilmesi fikri gündeme gelmiştir.³ Takip eden süreçte, 3996 sayılı Kanun'da değişikliğe gidilerek "Elektrik Üretim, İşletim, Dağıtım ve Ticareti" ibaresi ile taraflar arasında yapılacak sözleşmelerin "özel hukuk" hükümlerine tabi tutulacağı yönünde bir düzenleme yapılmıştır.⁴

3096 sayılı Kanun çerçevesindeki YİD modeline dayanan elektrik enerjisi santrallerine dair sözleşmeler, Anayasa Mahkemesi'nin 1995/42-2 kararı uyarınca "imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmiş ve 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki enerjinin özel sektör tarafından üretilmesinin imtiyaz teşkil etmeyeceğine ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 1995/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.⁵ Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararlarda, bir kamu hizmetinin imtiyaz olup olmadığı noktasında hizmetin niteliğine bakılması gerektiğini ve bu konuda kanun hükmü ile bir düzenleme bulunsa dahi kamu hizmeti ve imtiyazın unsurlarına bakılarak değerlendirme yapılması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi YİD modeli kapsamında akdedilen sözleşmelerin niteliği bakımından imtiyaz sözleşmesi olması sebebiyle bir idari sözleşme olduğunu ve özel hukuk rejimine tabi tutulamayacağını ve tahkim yolunun kapalı olduğunu çünkü uyuşmazlıkların idari yargı önünde çözülmesi gerektiğini 1999 yılına kadar savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin oldukça pozitivist yaklaşımı karşısında, 13.08.1999 tarihli 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. Maddesinde değişikliğe gidilmiş ve dördüncü fıkraya olarak "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir*" hükmü eklenerek, kanunda belirlenmesi şartıyla kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülebilmesinin anayasal temeli oluşturulmuştur. Söz konusu Anayasa değişikliğinden sonra YİD modeli çerçevesinde akdedilen sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olmasını engelleyen yasal engeller ortadan kalkmış ve 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde olduğu gibi çeşitli kanunlarda YİD sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu hükmüne yer verilmiştir. Böylece YİD modeli kapsamında akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliğinin açıkça "yasayla niteleme" metoduna dayanılarak özel hukuka tabi olacağı ve YİD sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargı önüne geleceği veya tarafla-

concluded under the BOT model, from being subject to the private law regime have been eliminated and as in Article 5 of Law No.3996, in various laws it is stated that BOT agreements are subject to the provisions of private law. By this way, the legal nature of the agreements concluded under the BOT model shall be subject to private law on the basis of the “method of qualification by law” and put an end without giving rise to, the disputes arising from the BOT agreements shall be brought to the judicial courts or the parties are able to resolve the disputes through arbitration by agreement.

III. RENEWABLE ENERGY RESOURCE SITES MODEL AND THE NATURE OF RERS AGREEMENTS

A. RERS Incentive Model

The most concrete example of how great importance Turkey attaches to renewable energy investments is the Renewable Energy Sources Sites (“RERS”) investment model. The RERS is a model that promotes acceleration of renewable energy investments and the development of domestic production-based renewable energy industry on the basis of incentive and investment mechanism. After all, the RERS incentive model is not only renewable energy policy and investment project, but also a multidimensional and pioneering model which includes domestic production, employment, industrialization, R&D activities and sustainable development.

The three (3) essential characteristics of the RERS incentive model are: incentives in the sale of electricity, the condition of domestic production and employment and the necessity of R&D activities in addition to electrical technology and energy production activities.

1. Incentive Regarding Electricity Sales

One of the most significant opportunities the RERS model provides to the investor is to ensure the sale of the generated electricity. Accordingly, the RERS investor shall benefit from Renewable Energy Resources Support Mechanism (“RERSM”) which is one of the incentive systems to support electricity generation and also investor shall be evaluated within the scope of feed-in-tariff that guarantees to purchase electricity at fixed price for a certain period of time.⁶ By means of the RERSM mechanism in the first installation, the generated electricity shall be purchased for the period specified in the specification prepared by the administration and

rın anlaşmasıyla tahkim yoluyla çözülebileceği yönünde hiçbir tereddütte mahal vermeyecek şekilde tartışılmalara son nokta konulmuştur.

