

USAGE OF "FORCE MAJEURE" TERM IN PROCESSES FOR CANCELLATION OF ENERGY PRODUCTION LICENSES BY EMRA (ENERGY MARKET REGULATORY AUTHORITY) IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

İdare Hukuku Açısından Enerji Üretim Lisanslarının EPDK Tarafından İptali Sürecinde "Mücbir Sebep" Kavramının Kullanılması



1. INTRODUCTION

IN THE LIGHT OF THE TURKISH ENERGY MARKET, THE ENERGY Market Regulatory Authority (“EMRA”)¹ takes on the duty of a mechanism which regulates and controls the energy market, imposes sanction and gives license. This situation creates the need of evaluating some principles in terms of Administrative Law, complications with applications problems in the application, rules that are interpreted and expanded with different case laws and Turkish Energy Legislation and of resolving ambiguities arising from the legislation. This study covers the evaluation of the possible objection of the investor, whose license was cancelled, to the cancellation decision in terms of legislation and Administrative Law. Furthermore it is evaluated which methods can be taken in case of an objection to the cancellation of the license, cancelled by EMRA with the resolution of the Board, which were obtained to generate energy for different energy resources such as wind, sun and fuel in Turkey².

2. CANCELLATION OF THE ELECTRICITY PRODUCTION LICENSES BY EMRA AND LEGAL RESULTS OF THE CANCELLATION

Because of reasons lying in the Electricity Market Law (“Law”)³ and in the Electricity Market Licence Regula-

1. GİRİŞ

TÜRK ENERJİ PİYASASI GÖZ ÖNÜNDE TUTULDUĞUNDA; ENERJİ Piyasası Düzenleme Kurumu (“EPDK”)¹, enerji piyasası kurallarını düzenleyen, denetleyen, yaptırım uygulayan ve lisans veren bir mekanizma görevini üstlenmektedir. Bu durum, İdare Hukuku açısından birtakım ilkelerin, uygulamada yaşanan problemlerin, çeşitli içtihatlarla yorumlanan ve genişletilen kuralların, Türk Enerji Mevzuatının değerlendirilmesi ve mevzuattan kaynaklanan muğlaklıkların çözüme kavuşturulması ihtiyacını doğurmaktadır. Bu çalışmada, Türkiye’de rüzgar, güneş, akaryakıt gibi değişik enerji kaynakları bakımından enerji üretmek amacıyla alınmış lisansların, EPDK tarafından Kurul kararıyla² iptal edilmesi halinde, lisansı iptal edilen yatırımcının, mevzuat ve İdare Hukuku açısından hangi gerekçelerle iptal kararına itiraz edebileceği ve bunu yaparken hangi yolları benimseyebileceği değerlendirilmektedir.

2. ELEKTRİK ÜRETİM LİSANSLARININ EPDK TARAFINDAN İPTALİ VE İPTALİN YASAL SONUÇLARI

Elektrik Piyasası Kanununda (“Kanun”)³ ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde (“Yönetmelik”)⁴ yer alan nedenlerle, EPDK tarafından Kurul kararıyla lisansların iptali söz konusu olabilmekte; böyle bir hâlin olması duru-

tion (“**Regulation**”)⁴, the cancellation of the licences with the resolution of the Board by EMRA may be in question; In this kind of situation the guarantee letter that was submitted by the legal entity having the production license to the EMRA is recorded as revenue in accordance with the 7th paragraph of the 5th article of Law.⁵ Primarily it should be stated that, in deference to the relevant legislation of the EMRA, the cancellation of any electricity production license with the resolution of the Board does not only cause effect on the cancelled license. In other words, afterall, the EMRA does not cancel general licenses with the resolution of the Board; reasons arising from the legislation may cause the cancellation of the license in different projects. During the process of the cancellation of a specific license, the production license holder can use an administrative objection mechanism against the decision of the cancellation by referring to either electricity market legislation or main principles of the Administrative Law and can seek remedies in case no result is obtained.

