

ENERJİDE

KAMU - ÖZEL SEKTÖR ORTAKLIĞI

- AVRUPA'DA KAMU HİZMETİ İMTİYAZLARININ VE İDARI İŞLEMLERİN SONLANDIRILMASI-

Kim TALUS*

Çev.: Gözde CANTÜRK**

1. Giriş

Kamu-özel sektör ortaklığı (bundan sonra 'PPP' olarak ifade edilecektir) kamu sektörü ile özel sektör arasındaki çeşitli işbirliği türlerini bünyesinde toplayan genel bir terimdir. PPP'ler çoğunlukla altyapı projelerini yürütmeyi ya da kamuya hizmet sağlamayı amaçlamaktadır. Bu tür taahhütler özel operatörleri ve kamu makamlarını kapsayan karmaşık yasal ve finansal düzenlemeler gerektirir. Söz konusu düzenlemeler Avrupa Komisyonu'nun (EC) çeşitli sektörlerinde ve özel olarak ulaşım, enerji, altyapı, kamu güvenliği, atık yönetimi ve su dağıtım alanlarında geniş çapta kullanılmaktadır. Bu makale temel olarak enerji ve altyapı projelerine odaklanacaktır.

PPP'ler çeşitli sektörlerde geniş çaplı olarak kullanılmalarına karşın sektörden bağımsız birtakım ortak özellikleri bulunmaktadır: Bunlar PPP'lerin uzun vadeli yapıları, özel sektörün rolü ve bir risk dağıtım mekanizması olarak sözleşmenin esas önemidir.

Çeşitli ortaklık düzenlemeleri normalde devletin sorumluluğu olacak bir faaliyetin aktarılmasını amaçlar. Bu özel sektör finansmanını kamu sektörüne çekmenin bir yoludur. Devlet ile özel sektör arasındaki bu tür işbirliğine giderek artan ilginin sebeplerinden bazıları da öngörülen verimlilik kazançları, bütçeye yönelik sınırlı etki ve özel sektörlerin sahip olabileceği know-how bilgisine olan ilgidir. Bütçeye yönelik etki özellikle yeni Avrupa Birliği (AB) üye devletlerinin ve

* Helsinki Üniversitesi Uluslararası Ekonomi Hukuku Enstitüsü doktora öğrencisi, Finlandiya Avrupa Hukuku ve Siyaseti Kuruluşları Uzmanlık Merkezi üyesi.

** Ar. Gör., Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD yüksek lisans öğrencisi.

aday ülkelerin pek çoğu için özellikle önem taşımaktadır. Bu olgu ayrıca devletin rolünün temelindeki ideolojinin doğrudan işletmeciden denetçi ve düzenleyiciye derin dönüşümünü yansıtmaktadır. Örneklemin değişimi -devletten piyasaya- özel sektörün finanse ettiği ve işlettiği bir ekonomiye dönüşür, bu ekonomide devletin rolü sistemin işlerliğini ve güvenilirliğini sağlamaktır.

2 Giriş Niteliğinde Bazı Tanımlar

Yukarıda belirtildiği üzere, PPP tek tip bir çözüm değildir; aksine, çeşitli işbirliği biçimleri mevcuttur ve bazen bu modeller arasında ayırım yapmak zordur.

Bu makaleye farklı ortaklık modellerini inceleyerek başlayacağız. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; çeşitli modellerin sınıflandırılması ulusal hukuk ile AT hukukunda farklı olabilir ve çoğunlukla da farklıdır. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İşbirliği Modelleri

Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları ve Kamu Sözleşmeleri ve İmtiyazları Hakkında Topluluk Hukukuna İlişkin Yeşil Kitap şu iki tür PPP arasında bir ön ayırım yapar:

1. Özel sektör iştirakçisi ile kamu sektörü aktörü arasındaki ortaklığın bütünüyle sözleşmeye dayalı olduğu Sözleşme PPP'leri.
2. Ortaklığın (yalnızca) sözleşme çerçevesinde düzenlemelere dayalı olmayıp, (ayrıca) bağımsız bir teşebbüs aracılığıyla yürütüldüğü Kurumsal PPP'ler.

Sözleşme PPP'leri içerisinde AT hukuku ayrıca '*kamu sözleşmesi*' ile '*imtiyaz sözleşmesi*' arasındaki ayrımı da kabul etmektedir. Bu ayırım örneğin Kamu Sözleşmeleri Direktifi'nin uygulanmasında yararlıdır. Bu Direktif (m. 1) ayrıca iki farklı sözleşmenin bir tanımını içermektedir. Bu iki tipte sözleşme PPP'si arasındaki ana fark, bir imtiyazda imtiyaz sahibine ait gelirin tamamen veya en azından kısmen imtiyaz konusundan yararlanma hakkından gelmektedir. Bayındırlık işleri sözleşmesi/kamu hizmet sözleşmesi ile imtiyaz sözleşmesi arasındaki bu ayırım özellikle sözleşme akdinde geçerli kuralları tanımlaması açısından önem taşımaktadır.

Bu makalenin odak noktası öncelikli olarak kamu hizmeti imtiyazları ve işletme ruhsatları gibi özel idari muamelelerdir. Çeşitli sözleşme düzenlemelerinden ve bazen karmaşık nitelikteki yönetmeliklerden dolayı, bir düzenlemenin AT hukuku çerçevesinde bir imtiyaz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ayımsamak çoğunlukla zordur. Yukarıda belirtilen Direktifin rehberliğinin yanı sıra, bir kamu hizmeti imtiyazının ana özellikleri Avrupa Adalet Mahkemesi (ECJ) tarafından tanımlanmıştır. ECJ'nin içtihat hukukuna göre, bir düzenlemenin imtiyaz olarak nitelendirilmesi için imtiyaz sahibi, hizmet temininin kapsadığı asli ya da en azından temel nitelikteki iktisadi riski üstlenmelidir. İkincisi, hizmetin lehtarları bir üçüncü şahıs olmalıdır. Verilen hizmetin kamu menfaatine yönelik bir konu ile ilgili olması, her zaman gerekli olmamasına karşın, genellikle üçüncü kıstas olarak değerlendirilir. Kamu menfaatinin gerekliliği ile ilgili bu tartışma normalde kamu menfaatini ilgilendiren enerjiye yönelik konularda çoğu zaman geçerli değildir.

Sözleşmeye dayalı bir düzenlemenin bir kamu hizmeti imtiyazı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği durum bazında belirlenmelidir, elde edilecek sonuç çeşitli etkenlere dayalıdır (bu etkenlerin yukarıda belirtilen iki tanesi en önemlileridir).

Bu sözleşmeye dayalı çözümlere ek olarak, özel sektör kurumsal bir PPP aracılığıyla göz önüne alınabilir. Bu noktada çeşitli seçenekler mevcuttur: ortak girişim modeli (*joint venture*), özel sektörün mevcut bir kamu teşebbüsünün denetimini ele alması, vs. gibi. Bu tür bir işbirliğinin mantıksal temeli devletin sözleşmeye dayalı düzenlemelerdeki denetimine kıyasla faaliyetler üzerindeki denetiminin daha güçlü olduğu yönündedir. Kurumsal bir sözleşmenin feshi ve yürürlükten kaldırılması ile sözleşmeye dayalı düzenlemenin (bu düzenleme ister idare hukuku sözleşmesi ister özel hukuk sözleşmesi olsun) sona erdirilmesi arasındaki önemli farklardan ötürü, bu makale kurumsal işbirliğinin sona erdirilmesi sorusunu incelemeyecektir.

