

DANIŞTAY BAŞKANLIĞI'NA

Yürütmenin Durdurulması İstemlidir.

DAVACI : Elektrik Mühendisleri Odası

VEKİLİ : Av. Hayati KÜÇÜK
Meşrutiyet Cad. 2/8 Bakanlıklar – ANKARA

DAVALI : Özelleştirme İdaresi Başkanlığı – ANKARA

T. TARİHİ : 30.04.2008 tarihli ÖİB duyurusu ile öğrenilmiştir.

D. KONUSU : Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 30.04.2008 tarihinde yayımladığı Aras Elektrik Dağıtım A.Ő.'nin özelleştirilmesi hakkında ihale ilanı ve bu ilanın dayanağı idari kararın iptali ve dava sonuna kadar yürütmesinin durdurulması istemidir.

AÇIKLAMALAR :

1. Dava Konusu İhale İlanı

Dava konusu ihale ilanı (EK: 2) ile Kırşehir, Nevşehir, Niğde, Aksaray, Konya ve Karaman görev bölgesindeki Meram Elektrik Dağıtım A.Ő. ve Erzurum, Ağrı, Ardahan, Bayburt, Erzincan, Iğdır ve Kars görev bölgesindeki Aras Elektrik Dağıtım A.Ő.'nin % 100 hisselerinin 4046 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde blok satış yöntemiyle özelleştirileceğı duyurulmaktadır.

İhale ilanında;

- İhalenin kapalı zarf içerisinde teklif almak ve görüşmeler yapmak suretiyle pazarlık usulü ile gerçekleştirileceğı;
- Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihalenin pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilceğı;

- Hisseleri satıŖa konu Ŗirketler için ayrı ayrı teklif verileceği; verilen tekliflerde Ŗirketlerin birbiriyle iliŖkilendirilemeyeceđi ve tekliflerin herhangi bir Ŗartı içermeyeceği;
- İhaleye yalnızca tuzel kiŖiler ile Ortak GiriŖim Gruplarının katılabilceği; ihaleye katılabilmek için Gizlilik Taahhütnamesi imzalanması, Ŗirket hakkında hazırlanan Tanıtım Dokümanı ile İhale Ŗartnamesi'nin alınması ve önyeterlilik kriterlerinin karŖılanmasının zorunlu olduğu;
- Tanıtım Dokümanı ve İhale Ŗartnamesi'nin nereden temin edileceği, anılan belgeler için her bir Ŗirket için ayrı ayrı olmak üzere 15.000.- ABD Doları bedel ödeneceği, bu bedelin nerelere yatırılacağı ve yatırılan bu bedelin hiçbir surette iade edilmeyeceği;
- Katılımcıların, teklif verebilmeleri için, Meram Elektrik Dağıtım A.Ŗ. için 10.000.000.- ABD Doları, Aras Elektrik Dağıtım A.Ŗ. için 5.000.000.- ABD Doları tutarında geçici teminat vermeleri gerektiği;
- Önyeterlilik değerlendirmesi sonucunda önyeterlilik kriterlerini taŖıdıđına karar verilen Katılımcıların tekliflerinin, İhale Ŗartnamesi'nde belirtilen hususlar dikkate alınarak hazırlanıp, her bir Ŗirket için en geç 15.09.2008 günü saat 16.00'a kadar teslim edilmesi gerektiği;
- İhalenin, 2886 sayılı Devlet İhale Yasası'na tabi olmayıp, İdare'nin, ihaleyi yapıp yapmamakta, dilediğine yapmakta ve teklif verme süresini uzatmakta serbest olduğu;
- Hisselerin yurtdıŖında yerleŖik taraflara satıŖının yürürlükteki yabancı sermaye mevzuatına, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası'na ve ilgili diğer mevzuata tabi olduğu ve ilgili mevzuatın nerelerden temin edileceği;
- İhaleye iliŖkin diğer hususların, Ŗirketlere ait İhale Ŗartnamesi'nde yer aldığı;

bilgileri yer almaktadır.

2. İhaleye İliŖkin Bilgi Dokümanı

Dava konusu ihale ilanından önce, davalı İdare'nin internet sitesinde, danıŖman Ŗirket Lazard & Co. S.r.l. tarafından hazırlanan bir bilgi dokümanı yayımlanmıŖtır. (EK: 3) Bilgi dokümanında, dağıtım özelleŖtirmesinde ana esaslar, yatırım değerlendirmesi ve Türkiye

elektrik sektörü hakkında genel bilgilere yer verilmiştir. İhale konusu şirketlere ve ihaleye yönelik gerekli pek çok aydınlatıcı bilgi bulunmamaktadır.

Gerek ihale ilanında, gerekse bilgi dokümanında, ihaleye ilişkin kamuoyuna ve ihaleye katılacaklara duyurulması gereken kimi bilgilere yer verilmemiştir. İhaleye katılmak için önyeterlilik koşullarının neler olduğu, ihalenin hangi tarih ve saatte yapılacağı, ihaleye kimlerin katılamayacağı, ihale konusu Şirket'lerle ilgili daha ayrıntılı bilgilerin nereden ve hangi koşullarla sağlanacağı, ihale sonucunda alıcının uyması gereken kuralların neler olduğu, ihale sonucunda nihai kararın verilme şekli gibi hususlar, ihalenin şeffaf olması ve rekabet şartının gerçekleşebilmesi için duyurulması gerekli hususlardır. Bu durumun aksine, kamuoyu ve isteklilerce bilinmesi gereken bu gibi konuların öğrenilebilmesi için 15.000.- ABD Doları ödemek suretiyle Tanıtım Dokümanı ve İhale Şartnamesi alınması ve bir gizlilik taahhütnamesi imzalanması şart koşulmuştur. Temel bir kamu hizmetinin ihalesinin, adeta kamuoyunun bilgisinden özellikle saklanarak, kapalı kapılar ardında gerçekleştirilmesi söz konusudur.

4046 sayılı Yasa'nın "İlkeler" başlıklı 2. maddesinin (1) bendinde "özelleştirme işlemlerinin değer saptaması da dahil aleniyet içinde yürütülmesi" ilkesi benimsenmiştir. Dava konusu ihale işleminde, büyük bir titizlikle gizlilik kuralları getirilmiş olup, Yasa'nın 2. maddesindeki aleniyet ilkesi ihlal edilmektedir. Yasa'nın açıkça hükmettiği aleniyet ilkesine uygun olmayan dava konusu işlemin iptali gerekir.