Cancellation reasons of the license are regulated in the Law (article 5/7) and Regulation (article 27/3). Besides, it should be known that they are regulated under some special conditions in each specific license given by the EMRA and contradiction to these conditions causes cancellation result of the license. The fact that there are no main conditions relating to fulfilling license requirements and giving license and contradiction to the obligations stipulated by the EMRA specifically for each license can be shown as a cancellation reason.

“*Non-completion within investment period*” is on of the cancellation reasons of the license in practice that has an important place among cancellation reasons. (**13th Department of Council of State, decision dated 11.06.2007 and having basis number of 2007/2193, the decision was not published, decision transferred by, GÖNEN, Yakup, managing of Electricity Public Service in Turkey and License Method, Ankara, 2011 page. 267**). In case it is determined that the electricity generating plant is not established within the construction period stated in the license or it will not be able to be established within the remaining time, the license is cancelled by the EMRA with the resolution of the Board.

Cancellation transactions are reason to some prospective results that will cause the refusal of license applications that were made afterwards. Namely, chairman and members of the Board including partners of the legal entity legal entity who have a share of 10% or more and whose license was cancelled and those who resigned within the previous year as from the cancellation date of the license will not be able to gain license for three years following the cancellation of the license, to make application for the license, to

munda Kanununun 5. maddesinin 7. fıkrasına göre üretim lisansı sahibi tüzel kişinin EPDK’ya sunmuş olduğu teminat mektubu irat kaydedilmektedir.⁵ Öncelikle belirtilmelidir ki, EPDK’nın ilgili mevzuatı dikkate alarak Kurul kararınca herhangi bir elektrik üretim lisansını iptali, yalnızca iptal edilen lisans üzerinde etki doğurmamaktadır. Diğer bir ifadeyle EPDK, Kurul kararı ile, genel lisans iptallerine gitmemekle birlikte; mevzuattan kaynaklanan bazı nedenler, değişik projelerde lisans iptali sonucunu doğurabilmektedir. Spesifik bir lisans iptali işleminde üretim lisansı sahibi yatırımcı gerek elektrik piyasası mevzuatı kaynaklı, gerekse İdare Hukukunun temel prensipleri kaynaklı olarak, idari bir işlem olan iptal kararına karşı öncelikle idari itiraz mekanizmasını kullanabilmekte; sonuç alınmaması halinde dava yoluna gidebilmektedir.

Lisans iptal nedenleri, hem Kanunda (madde 5/7) hem de Yönetmelikte (madde 27/3) düzenlenmiştir. Ayrıca bilinmelidir ki; EPDK tarafından verilen her spesifik lisansta bazı özel şartlar da düzenlenmiş olup, bunlara aykırılık da lisansın iptali sonucunu doğurmaktadır. İptal gerekçesi olarak; lisans yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi ve lisans verilmesine ilişkin esas şartların bulunmaması ile her lisans için spesifik olarak EPDK tarafından öngörülen yükümlülükler aykırılık durumu gösterilebilir.

Uygulamada lisans iptali nedenlerinden “*yatırımın süresi içinde tamamlanamaması*”, iptal nedenleri arasında önemli bir yere sahiptir. (**Danıştay 13. Dairesi, 11.06.2007 Tarih ve 2007/2193 E. Sayılı Kararı, Karar yayınlanmamıştır; kararı nakleden, GÖNEN, Yakup, Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmeti’nin yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara, 2011 s. 267**). Elektrik üretim tesisinin, lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması veya kalan süre içerisinde kurulamayacağını tespit edilmesi hallerinde, lisans EPDK tarafından Kurul kararıyla iptal edilmektedir.

İptal işlemi, daha sonra yapılan lisans başvurularının reddine neden olacak ileriye yönelik birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki; lisansı iptal edilen tüzel kişinin yüzde on veya daha fazla paya sahip ortakları ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dahil, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, lisansın iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamayacak; lisans başvurusunda bulunamayacak; lisans başvurusu yapan tüzel kişilerde pay sahibi olamayacak; yönetim kurullarında görev alamayacaktır.⁶ Kısacası, lisans iptali, bazı aktörlerin elektrik piyasasına girmesini engelleme potansiyeli bulunan önemli bir karardır.