Tek Taraflı Modeller ve Sözleşme Modelleri ile Bir Kıyaslama

Her ne kadar uluslararası kıyaslamada, imtiyaz modeli bir PPP'nin yürütülmesinden daha genel nitelik taşısa da, bir lisans planı gibi lisans sahibinin gelirin bir lisansı kullanmaktan kaynaklandığı daha

tek taraflı eylemler aracılığıyla da; bir başka deyişle, faaliyetlerin güvenilirliği üzerinde devletin denetimi muhafaza edilerek, daha önceden devletin yürüttüğü faaliyetlerin özel sektöre aktarılmasıyla da aynı sonuç alınabilir.

“Sözleşmeye dayalı / kurumsal” ve “tek taraflı işlem” şeklindeki bu iki seçenek arasında bulunan büyük farklılıklara karşın, bunlar pek çok açıdan benzerdirler. Bu daha genel açıdan çeşitli PPP modelleri için doğrudur: bu modeller daima belli bir durum için özel olarak tasarlanmış olmakla beraber, tüm kamu-özel sektör işbirliği biçimleri için aynı öğeleri ve öncelik hususlarını içerirler. Bu benzerliklerden bazıları şimdi kısaca incelenecektir.

Öncelikle ve yukarıda belirtildiği üzere açıkça, bu seçenekler ortak bir amacı paylaşırlar.

Her iki seçenek da uzun vadeli taahhüt öngörür. İmtiyazlar ve/veya lisanslar uzun vadeliden (örn. bir yıl civarı) çok uzun vadeliye (örn. 50 yıl civarı) kadar çeşitlilik gösterebilir. Düzenlemenin süresi diğer etkenlerin yanı sıra imtiyaz veya lisans sahibinin şartlarına da dayalıdır. Düzenleme büyük ölçekli (çoğunlukla dışa dönük yatırımlar) yapma yükümlülüğünü içerdiği takdirde, bu süreye yansıtılır. Özel teşebbüse ait mantıksal temel düzenlemeden kâr etmektir.

Özel teşebbüsler çok önemli bir işleve sahiptir. Özel teşebbüs muhtemel yatırım yükümlülüklerine ilaveten, düzenli olarak şebeke ya da diğer türde tesislerle ilgili bakım işini yürütme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca tesisi işletip denetlemekte, idareye yalnızca denetleme işlevini bırakmaktadır.

Bu makale açısından, işbirliğinin iktisadi temellerini karşılıklı olarak faydalı hale getirmek için tümü risk dağılımı dâhil, sabit ve açık bir temel gereklidir. Bu bölümün genel hatları kanunda belirlenmiş olabilir, ancak imtiyaz sözleşmesinde ya da lisans şartlarında genellikle daha ayrıntılı olarak tanımlanmaktadır. İşbirliğinin bir sözleşmeye veya bir lisansa dayalı olup olmadığından bağımsız olarak, içerdiği riskler çok benzer olup yüksek finansal riskler ve işbirliğinin uzun vadeli yapısı gibi hususlardan kaynaklanmaktadır. İkinci risk hem (gelecekteki taleplerden ve kullanılabilirlik riskinden dolayı) iktisadi hem de (yatırım ortamında potansiyel değişikliklere dönüşen) siyasi bir risk içermektedir. Uzun vadeli projeler ayrıca gizli korumacılık, sür-

dürülebilirlik riski, yapım riski, kur riski, çevresel risk ve benzeri gibi çok sayıda başka riske de tabidir.

İşbirliği koşullarını düzeltme fırsatı ayrıca gerekli olup bu koşullar yine kanun ya da sözleşmede yahut lisans koşullarında tanımlanmaktadır. Aynı durum işbirliğinin sona erdirilmesinde de geçerlidir.

Yukarıda belirtildiği gibi, bu makale enerji sektöründe kamu hizmeti imtiyazlarına ve lisans ve izinler gibi idari muamelelere odaklanmaktadır. Amaç AB’de verilen imtiyaz veya lisanslara yönelik ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirmek değildir. Bunun yerine, bu makale diğer ilgili yayınlarda ele alınmamış bir konuya, Avrupa’da enerji imtiyazlarının ve/veya lisanslarının iptali konusuna odaklanmaktadır. Temelinde yatan fikir, Avrupa’daki sözleşme ilkelerinin özel teşebbüse sunduğu koruma türünün belirlenmesidir. Devlet, imtiyazda veya lisansla geçerli koşullarla yahut mevzuatla sözde uyumsuzluk durumundan dolayı imtiyazı ya da lisansı iptal etme girişiminde bulunmaktadır. Bu nedenle bu makale özel teşebbüsün gerçekleştirdiği fesihlere değil, yalnızca kamu makamlarının başlattığı fesihlere odaklanmaktadır. Uygulanacak hukuka ilaveten, ayrıca çeşitli üye devletlerdeki mevcut uygulamaya genel bir bakış sunmaktayız. Diğer bir ifadeyle, bu makale imtiyaz verme işleminin nasıl mümkün olduğunca şeffaf ya da etkin hale getirileceği ile değil, projenin icra aşamasında ortaya çıkan sorunların hukuki sonuçları ile ilgilenir.

PPP’lerin yürütülmesinde ulusal çözümlerin büyük ölçüde farklılık gösterdiği göz önüne alındığında, bu makaleye ilişkin en önemli sorular bu ulusal farklılıkların etkisi ve AT hukuku çerçevesinde ulusal çözümlerin sınıflandırılmasıdır. Bu sorular makalenin sonraki bölümlerinde incelenecektir.

3. Ulusal Sistemlerde Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin Uygulanabilirliği

Belirtildiği üzere, AB’de PPP’lerin yürütülmesinde ulusal çözümler bir üye devletten diğerine değişiklik göstermektedir. Bazı devletler sözleşmeye dayalı çözümleri uygularken diğerleri lisans ya da izin planlarını uygulamaktadır. Yukarıda ele alınan şekilde, ulusal çözümlerdeki farklılıklara karşın, tüm bu modellerde ortak bir hedef, ortak sorunlar ve güçlü işlevsel benzerlik dâhil, birçok ortak nokta bu-

lunmaktadır. Benzer şekilde, sundukları yasal koruma, düzenlemenin gerçekleştirilmesi için seçilen kanuni usulden bağımsız olarak benzer niteliktedir ya da öyle olmalıdır. Yatırım için uluslararası rekabetten gelen baskı gibi tatbiki hususlara ilaveten, doğrudan ya da dolaylı olarak bu projelerle ilgilenen AT kanunlarının giderek artması bu çerçevede uyumlaştırılmış bir yaklaşım gerektirmektedir.

Bazı ülkelerde sözleşme PPP'leri özel hukuk sözleşmeleri kapsamına, bazılarında ise kamu hukuku sözleşmeleri kapsamına girer. Buna karşın, (i) *sözleşmelerin feshine ilişkin ilkelerin o derece farklı olmadığı ve (ii) daha ileri düzeyde uyumlaştırılması gerektiği* iddia edilebilir.