3. Özelleştirilen Şirket'le İlgili ÖYK Kararı Bulunmamaktadır.

Özelleştirme işleminin, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararına dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu ÖYK kararı, Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin (TEDAŞ) özelleştirme kapsam ve programına alınmasını içermekte olup, Aras Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına ilişkin herhangi bir ÖYK kararı bulunmamaktadır.

Nitekim dava konusu özelleştirme işlemi ile tüzel kişiliğe sahip Aras Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin % 100 oranındaki hisselerinin satışı söz konusudur. Aras EDAŞ, ayrı bir tüzel kişilik olarak, görev bölgesinde elektrik dağıtım işlerini yapabilmesi için, TEDAŞ'la işletme hakkı devir sözleşmesi imzalamıştır. Diğer yandan, ülkemizdeki tüm elektrik dağıtım tesislerinin mülkiyetine kamu adına sahip olan TEDAŞ'ın özelleştirilmesi söz konusu değildir. 20 ayrı

dağıtım bölgesinde 20 ayrı tüzel kişiliğe sahip dağıtım şirketi kurularak, TEDAŞ'la imzalanan İHD Sözleşmelerine taraf olan şirketlerin özelleştirilmeleri için, bu şirketlerle ilgili ayrı ayrı özelleştirme kapsam ve programa alınmasına yönelik ÖYK kararı oluşturması gerekmektedir. Özelleştirilmesi hedeflenen dağıtım şirketleri için değil de, kamu adına dağıtım altyapısının mülkiyetini elinde tutmaya devam edecek, dolayısıyla varlığını kamu bünyesinde sürdürecektir olan TEDAŞ hakkında verilmiş ÖYK kararına dayalı olarak yapılan dava konusu özelleştirme işlemi, 4046 sayılı Yasa'ya açıkça aykırılık taşımaktadır.

4. Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerinin İçeriği ve Kamu Yararına Aykırılıklar

Dava konusu ihale işlemiyle, toplam 21 dağıtım bölgesine bölünmüş olan ve zaten özel bir şirket eliyle yürütülen Kayseri bölgesi dışında özelleştirilmesi düşünülen 20 dağıtım bölgesinde, kamuya ait 20 dağıtım şirketi kurulmuş ve TEDAŞ tarafından her bölgeye ilişkin İşletme Hakkı Devir (İHD) sözleşmeleri imzalanarak işletme hakları bu şirketlere devredilmiştir. İşletme hakkı sahibi olan kamu şirketlerine, EPDK tarafından dağıtım ve perakende satış lisansları verilmiştir ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası gereği, bu lisanslar kapsamında dağıtım hizmetleri yürütülmektedir.

Daha önce Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş. (BAŞKENT), İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş. (AYEDAŞ) Sakarya Elektrik Dağıtım A.Ş. (SEDAŞ)'ın özelleştirilmesi için ihaleye çıkılmış, ancak AYEDAŞ'ın özelleştirilmesi süreci durdurulmuştur. Bu kez dava konusu ihale işlemiyle iki yeni dağıtım bölgesinin özelleştirilme süreci başlatılmıştır. Bu ihale işlemlerini grup grup diğer dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesi öngörülmektedir. Yapılacak özelleştirme, işletme hakkına sahip bu şirketlerin hisselerinin blok satışı yöntemiyle gerçekleştirilmek istenmektedir.

İhale sonucunda hisseleri satın alacak özel şirket, işletme hakkına sahip şirket eliyle ilgili bölgede dağıtım ve perakende satış hizmetlerini tekel olarak yürütecektir.

İlk olarak özelleştirilen bölgelere baktığımızda, kayıp-kaçak oranının Türkiye ortalamasının çok altında bölgeler olduğu görülmektedir. Bu durumun bir istisnası olarak Aras Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin görev bölgesinde kayıp-kaçak oranı % 31.7 ile yüksek görünmektedir. Ancak bu bölgenin, 4628 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik çalışması sonucunda izole bölge kapsamına alınması ve diğer bölgelere göre çok daha avantajlı konumda ucuz enerji ithal ederek satması söz konusu olabilecektir. Nitekim yapılmakta olan yasa değişikliği ile

TETAŞ'ın elektrik enerjisi ithalatı yetkisi hükümetler arası anlaşmalarla sınırlandırılmakta, izole bölgeler oluşturulmasının ve özel şirketlerin enerji ithalatı yapabilmesinin yasal dayanağı oluşturulmaktadır. Kimi şirketlerin İran, Rusya ve Gürcistan başta olmak üzere, Aras EDAŞ'ın görev bölgesine sınır ülkelerden elektrik ithalatı için ön anlaşmalar imzaladığı bilinmektedir. Komşu ülkelerden son derece ucuza enerji ithalatının kamu eliyle gerçekleştirilerek, ülke içerisindeki fiyat artışının kontrol edilmesi olanağı yerine, bu avantaj da özel sektöre devredilerek, ucuz ithal enerjinin, bugünkü piyasa yapısında oluşan fahiş fiyatlardan satışına izin verilecek ve hiçbir katma değer üretmeyen bu şirketlerin aşırı karlar elde etmeleri sağlanacaktır.

Lazard verilerine göre kayıp-kaçakta ülke ortalaması % 17,8'dir. Bu oran, özelleştirilen BAŞKENT'te % 11,1, SEDAŞ'da % 12,3 ve Meram'da % 7.1'dir. **Özelleştirmenin en önemli hedefi olarak sunulan, kayıp-kaçak oranlarının düşürülerek hizmet kalitesinin yükseltilmesi, gerçekleştirilmek istenilen özelleştirme işleminde göz önünde bulundurulmamıştır.** Öncelikle kayıp-kaçak oranlarının düşük olduğu ve kamu eliyle enerji fiyatlarının dengelenmesinin sağlanabileceği bölgelerin özelleştirilmesi, zaten mali olarak zor durumda olan TEDAŞ'ın zararının artmasına neden olacaktır. Diğer yandan, özelleştirilmek istenen bölgeler, kayıp-kaçak oranının düşüklüğü dışında, elektrik tüketimi açısından da sanayi abonelerinin yoğun olduğu bölgelerdir. Bu durumda dava konusu özelleştirme işlemiyle, kamunun gelirlerinde ciddi bir azalma meydana geleceği gibi, elektrik dağıtım hizmetinin özelleştirilmesinin yaratacağı olası sıkıntıların ülke ekonomisi üzerindeki etkisi çok daha ağır olabilecektir. Elektrik tüketimi açısından şirketler tarafından karlı görülen bu bölgelerin öncelikli olarak özelleştirilmesinden sonra, kayıp-kaçak oranları yüksek, pazar payı düşük bölgelerin özel sektöre devredilememesi de ihtimal dahilindedir. Bu durumda, hem karlı bölgelerin özel sektöre devredilmesi nedeniyle kamu gelirinden mahrum olunacak, hem de diğer bölgelerde zararına kamu hizmeti verilmesi durumuyla karşı karşıya kalınacaktır. Geçmiş örneklerde de görüldüğü gibi böyle bir durumda sat-kurtul mantığıyla "ikiden sonra bedava" gibi yeni teşvikler içeren yöntemlerle, bu karsız dağıtım bölgelerinin özel sektöre devredilmesinin yollarının aranması da şaşırtıcı olmayacaktır.