3. LİSANS İPTALİNE KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Hukukumuzda, idari makamların kararlarına karşı, öncelikle idari başvuru yollarının tüketilmesi şartıyla,

have share in the legal entities making application for the license and to take charge in the management boards.⁶ In brief, license cancellation is an important decision which has the potential to prevent some actors to penetrate into the electricity market.

3. APPLICATION METHODS AGAINST THE CANCELLATION OF THE LICENSE

In the Turkish law, the possibility to apply for a complaint to Ombudsman is provided on the condition that the administrative application methods are exhausted pre-emptively. However, the Ombudsman Establishment may accept the applications even if the administrative application methods are not exhausted in case of occurrence of damages that are hard or impossible to recover.⁷ The Establishment concludes its examination and research at the latest within the six months starting from the application date.⁸ It notifies the competent authority and applicant about results of its examination and research and its proposals, if any. Application methods against transaction, application period and authority to which application will be made are shown to the applicant by the Establishment. Usage of the Ombudsman method can be a good alternative to the application method to the jurisdiction that necessitates long, expensive and speciality against savings of the administrative. Thus, the investor with the production license will be able to benefit from this Establishment that entered into Turkish Law recently even before applying to judicial remedy if he wishes.

In case the EMRA does not abide by the decision of Ombudsman following the Ombudsman, the entering of a lawsuit regarding the cancellation of the license will be able. In the law, it is stipulated that suits which were brought by the EMRA for cancellation against all resolutions of the Board will be tried in the Council of State as court of first instance. Hence, those whose license was cancelled will be able to object to the cancellation arising from the electricity market legislation and will be able to use some concepts formed with the local case laws of the Council of State against the cancellation. The most important one is the concept of the **force majeure**, which was stipulated as a valid reason against the cancellation either in the practical life or in the electrical market legislation and formed to remove any administrative procedure in the meaning of the Administrative Law; it is used in case it cannot be established within the construction period by the investor and which is the main cancellation reason.

4. SITUATIONS WHICH ARE CONSIDERED AS FORCE MAJEURE

In case the investments are not completed within time or

Ombudsman'a şikayet başvurusunda bulunabilme imkanı getirilmiştir. Ancak Ombudsmanlık Kurumu, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilir.⁷ Kurum, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır.⁸ İnceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili mercie ve başvurana bildirir. Başvurana, işleme karşı başvuru yolları, başvuru süresi ve başvurulacak makam da Kurum tarafından gösterilir. Ombudsmanlık yolunu kullanmak, özellikle idarenin haksız tasarruflarına karşı uzun, masraflı ve uzmanlık gerektiren yargıya başvuru yolu öncesi iyi bir alternatif oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla üretim lisansı sahibi yatırımcı, dilerse Türk Hukukuna yakın zamanda girmiş olan bu kurumdan, yargı yoluna gitmeden önce yararlanabilecektir.

Ombudsman kararı sonrasında EPDK'nın Ombudsman kararına uymaması halinde, lisans iptali kararına yönelik olarak dava açılabilir. Kanunda, EPDK'nın bütün Kurul kararlarına karşı açılan iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği öngörülmüştür. Bu nedenle lisansı iptal edilen yatırımcı elektrik piyasası mevzuatı kaynaklı iptale itiraz edebileceği gibi; Danıştay'ın yerleşik içtihatları ile oluşmuş bazı kavramları da iptale karşı kullanabilecektir. Bunlardan en önemlisi, gerek pratik hayatta gerekse elektrik piyasası mevzuatında iptale karşı haklı gerekçe olarak öngörülmüş olan; aynı zamanda genel İdare Hukuku anlamında herhangi bir idari işlemin kaldırılması bakımından oluşturulmuş bir kavram olan **mücbir sebep** kavramının; temel iptal nedeni olan yatırımcı tarafından inşaatın süresi içerisinde kurulamaması halinde kullanılmasıdır.