Birkaç üye devlette, idare ile yüklenici arasında düzenlenen herhangi bir sözleşme benzer şekilde kamu hukukuna tabi bir idari sözleşmedir. Fransa bu tür yargı örneklerinden biri olup muhtemelen en uzun idari sözleşme geleneğine sahip ülkeyi temsil ettiğinden gerçekten iyi bir örnek teşkil etmektedir.

Fransız yasal sistemi çerçevesinde bir sözleşme, kamu hukukuna tabi yetkili bir şahıs tarafından akdedildiği, bir kamu hizmeti gerçekleştirmeyi amaçladığı takdirde ve ücretlendirme hizmetin yürütülmesinden sağlanıyor ise bir *hizmet imtiyazı* olarak değerlendirilir. Öte yandan, bir işe ait imtiyazın Fransız tanımı AT ihale kanunlarının yaklaşımını izler. Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için idare tarafından akdedilen veya normalde özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen 'yüksek' şartlar içeren tüm sözleşmeler gibi bu imtiyazlar da idare hukukuna tabidir. Enerji veya enerji altyapısı alanında bir imtiyaz verilmesi durumunda, sözleşme çoğu durumda bir kamu hizmeti amacı şartını karşılar. Bu (i) *sözleşme kapsamındaki ihtilafların idari mahkemelerin yetkisi kapsamına gireceği ve (ii) sözleşmenin (özel hukuk sözleşmeleri hariç olmak üzere) idare hukukuna tabi olduğu anlamına gelmektedir.*

Bunun sözleşmenin feshinde çok önemli bir sonucu vardır: idare, daima kamu menfaatine dayalı olarak tek taraflı değişiklik yapma veya sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Buna karşın, söz konusu değişiklik veya fesih hakkı tazminatsız değildir. Devlet bu olumsuz etkinin imtiyaz sahibi üzerindeki etkisini dengelemek için tazminat ödemek zorundadır, bu noktada kanı, taraflar arasında kararlaştırılmış iktisadi dengeyi başlangıçtaki haline geri getirmektir. İmtiyaz sahibinin menfaatleri ayrıca (hizmeti sürdürme yükümlülüğü ile birlikte) istisnai durum değişikliklerinde tazminat hakkı aracılığıyla

korunmaktadır. Daha genel bir düzeyde, çeşitli PPP'lerin niteliğinin çoğunlukla kesinlikten uzak olduğuna ve alandaki yeni uygulamaların sözleşmeye dayalı öğeler ile sözleşme dışı öğeleri karıştırarak işleri daha da karmaşık hale getirdiğine dikkat çekilmiştir.

Almanya'da durum özellikle zor görünmektedir ve tek taraflı işlemler ile bir sözleşme arasında ayırım yapmak zordur. Bundan dolayı, 1900'lerin başından beri ortaya konulan, kamu sözleşmelerinin özel bir tür sözleşme olup bir şekilde farklı bir yaklaşım mı gösterdiği yoksa diğer tüm sözleşmelerle aynı hukuki mahiyette mi olduğu sorusu halen önem taşımaktadır. Bu makalenin yaklaşımı bunun belli bir ölçüde sözleşmenin konusuna dayalı olduğu yönündedir.

Tartışmasız, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, kamu menfaati kamu hukuku sözleşmelerinin önemli bir unsurudur. Bununla birlikte, geçerli özel hukuk doktrinlerinin ve kamu politikası etkenlerinin işlevleri durumdan duruma değişiklik göstermektedir. Kamu hizmeti alanı ile bağlantı arttıkça kamu menfaatinin ağırlığı da artacaktır.

Bütünüyle maddi ve iktisadi alan ile bağlantı arttıkça da kamu menfaatine daha az, genel sözleşme hukuku ilkelerine ise daha fazla önem verilecektir. Son olarak, belli bir husus için özel bir kamu hukuku doktrini geçerli olmadığı sürece özel hukuk ilkeleri uygulanmalıdır. Bu özellikle Avrupa sözleşme hukuku ilkelerini kapsamaktadır. Bu yaklaşım ayrıca, Avrupa (özel) sözleşme hukuku ilkelerinin kamu hukuku niteliğindeki hak ve yükümlülüklerle uygulanabileceğini belirten Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda, değiştirilmiş ve ekli bir biçimde olsa da kabul edilmiştir.

Bu makalenin yaklaşımının genel bir Avrupalı yaklaşımı olduğu vurgulanmalıdır. Özel hukuk ilkeleri ile kamu hukuku ilkeleri arasındaki ilişki, bunların çeşitli durumlara uyarlanabilirlikleri ve ulusal yasal çerçeve devletten devlete değişir. Buna göre, üye devlete bağlı olarak mevcut yaklaşım az ya da çok uygulanabilirliğe sahiptir. İlgili bir başka soru da, ulusal farklılıkların özellikle bir Topluluk hukuku perspektifinden bakıldığında fiilen ne kadar önemli olduklarıdır. Bu soru bir PPP projesinin çeşitli aşamalarını düzenleyen direktiflerin, yönetmeliklerin ve diğer AT yasalarının sayılarındaki artışla giderek daha önemli hale gelmektedir.

4. İmtiyazlar, İzinler, Bayındırlık İşleri Sözleşmeleri ve Lisanslar - AT Yasası Çerçevesinde Ulusal Çözümlerin Sınıflandırılması

Ulusal yasalara bağlı olarak, yukarıda belirtilen sözleşmeye dayalı çözümler, imtiyazlar veya bir ihale usulüne tabi olacak şekilde akdedilen kamu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilebilir, örneğin Finlandiya'da, İtalya'da ve bazı durumlarda İspanya'da veya idari sözleşmelerde yahut kamu hukuku sözleşmelerinde de durum böyledir. Yukarıda belirtildiği üzere, Fransa idari sözleşmelerde güçlü geleneklere sahip bir üye devlet olarak iyi bir örnek teşkil etmektedir. Buna ilaveten, terminolojik tutarlılığın bulunmayışından dolayı idari lisanslar ve benzerleri zaman zaman '*imtiyazlar*' olarak adlandırılır. Örneğin Norveç ve Danimarka'da durum böyledir.

İkinci durumda, hizmet imtiyazı yine de belli sözleşmeye dayalı unsurlar içerir ve tüm durumlarda bu idari işlemler işlevsel olarak diğer üye devletlerde kullanılan sözleşmelerle hemen hemen eşdeğerdir.

Bazen değişkenlik gösteren ulusal çözümlerle bağlantılı zor durumlardan kaçınmak amacıyla, bir sözleşme ya da bir idari yasa niteliğindeki dokümanın sınıflandırılması AT hukuku çerçevesine dâhil edilmelidir. Bu yapıldığı takdirde, sonraki bir kamu ihale usulü için bir imtiyaz verilmesi imtiyaz sahibi ile kamu makamı arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin bir göstergesi olarak görülebilir. Ancak bu ulusal çözümlerdeki önemli farklılıklarla belirlenmiş mevcut durumu oluşturmamaktadır.