Elektrik enerjisinin niteliği gereği üretim, iletim ve dağıtım aşamalarının birlikte ele alınarak belirli bir planlama dahilinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bugünkü parçalanmış yapı içerisinde, planlama olgusu tamamen devre dışı bırakılmıştır. Nitekim bugün için 4628 sayılı Yasa'nın amaçlarının hiç birinin gerçekleşmediği, özellikle arz güvenliği

sorununun daha da vahim bir hale geldiği görülmektedir. Bu duruma çözüm olarak dağıtım şirketlerinin satacağı elektriği kendilerinin üretmesi gündeme getirilmekte, öteden beri müvekkil EMO'nun ileri sürdüğü elektrik sisteminin parçalanamayacağı savı kabul edilmekte, ancak bu kez özel tekelleşmenin yolu açılmaktadır. Fakat buradaki en önemli sorunlardan biri de, özel tekel kurulması halinde planlamadan yoksunluk nedeniyle, özel tekelin getireceği zararlar yanında, arz güvenliği sorununun çözülememesi de söz konusu olacaktır.

Arz açığı nedeniyle bugün kamu eliyle gerçekleştirilen kesintilerin planlanması da olanaksızdır. Kamuya yatırım yaptırmama anlayışı nedeniyle kamunun elindeki dağıtım şirketlerinin elektrik sağlamak için özel sektöre bağımlılığının artacağı, tekelleşme yapısı içerisinde özel sektörün de ancak çok yüksek fiyatlara satış olanağı bulursa kamuya elektrik vereceği, aksi takdirde kendi dağıtım şirketleri ya da özel dağıtım şirketleri ile anlaşma yapacağı düşünülmektedir. Bu durumda kamunun elindeki bölgeler için elektrik kesinti riski artacaktır. Özel sektöre bırakılacak elektrik dağıtım bölgelerinde kullanıma sunulacak elektrik için kamu santralleriyle anlaşmalar yapılmıştır. Böylece dağıtım bölgelerini satın alacak şirketlere, satacakları enerjinin önemli bir bölümünü garantili bir yapı içerisinde alma olanağı sağlanmıştır.

Özel ya da kamu ayrımı olmaksızın elektriğin bugünün dünyasında temel bir kamu hizmeti olduğu, sürekli, kaliteli ve ucuz olarak yurttaşların kullanımına sunulması gerektiği açıktır. Bu temel ihtiyacı karşılamak da kamunun sorumluluğundadır. Oysa yapılan özelleştirme işlemiyle kamu elektrik kesintilerini dahi planlayamayacağı bir noktaya düşecektir. İçinde bulunduğumuz elektrik açığı ortamı dikkate alındığında özel sektöre bırakılmış bölgelerde yapılan anlaşmalar nedeniyle elektrik kesintisine gidemeyecek olan kamu, kendi sorumluluğunda bulunan bölgelerde sanayi-turizm-tarım gibi genel ekonomik dengeler açısından önemli yerlerde kesinti yapmak zorunda kalabilecektir. Bütüncül bir anlayış ve planlamadan uzak olarak, tamamen şirketlerin ticari kaygılarıyla yönlendirilmiş bir şekilde bir bölgeye elektrik verilip bir bölgeye elektrik verilememesi kamu hizmetinden eşit olarak yararlanma ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi genel ekonomi üzerinde yapacağı tahribatın çok daha ağır sonuçları olacağı açıktır.

Özelleştirme sonrası dağıtım şebekelerinde yapılacak olan muhtemel yatırımların bedeli, EPDK'nın onayladığı tarifelere yansıtılmıştır. Şirketlerin, gerek Dünya Bankası'nca ülkemize verilen kredilerle, gerekse kendi sağlayacakları kredi ve sermaye ile yapacakları varsayılan yatırımlar, şimdiden enerji kullanacak olanların ödeyecekleri tarifelerin içerisine eklenmiştir.

Tüm dağıtım bölgelerinde yapılacak iyileştirme yatırımları için Dünya Bankası'ndan kredi kullanılmış ve bu krediyle ilgili yatırımlar başlatılmıştır. Kayıp-kaçak oranının düşürülmesine yönelik çalışmaların finansmanı kamu eliyle karşılanmıştır. Son olarak getirilen otomatik fiyatlandırma mekanizmasıyla, her üç ayda bir yüksek oranlarda zamlarla karşılaşacağımız sürece girilmiştir. Dağıtım özelleştirmeleri öncesinde % 50'ye yakın bir enerji zammı gerçekleştirilmiş ve dağıtım bölgelerini devralacak özel şirketlere yüksek oranlarda kar garantisi sağlanmıştır.

Dağıtım özelleştirmesine ilişkin Lazard tarafından hazırlanan bilgi dokümanında, “Özelleştirmenin öncelikli amaçlarından biri de dağıtım sistem ve şebekesi üzerinde gerçekleştirilmesi gereken yatırımların özel sektör tarafından karşılanması ve bu sayede devlet bütçesi üzerindeki yükün azaltılmasıdır” denilmektedir. Yatırım finansmanının tarifeler yoluyla tüketicilerden karşılanacağı açık olduğuna göre, dağıtım hizmetinin özel sektöre bırakılmasıyla hangi yük devletin sırtından kaldırılmaktadır? Şirketler adına tüketicilerden tahsil edilebilen yatırım giderleri devlet adına tüketicilerden tahsil edilememekte midir? Bu yönüyle de yapılan özelleştirme işlemi, amaç yönünden hukuka ve kamu yararına aykırılık taşımaktadır.