4. MÜCBİR SEBEP OLARAK NİTELENDİRİLEN HALLER

Yatırımların süresinde bitirilmemesi veya diğer iptal nedenleri bakımından bitirilemeyeceğinin anlaşılması ile yatırımcının mücbir sebep iddiası halinde, Kanun ve Yönetmelik gereğince EPDK'nın bunu dikkate alması gerekmektedir. Bu tür bir değerlendirmede EPDK tarafından mücbir sebep hallerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi bakımından, Yönetmeliğin 24. maddesinin 3. fıkrası göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu madde, üretim tesisinin kurulması sürecinde; (i) Mücbir sebep halleri ile lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebeplerin ortaya çıkması; (ii) Söz konusu durumların üretim tesisinin kurulmasını doğrudan etkilemesi veya etkileyecek nitelikte olması; (iii) Lisansla belirlenen tesis tamamlanma süresi içerisinde gerekçeleri ve belgeleriyle birlikte Kuruma başvurulması halinde, tesis tamamlama süresinin uzatılması suretiyle lisansın tadil edilebileceği düzenlemesine yer vermektedir.



the investor asserts a claim for force majeure by understanding that they will not be able to be completed because of other cancellation reasons, the EMRA should consider this in terms of Law and Regulation. In such evaluations, 3rd paragraph of the 24th article of the Regulation should be considered so that the EMRA determines whether there is any force majeure or not. The said article, within the period of establishment of the production facility, includes regulations about the fact that the license can be amended, provided that the period for completing the plant is extended in case (i) valid reasons not arising from the force majeure and license owner occur, (ii) the said situations directly affects or are such as to affect the building of the production facility, (iii) application is made to the Establishment with reasons and documents within the period of completing the plant stated in the license provided that the period for completing the plant is extended.

It is regulated in the 35th article of the Regulation that obligations of the pre-license and license owner arising from the relevant legislation may be postponed or suspended with the resolution of the Board in case of force majeure, at the rate that they were affected and until effects of the force majeure are removed, the Board may decide to remove the obligation of the pre-license and license owner

Yönetmeliğin 35. maddesi ise, önlisans ve lisans sahibinin ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinin, mücbir sebep hallerinde, etkilendikleri oranda, mücbir sebebin etkileri giderilinceye kadar, Kurul kararıyla ertelenebileceği veya askıya alınabileceğini; söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, Kurulun, önlisans ve lisans sahibinin yükümlülüğünün kaldırılmasına da karar verebileceğini düzenlemektedir. Hangi durumların mücbir sebep sayılabileceğine ilişkin olarak ise, **etkilenen tarafın gerekli özen ve dikkati göstermiş ve tüm önlemleri almış olmasına karşın olayın önlenemeyecek, kaçınılamayacak ve öngörülemeyecek olması ve bu durumun etkilenen tarafın ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemesi gerektiği** kriteri, Yönetmeliğin 35. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 35. maddesinin 3. fıkrasında, (i) Doğal afetler ve salgın hastalıkların; (ii) Savaş, nükleer ve kimyasal serpinçler, seferberlik halleri, halk ayaklanmaları, saldırı, terör hareketleri ve sabotajların; (iii) Grev, lokavt veya diğer memur ve işçi hareketlerinin, bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, mücbir sebepler olarak kabul edileceği esasları düzenlenmiştir. 35. maddenin 4. fıkrasına göre ise, ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerin ertelenmesi, as-



in case it is understood that the said obligations will not be able to be fulfilled. Relating to **the fact that which situations are considered as force majeure, criteria of the fact that the situation shall not be prevented, avoided and stipulated although the affected party showed necessary attention and took all precautions and this situation should prevent that the affected party fulfills obligations within the scope of the relevant legislation** was regulated in the 2nd paragraph of the 35th article of the Regulation.