Söz konusu soru çerçevesinde, bu farklılıklar AT hukukunun uygulanmasında ulusal çözümlere bakılarak çıkarsama yapılacak derecede önemli değildir. ECJ içtihat hukukuna göre, bir sözleşmenin tanımı Topluluk hukukuna ait bir husustur ve ulusal sınıflandırma (sözleşme/izin/lisans) önemsizdir ve Topluluk tanımını etkilemez. Örneğin, bir İtalyan imtiyazı AB hukuku çerçevesinde bir kamu hizmet sözleşmesi olarak sınıflandırılmış ve Direktif 29/50 uygulanmıştır. Benzer şekilde, bu sözleşmenin bir imtiyaz ya da başka bir şey olarak, örneğin bir bayındırlık işleri sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilmediği Topluluk hukuku ışığında özellikle ele alınmalıdır. Bir sözleşmenin birkaç türde sözleşme unsuru içerdiği durumda, sözleşmenin esas amacı onun sınıflandırmadaki yerini ve sonuç olarak geçerli Topluluk yasa-

larını belirler. Örneğin, ECJ kentsel kalkınma ve yapım masraflarının bir kısmının ödenmesine ya da alternatif olarak altyapı işinin doğrudan üstlenilmesine ilişkin yükümlülüğü öngören yapım izni ile ilgili İtalyan mevzuatının, bayındırlık işleri sözleşmelerinin verilmesine ilişkin usul-lerin eş güdümü ile ilgili 14 Haziran 1993 tarihli Konsey Direktifi'nin 1. maddesi çerçevesinde, bir bayındırlık işleri sözleşmesi teşkil ettiği görü-şündedir. Bu konuda, *AG Le'ger* tam tersi bir kaniya varmış ve sözleşmeye dayalı ilişkinin esas öğelerinden birinin kayıp olduğu gerekçesiyle İtalyan planının Direktif çerçevesinde bir sözleşme teşkil ettiğinin düşünülmemesi gerektiğini öne sürmüştür. Yetkilinin kanunen arazinin sahibi olan yükleniciyi seçme yetkisi yoktur. Ancak, mahkeme Direktif çerçeve-sinde bir '*bayındırlık işleri sözleşmesinin*' varlığının Direktifin amaçları-na göre incelenmesi gerektiğini tekrarlamıştır. Bu kıstaslar karşılandı-ğundan, '*bayındırlık işleri sözleşmeleri*' kavramı (İtalyan mevzuatının ama-cı ve korunan menfaatleri kamu ihaleleri konusunda AT yasasınınkinden farklı olmasına karşın) altyapı işinin doğrudan arazi sahibi tarafın-dan gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. ECJ'ye göre, İtalyan planı yer-terli sayıda *sözleşmeye dayalı öğenin* bir '*bayındırlık işleri sözleşmesi*' ola-rak değerlendirilmesini öngörmektedir.

Bununla birlikte, bir düzenlemenin imtiyaz, bayındırlık işleri ya da kamu hizmetleri sözleşmesi veya başka bir şey olarak sınıflandırıl-dığı ECJ durumlarından pek çoğunun kamu ihale direktifleri ile bağ-lantılı olduğunun vurgulanması da önem taşımaktadır. Bu direktifler-in amacı bu alandaki hükümlerin yorumlanmasında belirleyici olma-sa da önemli bir işlevdedir. Bu direktiflerin amacı kamu ihalelerinde-ki ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmak ve serbest hareket ve teş-kil ile hizmet tedarik özgürlüğü üzerindeki tüm kısıtlamaları yok et-mektir.

Bu makale, enerji imtiyazları ve enerji lisansları ile ilgili özel hu-susları incelemeyen önce ilgili ve daha genel nitelikte iki hususu kı-saca ele alacaktır: İlki, AB'de giderek yaygınlaşan, kamu ihale yasa-larının ihlallerinden dolayı kamu sözleşmelerinin feshedilmesi duru-mudur. Şu anki aşamada, AT Yasası 226 ve 228. maddeleri çerçeve-sinde ECJ nezdinde muameleler yürütülmesi ile sonuçlanabilecek fe-sih işlemi çoğunlukla mümkün değildir. İkinci olarak, bir sözleşmenin feshine dair genel sözleşme ilkeleri ele alınacaktır. İmtiyazlar sözleş-me; özel hukuk ve kamu hukuku sözleşmeleridir ve bunlar gibi ulusal hukuk ve Avrupa sözleşme hukuku ilkelerinden etkilenirler. Bu ilke-

ler ayrıca imtiyazlarla ilgili çeşitli ulusal yasalarda da belirtilmektedir. Benzer şekilde, izinler, lisanslar ve diğer tek taraflı işlemler, keyfi fesih durumuna karşı benzer bir koruma sağlamalıdır. Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) gibi sözleşme hukuku ilkeleri bu fiillerin düzenlenmesinde önemli yere sahip olmalıdır ve görüleceği üzere halihazırda önemlidir.

5. Kamu İhale Kurallarının İhlallerinden Dolayı Kamu Sözleşmelerinin Feshi

Bu makalenin odak noktası farklı olmakla beraber, kamu ihaleleri ile ilgili ulusal yasaların veya AT yasalarının ihlallerinden dolayı bir kamu sözleşmesinin feshi konusunda AT Yasası'nın ve ulusal yasaların yaklaşımlarının kısaca incelenmesi yerinde olacaktır. Bir kamu ihalesi sonucu verilen bir kamu sözleşmesinin feshine AT Yasası'nın genel yaklaşımı ECJ içtihat hukukunda ve son Yasal Yollar Direktifi'nde belirtilmektedir. *Komisyon – Avusturya davasında*, Mahkeme AT hukukunda, ulusal yasal düzende sözleşmenin akdedilmesinden önce bir kamu sözleşmesinin verilmesine ilişkin değerlendirmeyi sağlayan bir yeniden inceleme usulü bulunmasının öngörüldüğünü tespit etmiştir. ECJ'nin ışığında, sözleşmeyi ile ilgili kararın ihaleyi kazanamayan taraflara iletilmesi ile sözleşmenin akdedilmesi arasında makul bir süre bulunmalıdır. Bu fikir şu gerçeğe dayalıdır, sözleşme imzalandığı anda bu konuda açık yasal hükümler olmaksızın kamu makamlarınca tek taraflı olarak feshedilemez. Esasen ahde vefa ilkesine dayalı olan bu fikir pek çok AB ülkesinin yasal hükümlerine dönüşmektedir. Avusturya'da, sözleşmenin feshi yalnızca sözleşmenin ya da yasaların ihlali durumunda yahut ihaleyi kazanan taraf ihale işlemlerinde bir suç işlemiş olduğu takdirde mümkündür. Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, İsveç, Birleşik Krallık ve diğer pek çok üye devlette hâlihazırda akdedilmiş olan bir sözleşme kamu ihale kurallarının devlet tarafından ihlali nedeniyle feshedilemez. Yunanistan, Hollanda ve Portekiz gibi diğer devletlerde, sözleşme yürütülmediği sürece fesih kararı sözleşmenin akdinden sonra dahi uygulanabilir. Bu ulusal kuralların hükmü sözleşmeyi imzalamanın ihtilaf konusu sözleşme kararının hükümlerini değiştirilemez hale getirdiği yönündedir. Bundan dolayı, yeni Yasal Yollar Direktifi üye devletlerin sözleşme kararının bildirildiği tarih ile sözleşmenin fiili akdedilme tarihi arasında en az 10 günlük bir 'askıya alma süresi' uygulamalarını öngörmektedir. Bu askıya alma süresi diğer

teklif sahiplerinin ihale kararında yeniden inceleme yaptırılmalarına ve sözleşme kesinleşmeden önce ihale sürecinin yürütülmesini sağlamalarına izin verir.