Kaldı ki şirketler tarafından yapılan yatırımların nasıl denetleneceğine ilişkin yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Yatırımların hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda tarifeler yoluyla vatandaştan yapılmayan yatırımın bedeli tahsil edilmiş olacaktır. Bu duruma karşı kamu yararı gereği sözleşmenin feshedilmesine kadar varan cezai düzenlemeler öngörülmesi gerekirken, dava konusu işlemde kamu adına gereken güvenceler sağlanmamıştır.

Özelleştirmelerin gerçekleştirilmesi için izlenen yolda, TEDAŞ'a ait dağıtım şebekelerinin işletme hakkı devirleri, hisseleri satılacak olan bölge şirketlerine devredilmiştir. **Bu devirler kağıt üzerinde önemli bir bedel karşılığında yapılmıştır ve İHD bedeli de, EPDK tarafından onaylanan tarifelere eklenmiştir. Esasen şirketler arasında yapılmış olan bu devir işlemlerinde herhangi bir bedel ödemesi yapılmamıştır. Ancak her nasıl olmuşa, gerçekte kamuya ödemesi yapılmayan bu işletme hakkı devir bedelleri tarife içerisinde yer almıştır.** Bu durum, ucuzluk sağlayacağı iddia edilen özelleştirmelerin yalnızca gerçekleştirilebilmesi için yapılan işlemlerin dahi, enerji kullananlara ilave yükler getirmesi anlamına gelmektedir. Nitekim, maliyete dayalı tarife yapısı olarak iddia edilen yeni düzenlemelerde, hiçbir gerçekliği olmayan bir kalem, İHD bedeli adı altında tarifeye

eklenmiştir. **Özelleştirmeler nedeniyle önümüzdeki dönemin elektrik tarifelerinde bir maliyet unsuru olarak karşılığı bulunmayan İHD bedeli eklenmesi nedeniyle yapay bir artış gerçekleşmiştir.**

Tarifelerle ilgili bir diğer fiyat artırıcı durum da, gelir tavanı uygulamasıdır. Dağıtım bölgelerinde gerçekleşecek olan tüketim miktarından bağımsız olarak dağıtım şirketine belirli bir gelir garantisi verilmektedir. 01.09.2006 tarih ve 26276 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu Kararı’nın “*20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimi Hesaplanması ve Tarife Metodolojisi*” başlıklı ekinde, şirketlere garanti edilen gelir tavanı için 3 temel bileşen belirlenmiştir. İşletme giderleri bileşeni, yatırım bileşeni ve işletme hakkı devir bedeli bileşeninden oluşan gelir tavanı, tüketicilerin elektrik kullanımından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Buna karşın şirketin tüketimdeki olası bir düşme nedeniyle gelir tavanını sağlayamaması durumunda gelecek yıl bu garanti edilen tutarı tarife artışıyla elde etmesi öngörülmektedir. Davalı İdare adına Lazard tarafından hazırlanan Bilgi Dokümanında, “*dağıtım şirketinin tüketimdeki olası azalmadan dolayı gelir tavanında öngörülenden daha düşük bir gelir elde etmesi durumunda ortaya çıkan gelir eksikliği bir sonraki dönemde uygulanacak olan son kullanıcı tarifelerinin EPDK denetimi altında düzeltilmesiyle giderilmiş olacaktır*” denilmektedir. Belirli miktarda enerji satışını garanti etme anlamına gelen bu uygulamada, garanti edilen miktarda enerjinin satılamaması halinde, satılamayan enerjiden elde edilecek olan gelirin, bir sonraki yılın tarifelerine yansıtılması söz konusu olacaktır. **Elektrik üretimi alanında devletin alım garantili YİD ve Yİ sözleşmelerine, bu kez dağıtım alanında “vatandaşın alım garantisi” eklenmektedir. Enerji kullanıcıları, şirketin gelir tavanını garanti edecek miktarda elektrik tüketecek, tüketmemesi halinde, bir sonraki yıl bu tüketmediği enerji üzerinden, garanti edilen gelir tavanını ödeyecektir.**

Bu durum, ekonomideki bir kriz nedeniyle olası tüketim azalmasına karşı şirketleri koruduğu gibi 4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası ile öngörülen serbestleşme hedefine de tamamen aykırılık oluşturmaktadır. Ekonomik bir kriz nedeniyle olabilecek tüketim azalması durumunda, dağıtım hizmetini verecek olan özel şirkete gelir tavanı garantisi getirilmesi, kamu yararına aykırılık oluşturduğu gibi Anayasa’nın eşitlik ilkesine de aykırıdır.

EPDK tarafından onaylanan geçiş dönemi gelir tavanlarına, yine EPDK tarafından belirlenecek olan Enerji Piyasası Endeksi bazında enflasyon düzeltmesi de yapılacaktır. Böylece, şirketler her durumda belirli bir geliri mutlaka elde etmiş olacaklardır.

Kayıp-kaçak oranlarında öngörülen ve onaylanan hedeflerden daha fazla düşüş sağlanması durumunda ise şirketler tarife sisteminde yer almayan fazladan kara sahip olacaklardır. Yani şirkete garanti edilen gelir tavanının üzerinde bir kar elde etme olanağı sağlanmaktadır. Kayıp-kaçığın azaltılmasına yönelik yatırım giderlerini, işletme giderlerini tarifeye yansıtarak tüketicilerden tahsil eden şirketlerin, bu yatırımlar ve işletme giderleri karşılığında elde ettikleri fazladan karı tarifelerin düşürülmesi yöntemiyle tüketicilerle paylaşması öngörülmektedir. Yine dağıtım şirketlerinin, elektrik üreticilerinin fiyatlara zam yapmaları durumunda bu zammı doğrudan dağıtım ve perakende satış fiyatları aracılığıyla tüketicilere yansıtılmaları kurala bağlanmaktadır. Ancak aynı şirketler öngörülenden daha ucuza elektrik satın alma olanağı elde ettikleri zaman sağlayacakları fazladan karı da yine tarifeleri düşürmek yoluyla tüketicilerle paylaşmayacaklardır. Bu durum “nimet-külfet” ilişkisinde sürekli olarak elektrik kullanıcılarının aleyhine bir dengesizlik yaratacaktır.