It is stated in the 3rd paragraph of the 35th article of the Regulation including but not limited to that (i) Natural disasters and epidemics, (ii) Wars, nuclear and chemical fall outs, civil commotions, attacks, terror movements and sabotages (iii) Strike, lockout or other officer and labor movements will be considered as force majeure. According to the 4th paragraph of the 35th article, the license owner is obliged to notify the EMRA in written about the beginning date and nature of the force majeure, effects to

kıya alınması veya kaldırılması kararının verilebilmesi için, lisans sahibinin; mücbir sebebin başlama tarihini ve mahiyetini, ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerine olan etkilerini, mümkün olması halinde etkilerin tahmini giderilme süresini içeren başvurusunu, EPDK'ya yazılı olarak bildirmesi zorunludur. Bu kapsamdaki talepler, başvuruya ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanmasından itibaren altmış gün içerisinde Kurul kararı ile sonuçlandırılacaktır.

Yönetmeliğin 35. maddesi düzenlemesinde, mücbir sebepler dışında 6 aylık ek süre içerisinde de yükümlülüklerini yerine getiremeyen tüzel kişilerin lisanslarının iptal edileceği ifade edilmiştir. Maddenin lafzından, mücbir sebep hallerinin sınırlı sayıda olmadığı; somut olayın niteliğine göre maddede sayılan mücbir sebep hallerine yenilerinin eklenebileceği anlaşılmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak, Danıştay'ın, inşaat öncesi gereken izinlerin tamamlanmasında idarelere atfedilecek gecikmelerin mücbir sebep kapsamında değerlendirileceği görüşü örnek

1 It was established under the name of "Electricity Market Regulatory Authority" via Electricity Market Law numbered 4628 which was published in the Official Gazette dated 03.03.2001 and having repeated number of 24335 and took the name of "Energy Market Regulatory Authority" via the Law on making amendment on the Electricity Market Law and Natura Gas Market numbered 4646 which was published in the Official Gazette dated 02.05.2001 and having repeated number of 24390.

2 The Establishment uses its authorities via Energy Market Regulatory Authority while doing its duties arising from the Law. Representative and decision making body of the Establishment is the Board.

3 Electricity Market Law numbered 6446 that was published in the Official Gazette dated 30.03.2013 and having repeated number of 28603.

4 Electricity Market License Regulation that was published in the Official Gazette dated 02.11.2013 and having repeated number of 28809

5 Article 5/7 of the Electricity Market Law: "Guarantee letter is obtained by the legal entity that made application for the production license in a way not to exceed ten percent of the investment amount according to quality and magnitude of the production facility demanded to be established provided that it is recorded as revenue in case the

obligations within the scope of relevant legislation and about the application that includes the estimated period for removing the effects so that the decision for postponing, suspending or removing obligations within the scope of relevant legislation can be made. Demands that are within this scope will be concluded with the resolution of the Board within sixty days starting from the date when necessary information on the application and documents are completed.

In the regulation of the 35th article of the Regulation, it is stated that licenses of the legal entities not fulfilling obligations within additional period of 6 months apart from the force majeure will be cancelled. It is understood wording of the article that force majeure situations are not limited and that new force majeure situations can be added to the said situations that are mentioned in the article according to the qualification of concrete case. Relating to this situation, opinions of the Council of State in which it will evaluate delays to be attributed to administrations in completing necessary permissions before the construction within the scope of force majeure can be given as sample. In the event that is subject to the decision of the 13rd Department of the Council of State dated 15.10.2008 and having basis number of 2008/8245 for ceasing enforcement, "the period for completing the plant" of eighteen months that was given to plaintiff company by the EMRA was increased to thirty months by being extended twice. The third demand which was made for extending the period with claim of the force majeure was rejected. The Council of State stated that it gave discretionary power to the defendant administration on extending the period for completing the plant and determining expiration date in a suit that was brought via demand the cancellation of this decision and cessation of its execution, however, stipulated that this authority is not used in accordance with the law. Although correspondence and studies between executive organs that were realized so as to bring the investment in compliance with necessary procedures caused a recent time loss, it was decided to cease the execution by finding the fact that the administration decided to cancel the license which was contrary to the law by the Council of State.