III. YEKA TEŞVİK MODELİ VE İDARE İLE AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN MAHİYETİ

A. YEKA Teşvik Modeli

Türkiye'nin yenilenebilir enerji yatırımlarına atfettiği önemin en somut örneği Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları (“YEKA”) teşvik modelidir. YEKA teşvik ve yatırım mekanizması temelinde yenilenebilir enerji yatırımlarını arttırmayı ve yerli üretime dayalı yenilenebilir enerji sanayisinin gelişimini de teşvik eden bir modeldir. Netice itibarıyla, YEKA teşvik modeli, yenilenebilir enerji politikası ve yatırım projesi olmakla kalmayıp aynı zamanda yerli üretimi, istihdamı, sanayileşmeyi, AR-GE faaliyetlerini ve sürdürülebilir kalkınmayı da içeren çok boyutlu ve öncü bir modeldir.

YEKA teşvik modelinin, üç (3) ana karakteristik özelliği şunlardır: elektrik satışındaki teşvik, yerli üretim ve yerli istihdam şartı ve elektrik teknolojisi ve enerjisi üretim faaliyetlerinin yanında ARGE faaliyeti yapılması zorunluluğudur.

1. Elektrik Satışındaki Teşvik

YEKA modelinin yatırımcıya sağladığı en önemli imkânlardan biri üretilen elektrik enerjisinin satışının güvence altına alınmasıdır. Buna göre, YEKA yatırımcısı elektrik üretimini destekleyen teşvik sistemlerinden biri olan ve yenilenebilir enerji üreticilerine belli bir süre sabit fiyattan elektrik alım garantisi verilen sabit fiyat tarifesi (feed-in-tariff)⁶ kapsamında değerlendirilebilecek Yenilenebilir Enerji Kaynakları Destekleme Mekanizması'ndan (“YEKDEM”) faydalanacaktır. İlk kurulumdaki YEKDEM mekanizması sayesinde, idare tarafından hazırlanan şartnamede belirtilen süre boyunca ve YEKA kullanım hakkı sözleşmesinde yer alan fiyat üzerinden üretilen elektrik enerjisi satın alınacaktır.⁷ Örneğin, Konya Karapınar'da inşa edilecek olan dünyanın en büyük güneş enerjisi santrali ihalesini Kalyon-Hanwha Group Konsorsiyum, kilovatsaat başına verdiği en düşük teklif olan altı dolar doksan dokuz cent (6,99 dolar/cent) ile kazanmıştır. Karapınar'da kurulacak olan bin (1000) MW santralden üretilen elektrik enerjisi on beş (15) yıl boyunca teklif verilen alım garantisi fiyatı üzerinden karşılanacaktır.



at the price included in the utilization rights agreement.⁷ For example, Kalyon-Hanwha Group Consortium won the world's largest solar power plant tender, which shall be constructed in Konya/Karapınar, with the lowest bid of six dollars ninety nine cents (6.99 dolar/cent) per kilowatt hour. The electricity generated from the thousand (1000) MW power plant to be constructed in Karapınar shall be covered by the purchase guarantee price offered for fifteen (15) years.

2. Domestic Production Condition

The investor shall use the components manufactured in its domestic production facility with the principles specified in the specification, in the whole plant which is built under the RERS project in accordance with the method of Allocation in Exchange for Domestic Production (“AEDP”). On the other hand, the investor shall use domestic equipment which have a local rate in accordance with the principles specified in the specification for

2. Yerli Üretim Şartı

YEKA teşvik modelinde yatırımcı, Yurt İçinde Üretim Karşılığı Tahsis (“YÜKT”) usulüyle yapılan YEKA projesinde santralin tamamında şartnamede belirlendiği şekliyle yurt içindeki üretim tesisinde imal ettiği aksamaları kullanmalıdır. Diğer yandan, Yerli Malı Kullanım Karşılığı Tahsis usulüyle yapılan YEKA projesinde ise yatırımcı, santralde şartnamede belirtilen esaslara uygun yerlilik oranına sahip yerli malı aksamı kullanmalıdır.

3. AR-GE Faaliyeti

09.10. 2016 tarih, 29852 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmelik'i (“Yönetmelik”) uyarınca YÜKT kapsamında başvuru yapacak yatırımcılar, yıllık AR-GE planı çerçevesinde AR-GE faaliyetlerini sürdürmek zorundadır.⁸ Sözleşmenin imzalanmasından sonra AR-GE faaliyetlerine ivedilikle başlanması için bir AR-



the RERS project pursuant to the method of Allocation in Exchange for the Use of Domestic Products.