Diğer yandan, şirketler için tarifelerin dışında başkaca gelir kalemleri de bulunmaktadır. Dağıtım şebekesine ilk bağlantı kurulumu ücreti ve kesinti veya yeniden bağlanma gerektiğinde alınan kesme/bağlanma bedeli gibi gelirler, tarifelerle elde edilecek gelirlerin dışında, şirketler için ayrı bir kar unsuru oluşturmaktadır.

Yukarıda anlatılan gelir sistemi, şirketleri yatırıma özendirmekten uzaktır. Şirketler, belirli bir geliri elde etmek için doğru ve yerinde yatırımlar yapmak, işletme verimliliğini artırmak gibi yönelimlere gereksinim duymayacaklardır. Elektriğin kesintisiz ve kaliteli sunumu için gerekli altyapı ve iyileştirme yatırımlarının yeterince yapılmaması halinde, gerilim veya frekans düşmesi, hatta uzun süreli elektrik kesintilerin yaşanılması kaçınılmaz olacaktır. Nitekim, dağıtım işletmelerinde ulaşılan teknoloji, sistemde meydana gelen arızaların anında tespit edilerek giderilmesini sağlayan bilgisayarlı izleme ve kontrol sistemlerini içermektedir. Bu tür yatırımların yapılması öngörülmeyen, yalnızca kayıp/kaçak oranlarının indirilmesine endeksli yapıda, özel şirketlerin kolayca başka yol ve yöntemlere başvurmalarının önü açılacaktır. **Mevcut elektrik enerjisi mevzuatı ve özelleştirme uygulamalarının, ancak şirketlerin para tahsilatında bir hızlanma yaratacağı, yatırımların ise gerektiği ölçüde yapılmayacağını göstermektedir.** Daha önce AKTAŞ örneğinde yaşandığı gibi, çeşitli muhasebe ve fatura oyunları ile özellikle kaçak elektrik miktarının düşük düzeylere kadar indirilmesi ve bu alanda başarı sağlandığının ileri sürülebilmesi olanakları tercih edilebilecektir.

Sonuç olarak;

Dağıtım sisteminin özelleştirilmesi sonrasında, hizmet kalitesinin yükseltilmesini amaçlayan yatırım ve iyileştirmelerin yeterince öngörülmemiş olması;

Şirket tarafından yapılması muhtemel yatırımların daha şimdiden tarifeye yansıtılmış olması;

Kayıp-kaçaklardaki azalmanın hangi oranda ve nasıl bir yöntemle gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntılı iş planlarının şirketlere yükümlülük olarak getirilmemiş olması;

Kayıp-kaçak oranları Türkiye ortalamasının çok altında olan ya da çeşitli yönlerden avantaj sahibi bölgelerin özelleştirilmekte olması;

İHD bedeli gibi gerçekte karşılığı bulunmayan maliyetlerin tarifelere yansıtılarak elektrik fiyatlarını artıracak olması; yapılan ihale işlemini kamu yararına aykırı kılmaktadır. Bu nedenlerle dava konusu işlemin iptali gerekir.

5. İmtiyaz Sözleşmesi İmzalanmaması Anayasa'ya ve Kamu Yararına Aykırıdır

Dava konusu ihale kararı ve ilanı ile ilgili işlemlere bakıldığında, mülkiyeti TEDAŞ'a ait olan dağıtım varlıklarının işletme hakkı, hisseleri satışa çıkartılan ve iktisadi devlet teşekkülü statüsündeki şirketlere devredilerek İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu şirketlerle ayrıca enerji satış anlaşmaları yapılmış ve EPDK tarafından dağıtım ve perakende satış lisansları verilmiştir. İhale sonucunda hisseleri alacak tüzel kişilerle de bir Hisse Satış Sözleşmesi imzalanacaktır.

Hisse satışı sonrasında iktisadi devlet teşekkülü olmaktan çıkarak, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi şirket haline gelecek olan dağıtım şirketleriyle, bir imtiyaz sözleşmesi imzalanması söz konusu değildir.

Elektrik Piyasası Yasası ile elektrik üretim ve dağıtım faaliyetlerinin özel kişilere gördürülmesinin düzenlenmiş olması ve EPDK'nın bu hizmeti yerine getirecek olan tüzel kişiliklere lisans veriyor olması, bir kamu hizmeti olan elektrik dağıtım hizmetinin özel kişilere devredilmesinde imtiyaz sözleşmesi düzenlenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle dava konusu işlem, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından yapılan "kamu hizmeti", "imtiyaz sözleşmesi" tanımlarına aykırılık taşımaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 1994/43 E. 1994/42-2 sayılı kararında şöyle denilmektedir:

“Oysa Anayasa yargısı alanında bir hizmetin ‘kamu hizmeti’, bir sözleşmenin de ‘imtiyaz sözleşmesi’ olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir.

Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz.”

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında, 3096 sayılı Yasa’daki “görevlendirme” sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçmemesini sağlamak için kullanıldığı vurgulanmaktadır. 3096 sayılı Yasa’da “imtiyaz”dan bahsedilmeyip, aksine “görevlendirme”den bahsedildiği halde, Danıştay tarafından da, bu Yasa çerçevesindeki sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Bu durum karşısında, Elektrik Piyasası Yasası’nda bir düzenleme ve denetleme kurulunun oluşturulmuş olması ve bu Kurul tarafından lisanslandırma işleminin yapılması, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi temel bir kamu hizmetinin işletilmesinin özel kişiye devredilmesini imtiyaz olmaktan çıkarmamaktadır.

Diğer yandan, Elektrik Piyasası Yasası ile getirilen “lisans” yönteminin incelenmesinden de, bu yöntemin imtiyaz yönteminin yerini aldığı söylenemez. Nitekim, bağımsız bir Kurum olan EPDK tarafından, yalnızca özel kişilere değil, bu alanda faaliyet gösteren kamu tüzel kişiliklerine de lisans verilmektedir. Hatta tamamen kamu tekelinde kalacak olan iletim faaliyeti için dahi, Türkiye Elektrik İletim A.Ş.’ye lisans verilmesi öngörülmüştür. Lisans işleminin, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin bir yöntemi olmadığı açıktır. EPDK, Elektrik Piyasası Yasası ile oluşturulmak istenen piyasanın kurallarını belirlemekte ve bu kurallara uygun davranılmasının gözetim/denetimini yapmaktadır. Bunu, kamu özel ayrımı olmaksızın gerçekleştirmekte ve alanda faaliyet gösteren tüzel kişilere yetkili oldukları faaliyetleri ve “piyasada” uymaları gereken kuralları belirleyen lisanslar vermektedir.