Yeni Yasal Yollar Direktifi ayrıca sözleşmeye dayalı 'etkisizlik' ile ilgili yeni yasal yolları da sunar. Madde 2f'ye göre, bir teklif sahibi sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren 6 aya kadar bir yeniden değerlendirme isteyebilir. Burada üye devletler sözleşmenin akdinden itibaren 30 gün ila 6 ay arası çeşitli zaman dilimleri arasında seçim yapma hakkına sahiptirler. 2d maddesi çerçevesinde, belli şartlar göz ardı edildiği takdirde (İlan ve askıya alma yükümlülükleri gibi yeniden değerlendirme kuralları ile uygunsuzluk) sözleşme etkisiz kabul edilmektedir. Etkisizliğin sonuçlarının (*tescili beklenmeden / tescil edilmekle yürürlüğe girme*) düzenlenmesi ulusal yasaların işidir. Bu Direktif'in 20 Aralık 2009 tarihi itibarıyla üye devlet tarafından hayata geçirilmesi gerekmektedir.

6. Bir Sözleşmenin Feshi ve Bunun AT Yasası'ndaki Sonuçları 'Avrupa' Sözleşme Hukuku

Konu ile ilgili bazı bilinen akademik çalışmalara karşın, sözleşme hukuku AB düzeyinde uyumlaştırılmamıştır. Bir sözleşmenin feshi koşulları ve feshinin etkileri bu nedenle ulusal düzeyde belirlenir. Bu çerçevede, AB'nin sözleşme feshine yaklaşımı sorusu çeşitli ulusal mevzuatlar incelenerek yanıtlanabilir. AB sözleşme hukuku ilkelerine ilişkin bir başka kaynak da mevcut *Topluluk Müktesebatıdır (Acquis Communautaire)*. Bu AB sözleşme hukuku kaynakları şimdi kısaca incelenecektir. Yazarın amacı bu kaynakları çok detaylı olarak analiz etmek değil, bu kaynakların karşılaştırılmasından elde edilen sonuçları tespit etmek için daha ayrıntılı çalışmalara referansta bulunarak gerekli genel bakışı sağlamaktır.

Bu akademik çalışmalar görünüşte taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesinin mağdur tarafa sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkını vermediği konusunda geniş bir fikir birliği sunmaktadır. İhlal temel olarak nitelendirilmelidir. Alman sözleşme hukukunun 2002'de modernleştirilmesi de sözleşme feshine yönelik bu yaklaşımı benimsemiştir. Yeni kanunlaştırmanın düzenlediği ana konulardan biri sözleşme ihlalidir (sadece tüketici sözleşmeleri ya da diğer özel durumlar

olarak değil genel bir sözleşme hukuku sorusu olarak). Bu noktada, modern Avrupa sözleşme hukukunun yaklaşımı uyarınca, bir sözleşmenin ihlalde bulunan tarafa ek süre verilmeksizin feshedilmesi yalnızca (genellikle bir yolsuzluk ögesinin ortaya çıktığı) çok özel durumlarda mümkündür. Diğer tüm durumlarda ihlalde bulunan taraf ihlalini düzeltmek için ikinci bir şansı bulunduğundan oldukça emin olabilir. Bu ek süre makul uzunlukta olmalıdır. Bir bildirim makul uzunlukta olup olmadığı diğer etkenlerin yanı sıra sözleşmenin devam ettiği süreye, yapılan makul yatırımlara ve kullanıma dayalıdır. Temelde yer alan fikir, bir tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı, diğer tarafın sözleşmeyi feshetme hakkının birbiriyle çelişen konuların ağırlığına bağlı olduğu yönündedir. Temerrüde düşen taraf için, fesih genellikle ciddi bir zararın varlığını öngörür. Örneğin, bir sözleşmenin yerine getirilmesi ilk aşamalarda büyük ölçekli yatırım gerektirebilir. Kâr ve zararın eşit olduğu noktaya dahi varma imkânı olmaksızın bu sabit masrafları kaybetmek tabii ki yatırımcı tarafa zarar verir. Bu sebeplerden dolayı, her iki tarafın menfaatlerini gözetebilecek farklı çözümler var olduğu sürece fesihten kaçınılmalıdır.

Bir ihlalin esaslı olup olmadığı belli bir dereceye kadar ulusal temüllere bağlıdır. Buna karşın, bazı genel hususlar vurgulanabilir: bu değerlendirmede önemli etkenler içerisinde ihlalin büyüklüğü ve bu ihlalin sözleşme için ne kadar esaslı olduğu konusu yer almaktadır. Sözleşmeye mutlak bağlılık gereklidir ve yükümlülüğün ihlali sözleşmenin temeli ile ilintilidir, böylece ihlalin esaslı sayılması daha kolay olur. (Bir madde sözleşmede esaslı olarak tanımlanabilir veya sözleşmenin bağlamından ve üslubundan yola çıkılarak esaslı olduğu yönünde yorum yapılabilir.) Temerrüt kasıtlı olduğu ve taraflardan birinin diğerine güvenemeyeceği kanısını uyandıran gerekçeler sunduğu takdirde, bu temerrüt esaslı sayılabilir. Esaslı bir ihlal durumunda, ihlalde bulunan tarafa bildirim süresi şeklinde hiçbir süre uzatımı vermeme yönünde herhangi bir genel yükümlülük bulunmamaktadır. (Bazı AB yargı mercilerinin ihlalde bulunan tarafa bir bildirim süresi (*de lai de grace*) verdikleri, bazılarının ise vermedikleri gözlemlenmektedir.)

Çeşitli çalışmalarda belirtilen bir diğer husus da, ilgili tarafın bir sözleşmeyi ihlal etme hakkı bulunup bulunmadığına karar verilmesi durumunda her iki tarafın çelişen menfaatlerinin göz önüne alınması

gerekliliğidir. Göz önüne alınacak önemli etkenler, yapılan yatırımları (büyük olasılıkla batık yatırımlar; ölçekte diğer sözleşmeler için kullanılabilir yatırımlardan daha ağır gelmektedir) ve sözleşme süresini kapsar. Ayrıca esas yükümlülükler ile geriye kalan (sözleşmeye dayalı) yükümlülükler arasında ayırım yapmak da gerekli gözükmektedir. Fesih hakkı ile ilgili karar daima duruma göre verilmelidir. Kasti ihlal tabii ki özel bir durum teşkil eder.

Avrupa sözleşme hukukunda ihlalde bulunan tarafa davranışını düzeltmesi için ikinci bir şans verilmesi ve önemli ihlal durumlarında bu ilave ikinci şansın kenara bırakılabilmesi yaklaşımı kuşkusuz temelde yatan ideolojiden kaynaklanmaktadır. Çoğunlukla, sözleşmeye dayalı bir ilişki (kamu hizmeti imtiyazlarında olduğu gibi) bazen çelişen ve bazen uyuşan iki farklı menfaate dayalıdır. Taraflardan biri sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde, söz konusu tarafa ihlalini düzeltmesi için bir fırsat verilir. Aksi takdirde, ihlale uğrayan taraf sözleşmenin feshedilmesi ve zararların yahut gelir kaybının tazmini dâhil olmak üzere çeşitli ikinci kalite seçeneklere başvurur. İhlal, taraflar arasındaki güvenin sürdürülemeyeceği derecede önemli ise, (yani sözleşmeye dayalı esas yükümlülüklerle ilgili olduğu ve önemli olduğu takdirde), ihlale uğrayan taraf derhal sözleşmeyi feshedebilir ve tazminat isteyebilir.