3. R&D Activities

According to the 10.09.2016 dated, 29852 numbered Regulation on Renewable Energy Source Areas (“**Regulation**”), the applicants who applies within the scope of the AEDP method shall carry out R&D activities within the framework of the annual R&D plan.⁸ After the signing the utilization right agreement, an R&D center shall be established to start R&D activities urgently. The minimum duration and conditions for R&D activities are determined by the specification.

GE merkezi kurulması gerekmektedir. AR-GE faaliyetlerinin yapılacağı asgari süre ve koşullar şartname ile belirlenmektedir.

B. YEKA Teşvik Modeli Kapsamında İdare ile Akdedilen Sözleşmenin Mahiyeti

1. Özel Hukuk Sözleşmesi Tartışmaları

YEKA teşvik modeli kapsamında idare ile akdedilen sözleşmelerin 3996 Sayılı Kanun kapsamında olduğu söylenemeyeceği gibi bu sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden olduğu da söylenemeyecektir. Zira Anayasa'nın 47/4. maddesinde yapılan değişikliklerle

B. THE NATURE OF THE UTILIZATION RIGHTS AGREEMENT CONCLUDED WITH ADMINISTRATION WITHIN THE SCOPE OF RERS INCENTIVE MODEL

1. Discussions on Private Law Contracts

Under the RERS incentive model, it cannot be said that the agreement concluded with the administration is within the scope of the Law No. 3996. Additionally, we cannot claim that this agreement is private law contracts of the administration because with the amendments made in the Article 47/4 of the Constitution, the investment/agreements to be conducted to the private persons through private law contracts shall be determined by law. There is no provision in the Law On Utilization Of Renewable Energy Sources For The Purpose of Generating Electrical Energy Law No.5346 (“**Law No.5346**”) and 05.10.2005 dated Law on Utilization of Renewable Energy Sources for the Purpose of Generating Electrical Energy, which is a reference law for the Regulation that the contracts concluded with the administration is a private law contract.

2. Discussions on Administrative Contracts

Whether the agreements concluded with the administration in the context of YEKA incentive model are administrative agreements or not shall be evaluated. The term which is the first of the three components of the administrative agreements that requires at least one of the parties is the administration is ensured in the agreements concluded within the scope of YEKA incentive model. We are of the opinion that the condition of superior position of the administration (authority to practice public power) which is one of the elements of the administrative agreements, is also ensured hence the agreement is drawing up and conducting by the administrations. One another requirement of the administrative agreements is that the “subject of the agreement shall be public service”.

a. Is RERS a Public Service?

Although the concept of public service is used as one of the basic concepts of administrative law in various articles of the Constitution and several laws, it does not have a constitutional or legal definition.⁹ In the doctrine, it is stated that instead of doing a single evaluation, electricity sector activities (electricity generation, transmission,

özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine gör-dürülecek yatırım/sözleşmeler kanunla belirlenebilecektir. Yönetmelik'in dayanak kanunu olan 5346 sayılı ve 10.05.2005 tarihli Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'da YEKA teşvik modeli kapsamında idareler ile imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

2. İdari Sözleşme Tartışmaları

YEKA teşvik modeli kapsamında idare ile akdedilen sözleşmelerin idari sözleşme olup olmadığı değerlendirilmelidir. İdari sözleşmelerin üç unsurundan ilki olan taraflardan en az birinin idare olması şartı YEKA teşvik modeli kapsamında imzalanan sözleşmelerde sağlanmaktadır. Sözleşme'nin idareler tarafından hazırlanıyor olması ve idare tarafından yürütülüyor olması sebebiyle idari sözleşmelerin unsurlarından olan idarenin üstün konumda olması (kamu gücünü kullanması) şartının da sağlandığı kanaatindeyiz. İdari sözleşmelerin diğer bir unsurunun “sözleşme konusunun kamu hizmeti olması”dır.

a. YEKA Kamu Hizmet midir?