Anayasa’nın 155. maddesinin 2. fıkrasında, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” Danıştay’ın görevleri arasında sayılmıştır. Temel kamu hizmetlerinden olan elektrik dağıtım faaliyetlerinin, imtiyaz sözleşmesi yapılmaksızın özel kişilere devredilmesi, Anayasa’nın 155. maddesinde belirtilen Danıştay’ın düşüncesini bildirme görevini engelleyeceğinden, Anayasa’ya ve kamu yararına aykırılık teşkil edecektir.

6. İhale İlanında Yabancılara Yönelik Kısıtlama Getirilmemiştir

4628 sayılı Yasa'nın Özelleştirme başlıklı 14. maddesinin son fıkrasında,

“Bu özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, bu Kanun'da belirtilen piyasa faaliyetlerinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerden, yabancı gerçek ve tüzel kişiler elektrik üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinde, sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olamazlar”

hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinde, yabancılara yönelik kimi önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 1994/49 E. 1994/45-2 K ve 7.7.1994 tarihli kararında, *“Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancılara girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü, bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile çok yakından ilgilidir”* denilmektedir.

4628 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin son fıkrası, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtilen, yabancılaştırma tehlikesini bertaraf etmeye yönelik bir düzenlemedir. Ancak, maddenin düzenlenme şekli ve ifadelerin açık olmaması, bu amacın gerçekleşmesinin uygulamayla sağlanmasını gerektirmektedir. Bu durumda, elektrik dağıtım özelleştirilmeleri yapılırken, yabancılara kontrol oluşturmaya yönelik her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Bu önlem, hangi düzeyde ve nasıl alınacaktır? Mevcut ihale ilanı işleminde, yalnızca yabancılara ilgili düzenlemelere atıfta bulunulmakla yetinilmiş ve bunun dışında hiçbir önleyici kurala yer verilmemiştir.

Esasen dava konusu özelleştirme işlemi, yabancılara ilişkin mevzuata atıfta bulunurken, Anayasa ve yasalarla getirilen kısıtlamalara uygun hareket edildiği izlenimi vermeye çalışmakta, ancak işlemin içeriği ile, bu durumun tam aksine, dağıtım alanının yabancılara satışını organize etmektedir. Nitekim ihale dokümanları, dağıtım bölgelerini yabancı şirketlere satmaya yönelik şartlarla doludur. Yeterlilikle ilgili koşullar, yerli şirketlerin sağlayamayacağı içeriktedir.

Yabancılara yönelik kısıtlamaların, dağıtım özelleştirmeleri açısından, her bir dağıtım bölgesi için ayrı ayrı gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim, her bir dağıtım bölgesi, ayrı bir tekel oluşturacak şekilde ayrıştırılmıştır. İhaleyi kazanan şirket, bölge sınırları içerisinde münhasıran dağıtım yetkisine sahip olacaktır. Dağıtım şirketlerinin bu konumu, Rekabet Kurumu 1. Daire Görüşü'nde dağıtım faaliyetinin doğal tekel olduğu şeklinde sık sık vurgulanırken, “İlgili Ürün Pazarı” başlığı altında şu görüşlere yer verilmektedir:

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

“İlgili Coğrafi Pazar” başlığı altında da, “elektrik dağıtım hizmetleri açısından her bir dağıtım bölgesinin ayrı bir ilgili coğrafi Pazar oluşturduğu sonucuna varılmıştır” denilmektedir.

Ülke düzeyindeki elektrik dağıtım faaliyeti, birbirinden bağımsız 21 tekel tarafından yürütülecektir. Bu durumda, 4628 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde belirtilen yabancılara ilgili sınırlamanın, her bir dağıtım bölgesi için ayrı ayrı göz önüne alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, ihaleye çıkılırken, bu koşullara uygun kriterlerin belirlenmesi ve ihale ilanında, teklif verecek katılımcıların bünyesinde, yabancıların kontrol oluşturamayacaklarına ilişkin kurallar açıkça yer almalıdır.

Gerek ihale ilanında yabancıların kontrolüne yönelik kurallara yer verilmemiş olması, gerekse ihale dokümanlarında var olan ön yeterlilik koşullarının yerli şirketlerce sağlanamayacak düzeyde belirlenmesi, Anayasa'ya ve 4628 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin son fıkrasına açıkça aykırılık taşımaktadır.

7. 4628 Sayılı Yasa ve İhale İşleminin Anayasa'ya Aykırılıkları

Dava konusu ihale işlemi, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası hükümlerine uygun bir elektrik dağıtım piyasası oluşturma amacıyla yapılmaktadır. 4046 sayılı Yasa, yalnızca satış işleminin usul ve kurallarını belirleyen bir araç Yasa'dır. Dolayısıyla, yapılan özelleştirme, 4628 sayılı Yasa'yla belirlenen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilecek olup, satış sonrasında da, yalnızca bu Yasa hükümlerine göre faaliyet yürütülecektir.

Dava konusu işlemin amacı ile, koşul ve şartlarını belirleyen 4628 sayılı Yasa'nın ihale işleminde uygulanacak kimi hükümleri, Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır.

7. a) 4628 Sayılı Yasa'nın 3. Maddesi

4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası'nın 3. maddesinin (c) bendinin (3) numaralı alt bendinin ikinci ve üçüncü paragraflarında, 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda, tekel konumunda bulunan dağıtım şirketlerine, üretim şirketi kurma ve bu şirketten alacağı elektrik miktarı konularındaki sınırlama ortadan kaldırılmıştır. Maddenin eski hali aşağıdaki gibidir:

“Özel sektör dağıtım şirketleri, dağıtım ve perakende satış faaliyeti dışında, lisanslarında belirtilen bölgelerde üretim lisansı almak kaydıyla ve yıllık elektrik enerjisi üretimi bir önceki yılda bölgelerinde tüketime sunulan yıllık toplam elektrik enerjisi miktarının yüzde yirmisinden fazla olmamak üzere üretim tesisi kurabilir.