Son olarak, sözleşmenin ihlali durumunda yasa genellikle ihlale uğrayan tarafa bir çözüm önerisi sunar. Temelde yatan fikir, bu şekilde ilgili tarafın ihlalde bulunan tarafa baskı yapmak için gerekli araçlara sahip olduğu yönündedir. Çözüme yönelik seçenek de ölçülü olmalıdır. Dikkate alınacak etkenler fesih hakkı çerçevesinde önemli olan etkenlere benzer olacak şekilde, çözümün ölçülülüğü veya ölçüsüzlüğü duruma özel hale getirilmelidir. Yine bu noktada, önemli ihlal bir istisna teşkil eder (yalnızca çok istisnai durumlarda uygulamada kabul edilir).

Bu hususlar sözleşmeye dayalı uzun vadeli ilişkilerde ayrıca önemlidir, bu ilişkilerde taraflar kısa vadeli sözleşmelere kıyasla büyük ve ilişkiye özel yatırımlar yapmaya daha eğilimlidir. Öte yandan, sözleşmenin ihlale karşın uzun bir süre boyunca devam etmesi taraflar için sürekli etkilere sahip olacaktır. Bu durum, daha az önemli gerekçelerle fesih hakkının kabulünü gerekli kılar. Bu çerçevede, çözüm açısından Alman sözleşme hukukunun Uluslararası Satım Sözleşmeleri'nden (CISG) farklılık gösterdiğinin vurgulanması da il-

ginçtir. CISG'nin bu konularda daha çok 'ciddi' bir ihlal aradığı durumlarda, Alman hukuku yine de istisnai bir ihlal öngörür ve fesih en son başvuru yöntemi (*ultima ratio*) olarak değerlendirilir.

Uzun vadeli sözleşmelerde taraflar arasında karşılıklı güven (spot alım sözleşmelerindekinden daha fazla) zaruridir. Bundan dolayı önemli hususlardan biri de sözleşmenin ihlalinin, gelecekte benzer ihlallerin oluşması ve güven temellerinin bu sebeple sarsılması ihtimali oluşturacak nitelikte olup olmadığıdır. Bu noktada ihlalin esas yükümlülüklerle veya tarafların kalan yükümlülükleri ile ilgili olup olmadığı da önemli bir sorudur.

Topluluk Müktesebatı

AB hukukunun sözleşme fesih koşullarına yaklaşımı incelendiğinde, önemli bir bilgi kaynağı da yürürlükteki AB yasalarıdır. Mevcut *Müktesebatın* bir sözleşmenin feshini ve özel durumlarda bu tür bir feshin etkilerini düzenlemesine karşın, bu 'kısmi' mevzuat ayrıca AB hukukunda sözleşmelerin feshine daha derin ideolojik bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu bölüm AB hukukunun sözleşme feshine ve feshin etkilerine ilişkin bazı hükümlerini kısaca inceleyecektir.

Roma Anlaşması'nın 81(3) sayılı maddesinin motorlu araç sektöründeki dikey anlaşma kategorilerine ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin 1400/2002 Komisyon Yönetmeliği'nin 3(5) sayılı maddesi feshin sonuçları ile ilgilendirir. Bir sözleşmenin feshine ilişkin bildirim süreleri ile bağlantılı olarak fesih sonrası tazminat konusunu ele alır. Blok muafiyeti yalnızca tedarikçi ile dağıtıcı ya da yetkili tamirci arasındaki dikey anlaşmanın aşağıdakileri sağlaması durumunda geçerlidir:

a. *Sözleşmenin en az 5 yıllık bir süre için akdedilmiş olması; bu durumda taraflardan her biri diğerine en az 6 ay önceden anlaşmayı yenileme niyetini bildirmeyi taahhüt etmelidir;*

b. *veya anlaşmanın sınırsız bir süre için akdedilmesi; bu durumda anlaşmanın usule uygun feshedilmesi için bildirim süresi her iki taraf için en az 2 yıl olmalıdır; bu süre aşağıdaki durumlarda en az 1 yıla indirgenir:*

i. *tedarikçinin yasa veya özel bir anlaşma uyarınca sözleşmenin feshi üzerine uygun bir tazminat ödemekle zorunlu kılınması veya*

ii. ağın tümünün veya önemli bir kısmının yeniden düzenlenmesinin gerekli olduğu durumda tedarikçinin sözleşmeyi feshetmesi.

Bu hüküm yine tarafların menfaatleri arasında bir denge arayışına işaret eder. Bu denge ölçülü bir bildirim süresi aracılığıyla bulunur. Fesihte bulunan taraf, tazminatı kabul ettiği veya yasa uyarınca tazminat ödemekle yükümlü kılındığı takdirde, bildirim süresi daha kısa olabilir. Bu mantıklı bir durumdur, zira işi yürütmek yerine tazmin yoluyla diğer tarafa verilen külfet azaltılır. Tedarikçiye de faaliyetlerinin anlamlı biçimde yeniden düzenlenmesi durumunda sözleşmeyi feshetme hakkı verilir. Yine bu da feshin lçllğn ve tarafların menfaatleri arasındaki dengeyi etkiler.

Benzer Şekilde, Anlaşma'nın 81(3) sayılı maddesinin motorlu araç sektöründeki dikey anlaşma kategorilerine ve uyumlu eylemlere uygulanmasına ilişkin 2790/1999 Komisyon Yönetmeliği'nin 5(b) sayılı maddesi anlaşmanın feshi sonrası rekabette bulunmama yükümlülüklerini kapsar. Yine açıkça menfaatler arasında bir denge arayışı söz konusudur. Madde 5 rekabette bulunmama yükümlülüğünün tedarikçiyi koruma amacı ile ölçülü olması gerektiğini öngörür. Alıcının menfaatlerinin korunması amacıyla, rekabette bulunmama yükümlülüğünün kullanımı tedarikçinin ek korumaya yönelik meşru bir gereksinim içerisinde bulunduğu durumlarla kısıtlanmaktadır.

Fesih hakkına ve söz konusu feshin etkilerine önemli bir vurgu da ye devletlerin serbest ticari mmessillere ilişkin yasalarının eşgüdümü ile ilgili 18 Aralık 1986 tarihli 86/653/EEC sayılı Konsey Direktif'dir (Ticari Mümessiller Direktifi).

Direktifin 17. maddesi mümessillik sözleşmesinin feshinden sonra mümessilin zararının ödenmesi ve kendisine tazminat verilmesi ile ilgilidir:

2. a. Ticari mümessil aşağıdaki durumlarda ve bunlara göre bir tazminat hakkına sahip olacaktır:

- İşin sahibine yeni müşteriler getirmesi veya mevcut müşterilerle iş hacmini önemli ölçüde arttırması ve işin sahibinin bu müşterilerle yaptığı işten önemli menfaatler elde etmeyi sürdürmesi ve

- Tüm durumlar ve özellikle ticari mümessilin bu müşterilerle yaptığı işte kaybettiği komisyon göz önüne alındığında söz konusu tazminat ödemesinin adaletili olması.