Kamu hizmeti kavramının, idare hukukunun temel kavramlarından biri olarak Anayasa'nın çeşitli maddelerinde ve birçok kanunda kullanılmasına rağmen anayasal veya yasal bir tanımı bulunmamaktadır.⁹ Doktrinde, elektrik sektörü faaliyetlerinin (elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti) tek bir değerlendirme yapmak yerine her bir faaliyet türü için ayrı değerlendirme yapılması gerektiği ve elektrik iletim ve dağıtım faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilirken elektrik üretimi ve ticareti faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁰ Bu görüşlere göre elektrik üretiminin kamu hizmeti olmamasının sebepleri olarak başlıca şu hususlar sayılmıştır:¹¹

i. İdarenin Süreci ve Fiyatı Denetlemesi: Doktrinde, bir elektrik piyasası faaliyetinin kamu hizmetini gördürme vasfını haiz olması için bir denetim vasıtası ile yerindelik denetiminin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak elektrik üretim lisanslarının idareye, iletim ve dağıtım faaliyetlerindeki gibi denetim yetkisi vermemesi ve elektrik üretim ücret tarifesinin idare tarafından belirlenmemiş olması nedeniyle elektrik üretimi kamu hizmeti olarak görülmemiştir.

distribution and trade) should be evaluated separately for each type of activity and electricity transmission and distribution activities should be considered as public services, while electricity generation and trade activities should not be considered as public services.¹⁰ According to these views in the doctrine, the followings are the main reasons why electricity generation is not accepted as public service.¹¹

i. Administration's Supervision on Process and Price:

In the doctrine, it is stated that for an electricity market activity to be vested with the feature to be carried out through a supervision to ensure that the civil service has the qualification of public service. However, electricity generation is not deemed a public service for the reasons the electricity generation licences do not grant the authority to supervise as it grants for the transmission and distribution activities and the electricity generation price tariff is not determined by the administration.

ii. Financial Aids Provided in return for Public Service Obligations:

By virtue of the equality principle in the public burden, which is one of the principles of administrative law, it is stated that the tariffs of the companies which transmit and distribute shall be determined in such a way that "enables the obtainment of a reasonable return" or incentives shall be provided to these companies for performing public service; however these situations do not apply to electricity generation and trade.

iii. In Respect to Equality and Objectivity Principles:

In the doctrine it is stated that if any production plant generates more or less electricity than

ii. Kamu Hizmeti Yükümlülüklerinin Karşılığında Sağlanan Mali Yardımlar: İdare hukukunun ilkelerinden olan kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi gereği iletim ve dağıtım yapan şirketlerin tarifelerinin "makul bir getiri elde edilmesine izin verecek" şekilde belirleneceği veya bu şirketlere, kamu hizmetini yeri getirdikleri için teşvikler verildiği; aynı durumun elektrik üretimi ve ticareti için geçerli olmadığı belirtilmiştir.

iii. Eşit ve Nesnellik İlkesi Bakımından: Doktrinde, elektriğin depolanamamasından dolayı, herhangi bir üretim tesisinin beklenenden az veya fazla elektrik üretmesi halinde diğer üretim tesislerindeki elektrik üretiminin daha fazla veya daha az yapılacağı; bu sebeple elektrik üretiminin eşit ve nesnel bir faaliyet olmadığı belirtilmektedir.

Doktrinde, elektrik üretimi faaliyetinin kamu hizmeti olmadığı yönündeki yukarıdaki görüşlerin yanında, elektrik üretimi faaliyetinin kamu hizmeti olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Şanlı'ya göre, elektrik üretim şirketlerinin, lisansları kapsamındaki yükümlülükleri uymak zorunda olmaları ve lehlerine kamulaştırma yapılmasını talep etme haklarının olması sebebiyle elektrik üretiminin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹² Bir diğer görüşte Çakmak, "*Devlet kendisi üretmese bile enerji üretiminin içerisinde denetleyici ve düzenleyici olarak yer almaktadır. Bu kaçınılmaz bir zorunluluktur*"¹³ demek suretiyle elektrik üretiminin de dahil olduğu elektrik sektörü faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

FOOTNOTE

1 Turgut Tan, İdare Hukuku, Updated 6th Edition, Ankara 2017, p.304-308.

2 Lütfi Duran, "Yap-İşlet-Devret", SBF Journal Presented to Professor Muammer Aksoy, VLVI January-June 1991, p. 150.

3 Mehmet Tank, "Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri", Justice Academy of Turkey Journal, January 2011, Volume 2, Issue 4, p.528.