Dağıtım şirketleri sahibi olduğu veya iştirak ilişkisinde bulunduğu üretim şirketi veya şirketlerinden, bölgelerinde bir önceki yılda dağıtımını yaptıkları yıllık toplam miktarın yüzde yirmisinden fazla elektrik enerjisi satın alamaz”

Maddenin değişiklikten sonraki yürürlükte olan şekli ise şöyledir;

“Özel sektör dağıtım şirketleri, dağıtım veya perakende satış faaliyeti dışında, üretim lisansı almak ve hesapları ayrı tutulmak kaydıyla üretim tesisi kurabilir ve sahibi olduğu veya iştirak ilişkisinde bulunduğu üretim şirketi veya şirketlerinden ülke ortalama elektrik toptan satış fiyatını geçmeyecek fiyattan elektrik enerjisi satın alabilir.

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

Eski düzenleme ile dağıtım şirketlerinin dikey bütünleşme içerisine girmesine sınırlama getirilmekte, ancak bir önceki yıl dağıtımını yaptığı bölgede tüketime sunulan elektrik miktarının % 20'si oranında elektrik üretebilme ve sahibi olduğu veya iştirak ilişkisinde bulunduğu üretim şirketlerinden ancak aynı oranda elektrik alabilme hakkı tanınmaktaydı.

Mevcut düzenlemede, bu sınırlamalar kaldırılmış ve yerine hesapların ayrı tutulması ve belirli bir fiyat tavanı konulmakla yetinilmiştir. **Bu düzenleme, dağıtım şirketlerinin sınırsız bir şekilde üretim şirketi sahibi olmasına izin vermesi ve dağıttığı enerjinin tümünü kendi üretim şirketlerinden sağlama olanağı getirmesi nedeniyle, dikey bütünleşme yoluyla tekelleşmeye yol açacaktır.**

Diğer yandan, bir dağıtım bölgesine ait lisansı elinde bulunduran tüzel kişi açısından, başkaca dağıtım bölgelerinin de lisansını alması önünde engel bulunmamaktadır. İhaleler sonucunda ya da daha sonra hisse devirleriyle, bütün dağıtım bölgelerinin aynı kişilerin elinde toplanması olanağı bulunmaktadır. Düzenleme bu yönüyle de, yatay bütünleşme yoluyla tekelleşmeye açık tutulmuştur.

Elektrik Piyasası Yasası, bütün ülkedeki dağıtım şirketlerinin tek bir elde toplanması ve bu tüzel kişinin ülke düzeyinde satacağı elektriğin tümünü kendisinin üretmesini engelleyecek hiç bir kural öngörmemektedir.

Anayasa'nın 167. maddesi, devlete, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma; piyasalarda tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi vermiştir.

Elektrik üretimi ve dağıtımını gibi stratejik bir kamu hizmeti alanında yapılacak özelleştirme ve serbestleştirmeye yönelik düzenlemelerde, yatay ve dikey bütünleşmeyi önleyici kuralların getirilmesi ve böylece tekelleşmenin önlenmesi gerekir. Aksi halde, doğası gereği tekel oluşturan elektrik enerjisi alanında, tüm alanı kapsayan özel tekelleşmenin yaşanması kaçınılmazdır. Nitekim özelleştirmelerini büyük oranda gerçekleştirmiş pek çok Avrupa ülkesinde tekelleşmeler yaşanmaktadır ve bu ülkeler tekelleşmelere karşı önlem arayışı içerisine girmişlerdir. Bu alanda yaşanan tekelleşme, yalnızca ülke içerisinde etkisini göstermemekte, büyük enerji şirketleri birden fazla ülkenin enerji üretim ve dağıtımını hizmetlerini bünyelerine toplamaktadırlar. Bu şirketlerin, ülkemizin dağıtım özelleştirmelerine ilgi duyduğu da bilinen bir gerçektir.

Diğer yandan, elektrik enerjisi alanındaki serbestleşme sonunda rekabet ortamının tesisi açısından sektör; üretim, iletim, toptan satış, dağıtım ve perakende satış olarak beş parçaya bölünmüştür. Bu parçalardan yalnız iletim alanı kamuda kalacak, diğer alanlarda özel şirketler faaliyet gösterecektir. **Rekabetin tesisi açısından öngörülen bu parçalanmada yalnızca üretim ve dağıtım alanında yaşanacak entegrasyon nedeniyle değil, perakende satış şirketlerinin ayrı olmasına yönelik düzenlemeler nedeniyle de zafiyet söz konusudur. Perakende satış hizmetlerinin ayrı şirketler eliyle yürütülmesi öngörülmüşken, bu hizmetleri lisans almak koşuluyla dağıtım şirketlerinin de üstlenebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece, dikey entegrasyonun bir diğer parçası da tamamlanmış bulunmaktadır. Nitekim mevcut özelleştirme stratejisinde, perakende satış şirketlerinin ayrı özelleştirilmesinden vazgeçilmiş, dağıtım şirketlerine aynı zamanda bu görev de verilmiştir.**

Dava konusu ihale işlemlerine yönelik olarak Rekabet Kurulu tarafından verilen görüşte de, en iyi çözümün perakende satış şirketlerinin ayrıştırılarak özelleştirilmesi olduğu vurgulanmaktadır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası'nda, tekelleşmeyi sınırlı da olsa önlemeye yönelik hükümlerin yürürlükten kaldırılarak, dağıtım şirketlerinin sınırsız şekilde üretim şirketi sahibi olacağına yönelik düzenleme Anayasa'nın 167. maddesine açıkça aykırılık taşımaktadır. Aynı şekilde, Yasada yatay bütünleşmeyi engelleyen hükümlerin bulunmaması ve perakende satış hizmetlerinin dağıtım şirketleri tarafından yapılabileceğine dair düzenlemenin de tekelleşme yaratacağı açıktır. Böyle bir yapı, bir kamu hizmeti olan elektriğe tüketicinin, ucuz, kaliteli ve sürekli ulaşımının sağlanması önünde de engel oluşturacağı için, ayrıca Anayasa'nın 172. Maddesi'ne de uygunluk taşımamaktadır.

Yasa'nın "Lisans genel esasları ve lisans türleri" başlıklı 3. maddesi hakkında Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunuyor ve Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını talep ediyoruz.

7. b) 4628 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesinin 3. Fıkrası

24.05.2006 tarih ve 26177 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5496 sayılı Yasanın 2 nci maddesiyle 4628 sayılı Elektrik Piyasası Yasası'nın 2. maddesinin 3. fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Piyasada faaliyet gösterebilecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki hisselerinin nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin ana sözleşmelerinde bulunması gereken hususlar yönetmelikle düzenlenir.”