(b) Tazminat miktarı önceki 5 yılda ticari mümessilin ortalama yıllık ücretinden hesaplanan 1 yıllık tazminata eşdeğer bir rakamı aşamaz ve sözleşme 5 yıldan daha geriye gittiği takdirde, tazminat söz konusu sürenin ortalaması üzerinden hesaplanır;

(c) Söz konusu tazminatın verilmesi ticari mümessili zarar ziyan tazminatı talebinde bulunmaktan alıkoymayacaktır.

3. Ticari mümessil işin sahibi ile ilişkilerinin sona ermesi sonucu uğradığı zararlar için tazminat almaya hak kazanacaktır. Bu tür zararlar özellikle feshin:

- İşin sahibine ticari mümessillik faaliyetleri ile bağlantılı maddi menfaatler sağlarken ticari mümessili mümessillik sözleşmesinin uygun biçimde yerine getirilmesi durumunda hak kazanacağı komisyondan mahrum bıraktığı,

- ve/veya ticari mümessilin işin sahibinin önerisi üzerine yürüttüğü işlerden ötürü uğradığı masraf ve giderleri amorti etmesini sağlamayan durumlarda gerçekleşmesi halinde gerçekleşmiş sayılacaktır.

Madde 18 mümessilin bir tazminat ya da telafiye hak kazanmadığı durumlarla ilgilenir:

a. Ticari mümessilin kusurundan dolayı işin sahibinin mümessillik sözleşmesini feshetmesi; ki bu durum ulusal mevzuat çerçevesinde mümessillik sözleşmesinin derhal feshedilmesini gerektirecektir;

b. Fesih işin sahibinin kusurundan kaynaklanmayan durumlarla veya ticari mümessilin yaşı, sakatlığı veya hastalığı sebebiyle faaliyetlerini sürdürememesi durumları ile gerçekleştirilmediği sürece, ticari mümessilin mümessillik sözleşmesini feshetmesi

Madde 16'ya göre, bir mümessillik sözleşmesinin derhal feshedilmesi ancak:

a. taraflardan birinin yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını yerine getirmemiş olması;

b. istisnai durumların ortaya çıkması

halinde mümkündür.

Ticari Mümessiller Direktifi kapsamında, fesih için tazminat hakkı (i) tüm ilişkinin her iki taraf üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri arasındaki dengeye, (ii) feshin her iki taraf üzerindeki etkisi, (iii) mümessilin yaptığı ilişkiye özel yatırımlara ve (iv) feshin gerçekleştiği durumlara dayalıdır. Genel sözleşme hukuku yaklaşımına göre,

bildirim süresi verilmeksizin derhal fesih yalnızca istisnai durumlarda mümkündür. Ayrıca şu da vurgulanmalıdır ki, tazminat mümessilin bir mahkeme nezdinde zarar ziyan talebinde bulunma hakkını ortadan kaldırmaz.

Benzer şekilde, bir sözleşmenin feshi ayrıca 87/102/EC Tüketici Kredisi Direktifi, 90/314/EC Paket Seyahat Direktifi, 2001/31/EC E-Ticaret Direktifi, 97/5/EC Kredi Transfer Direktifi, 2004/39/EC Finansal Araçlar Direktifinde Piyasalar ve benzeri diğer AT yönetmeliklerinde de ele alınmaktadır. *Topluluk Müktesebatının* mevcut hükümlerinden pek çoğu tüketiciler ile ticari teşebbüsler arasındaki ilişki konusunda geçerli olmakla beraber, amaç sözleşmelerin feshi ile ilgili AB yaklaşımına göz atmak ise vurgulanmaları yerinde olacaktır. Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine sıkı bir bağlılık göstermektedirler. Yukarıda verilen örneklerin hepsi firmadan tüketiciye ticaret durumlarını karşılamaz: İlk üç örnek firmadan firmaya ilişkilerde geçerlidir. İktisadi ve fiili koşullar durumdan duruma değişiklik gösterse de, burada, uzun vadeli bir sözleşme ile bağlantılı olarak yapılan yatırıma ilişkin tazminat, bir örnek olarak genellikle Müktesebatta benimsenen yaklaşımı ortaya koyar.

Bazı Ara Gözlemler

Blok muafiyet yönetmeliklerindeki hükümlerin örneğin kolayca genellenebilir yapıda olmadığı ve Avrupa sözleşme hukukunun soyut ve genel kurallarına dönüştürüldükleri öne sürülebilir. Yine de yukarıda sayılan hükümler önceki bölüm bağlamında incelenenlere çok benzer birtakım hususlara işaret etmektedir.

AT yasa koyucusu görünüşe göre bir sözleşmenin süresinin bitiminden evvel feshedilmesinin daima istisnai olduğu görüşündedir. Ana fikir *sözleşmelerin kutsallığıdır*. Buna karşın, bir sözleşmenin feshi gerekli görüldüğü takdirde, her iki tarafın da menfaatleri değerlendirilmeli ve dengelenmelidir. Bu husus fesih, bildirim süresi, tazminat ve rekabette bulunmama yükümlülüklerinin kullanımındaki kısıtlamalar ile ilgili hükümlerde belirtilmektedir.

Bir sözleşme feshedildiği takdirde, fesih tazminatının ölçülü olması gerekmektedir, bu husus her bir davada ayrı olarak değerlendirilmelidir. Değerlendirilecek hususlar sözleşmenin süresini, her iki taraf

için sözleşmenin geçmişteki ve gelecekte beklenen değeri, fesih sebebi ve sözleşmenin ihlalinin ağırlığıdır (bu fesih sebebi ise).

7. Enerji Piyasası İmtiyazlarının ve Lisansların Korunması: Yasa ve Teamül

Elektrik ve gaz üretimi ve tedariki pek çok üye devlette lisanslar veya imtiyazlar aracılığıyla düzenlenir. Elektrik iç piyasasında 2003/54/EC sayılı Direktif'in 6. maddesi çerçevesinde yeni yetki için bir yetkilendirme usulünün şartları gibi, AT düzeyinde bazı doğrudan koşullar mevcuttur. Buna ilaveten, AT hukuku kamu hizmeti imtiyazlarının yalnızca bazı yönlerini düzenler. Bu sözleşmelerin daha kapsamlı düzenlenmesine yönelik ihtiyacın ele alınmasına karşın, mevcut AT hukuku öncelikli olarak bu sözleşmelerin verilme koşulları ve mekanizmaları ile ilgilenir. Sözleşmenin verilmesinden sonraki aşamalar büyük ölçüde ulusal mevzuatın konusudur. AT hukuku yalnızca devlet ve imtiyaz sahibi arasındaki ilişkinin bu aşamasının bazı yönlerini düzenlemekte olup, olası değişiklik veya ilavelerin ayrımcılıktan uzak ve şeffaf bir biçimde gerçekleştirilmesini öngörür. Sözleşmenin koşulları, ister bir lisans ister bir imtiyaz olsun, çoğunlukla ulusal bir mesele olarak kalır ve buna bağlı olarak bu lisansların ve/veya imtiyazların şart ve koşulları devletten devlete değişiklik gösterir.