The Council of State found decision of the EMRA on refusal of its demand for extending the period and cancellation of the license

olarak verilebilir. Danıştay 13. Dairesi, 15.10.2008 Tarih ve 2008/8245 E. sayılı yürütmenin durdurulması kararına konu olayda, davacı şirkete EPDK tarafından verilen on sekiz aylık "tesis tamamlama süresi" iki defa uzatılarak otuz aya çıkarılmıştır. Mücbir sebep iddiasıyla yapılan üçüncü süre uzatım talebi ise reddedilmiştir. Danıştay, bu kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan bir davada tesis tamamlama süresinin uzatılması ve süre sonunun belirlenmesi hususlarında davalı idareye takdir yetkisi tanınmış olduğunu ifade etmiş; ancak bu yetkinin hukuka uygun kullanılmadığını öngörmüştür. Yatırımın gerekli prosedürlere uygun hale gelebilmesi amacıyla gerçekleştirilen idari kurumlar arası yazışma ve çalışmaların yatırım süresine yakın bir zaman kaybına neden olmasına rağmen, idarenin lisansın iptali yönünde karar vermesi Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Danıştay, benzer bir kararında, değişen şartlar gereği kamulaştırma ve imar planı değişiklikleri sebebiyle inşaat başlamanın mümkün olmadığı durumları mücbir sebep kapsamında değerlendirek, EPDK'nın süre uzatım talebinin reddi ve lisansın iptaline ilişkin kararını hukuka aykırı bulmuştur. İçtihadı konu edilen uyuşmazlıkta, Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nın, Balıkesir'in Bandırma ilçesinde kurulacak tesisteki 76 metre yüksekliğindeki türbinlerin "Uluslararası Havaalanı Mania Kriterleri" çerçevesinde uçuş emniyetine aykırı olduğunu belirterek türbinlerin koordinatının değiştirilmesini istemesi üzerine, kurulacak RES türbin koordinatları değiştirilmiş ve bunun sonucunda kamulaştırma ihtiyacı ve imar planı değişikliği ihtiyacı ortaya çıkmış; inşaat başlamak mümkün olmamıştır. Danıştay, büyük bir kısmının idareden kaynaklandığı tüm bu gecikmelerin mücbir sebep kapsamında değerlendirilmeyerek, tesis tamamlama süresinin uzatılmamasını ve EPDK tarafından lisansın iptal edilmiş olmasını hukuka aykırı bulmuştur. **(Danıştay 13. Dairesi, 22.06.2009 Tarih ve 2008/2501 E. ve 2009/6904 K. sayılı kararı)**

Anılan kararlar ışığında, Kanunla tanınmış olan 6 aylık ek süre içerisinde ve değişen parametreler çerçevesinde, idari başvurularda bulunan lisans sahiplerinin başvurularının sonuçlarını alması beklenilmeksizin, lisans iptali yönünde karar alınması, Kanunda öngörülen mücbir sebep hallerinin göz ardı edilmiş olduğunu gös-



1 03.03.2001 tarihli ve 24335 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile "Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu" adı altında kurulmuş olup, 02.05.2001 tarihli ve 24390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4646 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun ile birlikte "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu" adını almıştır.

2 Kurum, Kanundan kaynaklanan görevlerini yerine getirirken yetkilerini Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu vasıtasıyla kullanır. Kurumun temsil ve karar organı Kurul'dur.