Maddenin eski hali ise şu şekildedir:

“Piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmaları ve anonim şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerinin tamamının nama yazılı olması şarttır. Bu şirketlerin asgari sermayeleri ile ana sözleşmelerinde bulunması gereken sair hususlar yönetmelikle düzenlenir.”

4628 sayılı yasanın eski halinde, elektrik piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerin hisselerinin tamamının nama yazılı olması koşulu bulunmaktadır. Bu kural şirket hisselerinin el değiştirmesine ve dolayısıyla borsada işlem görmesine olanak tanımamak suretiyle bazı kamusal önlemlerin alınmasını amaçlamaktadır. 4628 sayılı yasanın amaçlarından biri de, elektrik piyasasında tekelleşmenin önlenerek rekabetçi bir yapının kurulmasıdır.

Enerji alanında tekelleşmenin yaşanmaması için, faaliyet gösteren şirketlerin ve bu şirketlerin pay sahiplerinin izlenmesi gerekir. Alana girişlerde ve tüm el değiştirmelerde bildirim yapılmalı ve izin alınmalıdır. Ancak bu şekilde tekelleşmenin önüne geçecek önlemlerin alınması söz konusu olabilir. Dolayısıyla, Yasa'nın önceki halinde olduğu gibi, faaliyet gösterecek şirketlerin hisselerinin nama yazılı olması zorunluluğu doğmaktadır. Yasa'nın önceki şeklindeki kuralın, Anayasa'nın 167. Maddesi'nde yer alan, devletin “*piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi*” önleme görevinin yerine getirilmesi amacı ile yapıldığı anlaşılmaktadır. Yasa'da zaten belirsiz olan piyasa yapısında, aynı şirket ya da grupların, üretim ve dağıtım alanlarında faaliyet göstererek tekel oluşturmalarının ve dikey bütünleşmenin önüne geçilebilmesi için getirilecek kuralların dolaylı yollardan aşılma isteneceği açıktır. Diğer yandan, doğal tekel oluşturan elektrik üretim ve dağıtım faaliyetlerinde yer alacak unsurların, piyasaya hakim olma yönünde

eğilimlerinin daha baştan var olacağı da (Avrupa ülkeleri örneklerinde yaşandığı gibi) bilinen bir gerçektir.

4628 sayılı yasanın 2'inci maddesinin eski halinde bulunan anonim şirketlerin hisselerinin nama yazılı olması kuralı, dolaylı yoldan piyasa üzerinde kontrol oluşturulmasına engel olma amacını taşımaktadır. Değişiklik sonrasındaki düzenlemeyle, borsada işlem gören şirketlere ait hisselerin kimin elinde olduğu bilinmeyecek ve bu hisselerin piyasada faaliyet gösteren şirket ve gruplarca toplanarak bir tekelleşmenin ortaya çıkması olanağını doğuracaktır.

Diğer yandan, hisseleri satılan dağıtım şirketlerinin bir kısım hisselerinin, borsada işlem görmesi, halka arz gibi yöntemlerle küçük tasarruf sahipleri dahil olmak üzere başkaca ellere devredilmesi durumunda çeşitli ekonomik ve sosyal sorunların doğması ihtimali de bulunmaktadır. ÇEAŞ ve Kepez örneğinde yaşanan mağdurların durumuna hala bir çözüm bulunamamışken, ileride böylesi bir sonuç doğurabilecek şekilde dağıtım şirketlerinin hisselerinin devrinin önü açık tutulmaktadır. Dağıtım hizmetini yürüten bu şirketlerin olası herhangi bir nedenle lisanslarının iptal edilmesi ve işletme hakkı devir sözleşmelerinin geçersiz kılınmasıyla içi boş şirketler ve bu şirketlere yatırım yapmış mağdur yatırımcılar doğacaktır.

Konuyla ilgili diğer bir husus da yabancılaşma ile ilgilidir. 4628 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında *"Bu özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, bu kanunda belirtilen piyasa faaliyetlerinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerden, yabancı gerçek ve tüzel kişiler elektrik üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinde sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olamazlar"* hükmü yer almaktadır. Bu kural da Anayasal ilkeler gereği, stratejik alanlarda yabancılara yönelik kısıtlamalar getirilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Anonim şirketlerin hisselerinin nama yazılı olması kuralı, bu sınırlamanın da dolaylı yollardan aşılmasını engelleyici bir kuraldır. **Borsada işlem gören şirketlere ait hisselerin elektrik piyasasında faaliyet gösteren yabancı şirketlerce toplanması durumunda, yabancıların sektörel bazda kontrol oluşturabilmeleri olanağı doğabilecektir.**

Nitekim bu düzenlemenin temel amacının yabancıların ihalelere katılabilmelerini sağlamak olduğu ifade edilmekte ve hatta dağıtım ihalelerine yönelik hazırlanan şartname ile yerli firmaları dışarıda bırakacak kriterler öngörülmektedir. Yasa'da

tekelleşmeyi engelleyici hükümlerin kaldırılmış olması da düşünüldüğünde, ülkemiz elektrik piyasasının tamamıyla yabancı özel tekellerin eline geçmesi ihtimali bulunmaktadır. Bir yandan, hisseleri borsada işlem gören şirketlerin ihaleye katılmaları söz konusu olabileceken, diğer yandan, dava konusu ihale işleminin tamamlanmasından sonra satılan dağıtım şirketlerinin hisseleri borsada halka arz edilebilecektir.

Bu nedenlerle 4628 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 3. fıkrasının Anyasa'nın başlangıç hükümleri ile, 5. 167. ve 172. maddelerine aykırı olduğu kanısındayız. Bu maddeyle ilgili itirazımızın da değerlendirilerek, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını talep ederiz.

8. Yürütmenin Durdurulması İstemi

Dava konusu işlem açıkça hukuka aykırı olduğu gibi, uygulanması halinde giderilmesi imkansız zararlar da doğuracak niteliktedir. Bu nedenlerle, yürütmenin durdurulması isteminde bulunulması zorunluluğu doğmuştur.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda belirttiğimiz ve resen göz önüne alınacak nedenlerle, dava konusu idari işlemin iptaline; dava sonuna kadar yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesini vekaleten dilerim. Saygılarımla. 30.06.2008

EMO Vekili
Av. Hayati KÜÇÜK

EKLER : 1. Vekaletname örn.
2. Dava konusu ihale ilanı
3. Bilgi dokümanı