4 Mehmet Tank, "Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri", Justice Academy of Turkey Journal, January 2011, Volume 2, Issue 4, p.528.

5 Tank, p.530.

6 N.Münci Çakmak, İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, 1st Edition, Ankara February 2018, p.146.

7 Regulation on Renewable Energy Source Areas dated 09.10.2016 numbered 29852 (Regulation), Article 14.

8 Regulation, Article 15.

9 Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1st Edition, Ankara 2010, p.1

10 Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1st Edition, Ankara 2010, p.86.

11 Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1st Edition, Ankara 2010, p.86-122

12 Yeliz Şanlı, "Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti", Mülkiye Journal, Volume XXXI, Issue 254, p.62,63.

13 N.Münci Çakmak, "İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji", Seçkin Publications, 1st Edition, p. 134.

14 Constitutional Court, 1.12.1994 dated and numbered E.1994/43, K. 1994/42-2, AMKD, Issue 31, Volume 1, p.301.

the expected due to the fact that electricity cannot be stored, electricity generation in other production plants shall be more or less; therefore, electricity generation is not an equal or objective activity.

In the doctrine, in addition to the foregoing opinions in the direction that electricity generation activity is not a public service, there are also opinions defending that electricity generation activity is a public service. According to Şanlı, electricity generation should be considered as a public service hence electricity generation companies should comply with the obligations under their licenses and have the right to request expropriation in their favour.¹² Another opinion by Çakmak emphasizes that electricity sector activities, including the electricity generation, shall be considered as public service by stating that *“Even if the state does not generate itself, it is involved in the energy generation as a supervisor and regulator. This is an inevitable necessity.”*¹³

The Constitutional Court stated that in addition to formal and material elements, the nature of an activity is also important in order to determine whether it is a public service or not.¹⁴ Accordingly, whether or not the subject of the agreements is a public service should be evaluated considered separately in terms of the nature of the agreements. Furthermore, it is stated in a Constitutional Court decision in 1994 that *“(a)ctivities related to electricity generation, transmission and distribution are public services. In that these activities are regular and continuous activities which are directed to the public interest and devoted to meet the common needs of the society.”*

Anayasa Mahkemesi, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirlemek için biçimsel ve maddi unsurların yanında niteliğinin de önem arz ettiğini belirtmiştir.¹⁴ Buna göre, yapılan sözleşmelerin konusunun kamu hizmeti olup olmadığı sözleşmelerin niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin 1994 yılında vermiş olduğu bir kararda; *“elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”* denilmektedir.

IV. SONUÇ

YİD sözleşmeleri açısından tarihsel olarak geçirilen süreçte Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti ve idari sözleşmeler ile ilgili pozitivist yorumu, dönemin iktisadi ihtiyaçlarına cevap vermediği için yasama organı tarafından 1999 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği sayesinde aşılmış ve YİD kapsamında gerçekleştirilen yatırımların özel hukuk hükümlerine tabi olmasını sağlayan hukuki zemin oluşturulmuştur. YEKA teşvik modeli kapsamında idare ile akdedilen kullanım hakkı sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme ne 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'da ne de 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda bulunmamaktadır. Dolayısıyla, YEKA teşvik modeline ilişkin mevzuatta kullanım hakkı sözleşmesinin hukuki niteliği açıkça düzenlenmediği için tıpkı YİD sözleşmeleri için 1990'lı yıllarda kamu hizmeti, idari sözleşmeler ve imtiyazlar açısından yapılan tartışmaların, YEKA teşvik modelinin hukuki mahiyeti bakımından da yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Buna mukabil, kullanım hakkı sözleş-

DİPNOT

1 Turgut Tan, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara 2017, s.304-308.

2 Lütfi Duran, “Yap-İslet-Devret”, SBF Dergisi Profesör Muammer AKSOY' a Armağan, VLVI Ocak-Haziran 1991, s. 150.

3 Mehmet Tank, “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2011, C.2, S.4, s.528.

4 Mehmet Tank, “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2011, C.2, S.4, s.528.

5 Mehmet Tank, “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2011, C.2, S.4, s.530.

6 N.Münci Çakmak, İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, 1. Baskı, Ankara Şubat 2018, s.146. 7 09.10. 2016 tarih, 29852 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği (Yönetmelik), m.14.