3 30.03.2013 tarihli ve 28603 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu

4 02.11.2013 tarihli ve 28809 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği

5 Elektrik Piyasası Kanunu madde 5/7: "Üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiden, ön lisans yükümlülüklerinin yerine getirilmesini müteakiben üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması halinde irat kaydedilmek üzere, kurulmak istenen üretim tesisinin niteliğine ve büyüklüğüne göre yatırım tutarının yüzde onunu geçmemek üzere teminat mektubu alınır. Mücbir sebep halleri ile lisans sahibinden kaynaklanmayan

against the law in its similar decision by evaluating the situations that it is not possible to start construction because of the expropriation and construction plan change as per changing conditions. In discrepancy mentioned in the case law, RES turbine coordinates to be installed were changed and the need for the expropriation and construction plan to change occurred as a result of this and it was not possible to start the construction upon demand of the Air Forces Command for changing the turbines by stating that the turbines having a height of 76 meters to be installed in Bandırma a district of Balıkesir are contrary to the flight safety within the frame of "International Airport Mania Criteria". The Council of State found the followings contrary to the law; all these delays whose most part arises from the administration were not evaluated within the scope of force majeure, period for the completing the plant was not extended and the license was cancelled by the EMRA (13th Department of Council of State, decision dated 22.06.2009 and having basis number of 2008/2501 and decision dated 2009/6904).

In the light of decisions that were taken, the fact that the decision was made for cancelling of the license without waiting for obtaining results of the administrative applications of license owners within additional period of 6 months allowed by the law and within the frame of changing parameters shows that force majeure situations stipulated in the law were ignored and constitutes contradictions to the law. In parallel with the said decisions of the Council of State, it was stated that "*delays arising from the administrations will not be prevented even if relevant legal entity showed necessary attention and took all the precautions, in case they indispensably arise from the relevant administration, they should be considered as force majeure*" in harmony with the Council of State, upon demand of the Department of Electricity Market in the Civil Department for negotiation whether the fact that delays in the period of completing necessary permission and approvals within the scope of 15th provisional article of the Regulation arise from the administration can be considered as force majeure or not.⁹ And relating to criteria whether the license holder showed "necessary attention", it was stated that "...although there are confidential military radars during the license application, it is thought that the Company fulfilled its obligation of "acting as prudent

termekte ve hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Danıştay'ın anılan kararlarına paralel olarak, EPDK Hukuk Dairesi Başkanlığı da, Elektrik Piyasası Dairesi Başkanlığı'nın, Yönetmeliğin geçici 15. maddesi kapsamında gerekli izin ve onayların tamamlanması sürecindeki gecikmelerin idari kaynaklı olmasının mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda görüş talep edilmesi üzerine, Danıştay'la uyumlu olarak, "*idarelerden kaynaklanan gecikmelerin; ilgili tüzel kişinin gerekli özeni ve dikkati göstermiş ve tüm önlemleri almış olmasına rağmen önleyemeyeceği, kaçınamayacağı bir şekilde ilgili idareden kaynaklanmış ise, mücbir sebep sayılması gerektiği*" yönünde görüş bildirmiştir.⁹ Lisans sahibinin "gerekli özeni ve dikkati" gösterip göstermediğinin ölçütüne ilişkin olarak ise, "*...söz konusu gizli askeri radarlar her ne kadar lisans başvurusu sırasında mevcut olmakla birlikte, Şirket'in yukarıda bahsedilen kurumlarla yaptığı yazışmalar ile yatırım yapacağı sahanın özelliklerini lisans başvurusundan önce araştırması gerekliliği şeklinde somutlaştırılabilecek "basiretli tacir gibi davranma" yükümlülüğünü yerine getirdiği düşünülmekte olup, (bu durumun) mücbir sebep olarak değerlendirilebileceği*" ifade edilmiştir.

Hukuk Dairesi'nin görüşünün uygulamada arz ettiği önem ise büyüktür. Bu nedenle bu görüşe itibar edilerek, mücbir sebep hallerinin salt Kanun ve Yönetmelikten kaynaklanmadığı, her olayın niteliğine göre ayrı ayrı ve geniş kapsamlı değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bahse konu kararlar ve görüşlerden çıkan sonuç şudur ki; yatırımcının basiretli bir tacir olarak projesini etkileyebilecek ve yatırım esnasında yatırıma engel teşkil edebilecek herhangi bir hususun tespitine ilişkin olarak gerekli özen ve gayreti ivedilikle göstermesi gerekmektedir. EPDK ve Danıştay kararları dikkate alındığında, bu gayreti gösterdiğini belgelendirebilen yatırımcının, mücbir sebep savunmasının EPDK ve Danıştay tarafından kabul göreceği değerlendirilmektedir.

said facility is not established within construction period stated in the license of the production plant following fulfilling pre-license requirements. In case the production facility is not established within the construction period stated in the license of the production facility apart from valid reasons which do not arise from force majeure and license holder or it is determined that it will not be able to be established within remaining time, license is cancelled and guarantee letter is recorded as revenue."

⁶ This matter is regulated in article 27/4 of the Electricity Market License Regulation.

⁷ Ombudsman Establishment was constituted with decision of Public Inspection Establishment Law numbered 6328 which was published in the Official Gazette dated 29.06.2012 and having repeated number of 28338 and this subject related to the application was regulated in 4th paragraph of the 17th article of the Law.

⁸ The Public Inspection Establishment Law numbered 6328, article 20: "The Establishment concludes its examination and research within six months at the most as from the application date."

⁹ Civil Department of the EMRA, its opinion dated 06.05.2014 and numbered 15901.

merchant” that can be concredited as a necessity for researching characteristics of the field on which it will make investments before its license application via correspondences that it made with the above mentioned establishments, (this situation) can be considered as force majeure.

The Importance of that opinion in the application of the Civil Department is significant. Thus, it can be concluded by relying on this opinion that force majeure situations do not only arise from the Law and Regulation and that it is necessary to separately and comprehensively evaluate each event according to their qualifications. The conclusion from the said decisions and opinions is that it is necessary for the investor as a prudent merchant to immediately show necessary attention and effort relating to determination of any subject that may affect project the and pose an obstacle to the investment during the investment. When considering decisions of the EMRA and Council of State, it is evaluated that the defense of the investor that can document the effort given by the investor for the force majeure will be approved by the EMRA and Council of State.

5. CONCLUSION

It is seen that the EMRA recently often uses its authority for cancellation which arise from the Electricity Market Law and Electricity Market License Regulation in case no satisfactory progress report is submitted after the investor obtains electricity production license. Since delays in taking decision of the administrative authorities cause that no progress, which is anticipated by the investor, is made in practice, such situations will be able to be shown as force majeure for the investor who is the owner of a license. Considering the decisions of the EMRA, in case the investor shows necessary attention for the cancelling occurrence of the force majeure so that the investor can demand for cancellation by basing on a concept of force majeure, it will be possible that the decision for the cancellation is legally invalid.

5. SONUÇ

EPDK'nın yatırımcının elektrik üretim lisansı alması sonrasında tatmin edici ilerleme raporu sunulmaması halinde, Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği kaynaklı iptal etme yetkisini son zamanlarda sıklıkla kullandığı görülmektedir. Yine uygulamada yatırımcıdan beklenen ilerlemenin kaydedilememesine genelde idari makamların kararının alınmasındaki gecikmeler neden olduğundan, bu tür durumlar lisans sahibi yatırımcı için mücbir sebep olarak gösterilebilecektir. EPDK kararları dikkate alındığında, yatırımcının mücbir sebep kavramına dayanarak iptali isteyebilmesi için mücbir sebebin oluşumunu engellemeye yönelik gerekli özeni göstermesi halinde, iptal kararının hukuken geçersiz kılınması mümkün olacaktır.



hakkı sebepler dışında üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması veya kalan süre içerisinde kurulamayacağına tespit edilmesi hallerinde lisans iptal edilir ve teminat mektubu irat kaydedilir.”

6 Bu husus, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 27. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

7 Ombudsmanlık Kurumu, 29.06.2012 tarihli ve 28338 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile kurulmuş olup, başvuruya ilişkin bu husus, Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

8 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde 20: "Kurum inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır."

9 EPDK Hukuk Dairesi Başkanlığı, 06.05.2014 tarih ve 15901 sayılı görüşü.