8 Yönetmelik, m.15.

9 Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1. Baskı, Ankara 2010, s.1.

10 Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1. Baskı, Ankara 2010, s.86.

11 Çağdaş Evrim Ergün, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1. Baskı, Ankara 2010, s.86-122

12 Yeliz Şanlı, “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, Mülkiye Dergisi, c. XXXI, sayı 254, s.62,63

13 N.Münci Çakmak, “İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji”, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, s. 134

14 Anayasa Mahkemesi, T.1.12.1994, E.1994/43, K. 1994/42-2, AMKD, Sayı 31, Cilt 1, s.301.

IV. CONCLUSION

In the past period of Turkish history, in terms of the BOT contracts, positivist interpretation of the Constitutional Court on public service and administrative contracts has been overcome by virtue of the constitutional amendment by the legislative body in the year 1999, since the constitution did not meet the economic needs of the period and a legal basis that ensures the investments implemented in scope of BOT are subject to the provisions of private law has been formed. Neither in the Law No. 5346 nor in Electricity Market Law Law No. 6446 there is a clear regulation whether utilization rights agreement concluded with the administration is subject to private law provisions or not, within the scope of the RERS incentive model. Therefore, since the legal nature of the utilization rights agreement is not clearly regulated under the legislation regarding RERS incentive model, there occurred a requirement to discuss the legal nature of the RERS incentive model, just as the discussions made for the BOT agreements with regards to public service, administrative contracts and concessions in 1990's. On the other hand, in order to come to a conclusion that the utilization rights agreement is a concession agreement and therefore should be qualified as an administrative agreement, the question of whether the electricity generation activity alone constitutes a public service remains insufficient. Likewise, considering the necessity of conducting R&D activities and local and high technology production (necessity to establish a factory) within the scope of the RERS incentive model, it is necessary to increase the number of legal reviews and debates specific to the RERS incentive model in academic sense and thus lead to judicial and legislative guidance. ■

mesinin bir imtiyaz sözleşmesi mahiyetinde olduğunu ve bu nedenle idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varmak için elektrik üretimi faaliyetinin tek başına kamu hizmeti teşkil edip etmediği tartışması yetersiz kalmaktadır. Zira YEKA teşvik modeli kapsamındaki yerli ve yüksek teknoloji üretim şartı (fabrika kurma zorunluluğu) ve AR-GE faaliyetlerinin yürütülmesi zorunluluğu göz önüne alınarak, akademik anlamda YEKA teşvik modeline özgü hukuki inceleme ve tartışmaların çoğaltılması ve böylece yargıya ve yasamaya yol gösterilmesi gerekmektedir. ■

BIBLIOGRAPHY

- Çağdaş Evrim Ergün**, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1.Edition, Ankara 2010.
- Lütfi DURAN**, "Yap-İslet-Devret", SBF Dergisi Profesör Muammer AKSOY' a Armağan, VLVI Ocak-Haziran 1991.
- Mehmet Tank**, "Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri", Journal of Turkish Justice Academy, January 2011, Vol.2, Issue.4.
- N.Münci Çakmak**, İdari Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, 1.Edition, Ankara February 2018.
- Turgut Tan**, İdare Hukuku, Updated 6. Edition, Ankara 2017.
- Yeliz Şanlı**, "Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti", Mülkiye Journal, Vol. XXXI, Issue.254.
- Regulation on Renewable Energy Source Areas published in the Official Gazette dated October 9, 2016 and numbered 29852.
- Constitutional Court of the Republic of Turkey, D.1.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, JCCD, Vol.1, Issue.31.

KAYNAKÇA

- Çağdaş Evrim Ergün**, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, 1. Bası, Ankara 2010.
- Lütfi DURAN**, "Yap-İslet-Devret", SBF Dergisi Profesör Muammer AKSOY' a Armağan, VLVI Ocak-Haziran 1991.
- Mehmet Tank**, "Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2011, C.2, S.4.
- N.Münci Çakmak**, İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, 1. Baskı, Ankara Subat 2018.
- Turgut Tan**, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara 2017.
- Yeliz Şanlı**, "Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti", Mülkiye Dergisi, c. XXXI, sayı 254.
- 09.10. 2016 tarih, 29852 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği.
- Anayasa Mahkemesi, T. 1.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2.