Kanunun ya da sözleşmenin ihlali iddiası çerçevesinde lisansların veya imtiyazların feshine ilişkin rapor veya kararlar yaygın olarak mevcut değildir. Bu noktada Birleşik Krallık önemli bir istisna teşkil etmektedir, bu ülkede lisansların iptaline ilişkin koşullar ve mevcut davalar çok iyi rapor edilmektedir. Bu belgeler İsveç ve Norveç gibi diğer ülkelerce de temin edilmesine karşın dil kısıtlılıklarından dolayı uygulamada yaygın olarak kullanılmamaktadır. Bu bölüm sözleşme ihlali nedeniyle enerji imtiyazlarının ve lisanslarının sona erdirilmesini incelemektedir. Mevcut lisansa ve/veya imtiyaz koşullarına ilaveten mevcut içtihat hukukuna da göz atacağız. Çeşitli üye devletlerin ne tür korumalar sunduğunu ve özel bir teşebbüsün hangi düzeyde iptal riski ile karşı karşıya olduğunu anlamamız açısından bu ikinci husus ayrıca önem taşımaktadır. Özellikle AB dışında yasal çerçevenin ümit verici olduğu ve güvenilir bir yatırıma sahip gibi görünmesine karşın hükümet politikası, uygulamaları ya da yasal reformlar gibi diğer etkenlerden dolayı yazılı kanunu yansıtmayan çok sayıda ülke bulunmaktadır.

AB ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği'nin çeşitli üye devletlerindeki uygulamalara yönelik bir anket iki hususu ortaya koymaktadır. İlki, kanunun ya da sözleşmenin ihlalinden dolayı üretim ve/veya dağıtım lisanslarının ya da imtiyazlarının iptali durumlarının ender görülmesidir. AB ve EFTA ülkelerindeki hemen hemen tüm ulusal enerji piyasası kurumlarına bir anket gönderilmesinin ardından, yanıtlardan yalnızca dördünde kanunun ya da sözleşmenin ihlalinden dolayı söz konusu sözleşme veya lisansların fiilen iptalinden söz edilmiştir. İkincisi, iptal işlemi genellikle yalnızca önemli bir bildirim süresinin ardından ve/veya kapsamlı görüşmelerin gerçekleştirilmesinin ardından yürütülmektedir.

Bu davaları incelemeyen önce şuna dikkat edilmesi gerekmektedir: Belirli bir davada bilgilerin çoğunluğu ulusal makamların sağladığı bilgilere dayalıdır. Bu husus mutlaka akılda tutulmalıdır.

Birleşik Krallık

Belirtildiği üzere, lisans iptali konusundaki Birleşik Krallık sistemi iyi belgelendirilmektedir ve bu sisteme kolayca erişim sağlanabilmektedir. Yalnızca elektrik ile ilgili olarak (doğal gaz lisansları hariç tutulmak üzere), beş çeşit lisans mevcuttur: Elektrik Üretim (binalara elektrik tedarik etme ya da tedarikin sağlanmasını mümkün kılma amacıyla elektrik üretimi için), Elektrik İletim (tedarikin sağlanması amacıyla elektriğin iletimi), Elektrik Ara Bağlantı (bir elektrik ara bağlantısının çalışması için), Elektrik Dağıtım (tedarikin sağlanması amacıyla elektriğin dağıtımı, elektrik düşük gerilimli bir kablo ağı aracılığıyla Ulusal Şebekeden müşterilere dağıtılır) ve Elektrik Tedariki (binalara elektrik tedariki için)

Bu lisansların iptal koşulları ayrı ayrı her bir lisans türünde oldukça benzerdir. Her davada iptal mümkündür. Ayrıca her davada bir bildirim süresi mevcut olup uzunluğu iptal sebebine göre değişiklik göstermektedir. Genel ölçülülük şartlarına uygun olarak, bildirim süresi iptal nedeni ile ilişkilidir: Bu süre çok kısadır, örn. lisans alanın feshi kabul ettiği durumda 30 gün (ödemede acze düşme hali yalnızca 24 saatlik bildirim süresi ile özel bir durumdur). Kanunun veya lisans koşullarının ihlali durumunda bildirim süresi ihlalin ağırlığına bağlıdır: Haksız rekabetin sona erdirilmesinin reddi gibi daha olağanüstü du-

rumlarda bildirim süresi yalnızca 30 gündür ve daha olağan durumlarda ve geriye kalan yükümlülüklerde bildirim süresi 2 ile 4 ay arası değişir. Lisans alan, bildirim süresi içerisinde ihlalini giderdiği takdirde, lisans iptal tehdidi çoğu kez ortadan kalkacaktır.

Uygulamada, Birleşik Krallık'ta çeşitli türlerdeki enerji lisanslarının iptali kural olarak, lisans alanın acze düşmesi halinde ortaya çıkan bir durumdur. Diğer iptal türleri, örneğin kanunun ya da lisans koşullarının ihlali nedeniyle iptal durumu gerçekleşmiyor gibi gözükmektedir.

Bu örnek bir sözleşmenin feshine genel sözleşme hukukunun yaklaşımının nasıl Birleşik Krallık'taki enerji lisanslarının feshinde yer aldığını göstermektedir. Her iki durumda da, kanunu, sözleşmeyi ya da lisans koşullarını ihlal eden tarafa ihlalini gidermesi için ikinci bir fırsat verilir. İhlalin ağırlığı ve ihlalin tüm sözleşmedeki veya lisanstaki önemi de bildirim süresini düzenleyen önemli bir etkidir. Aşağıdaki bölümde görüleceği üzere, aynı mantık imtiyazların veya lisansların iptal edildiği, yalnızca esas yükümlülüklerin ciddi biçimde ihlalinin iptal gerekçesi olarak değerlendirildiği ve bu durumlarda dahi ihlalde bulunan tarafa kanunu ya da sözleşmeyi ihlal ettiğine dair bir bildirimde bulunulan ve ihlalini gidermesi için bir imkân tanınan tüm bu Avrupa ülkelerinde geçerlidir.

Finlandiya

Finlandiya'da imtiyazlara ilişkin özel kurallar bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak değerlendirilmekte ve genel yasalar ile sözleşme hukuku ilkeleri çerçevesinde yönetilmektedir. Sözleşmelerin özel hukuk durumu Komisyon tarafından Finlandiya aleyhine açılmış ihlal davalarında ortaya konulmuştur.

Bu davada, AT bir Finlandiya belediyesi olan Ilomantsi'nin bir Finli teşebbüs olan Vapo Oy ile önceden hiçbir ilanda bulunmaksızın bölge ısıtma için uzun vadeli (20 yıllık) bir sözleşme akdettiğini belirtmiştir. Anlaşma ile Vapo Oy, yerel ısıtma sistemini kiralamış ve 20 yıllık süre ile yerel bölge ısıtma sistemini sağlama hak ve yükümlülüğünü elde etmiştir. Bu umuma kapalı sözleşme mekanizmasının AT madde 49'dan kaynaklanan şeffaflık ilkesine ter düştüğü öne sürülmüştür. Dava idari aşama ile sona ermiş ve ECJ'ye götürülmemiştir.

Bu davada devletin karşılaştığı zorluklardan biri sözleşmeyi bir sonuca bağlayacak araçları bulunmayışıydı. Mevzu bahis sözleşme bir özel hukuk düzenlemesi olarak taraflardan birinin tek taraflı fiillerine karşı korunmaktaydı.

İsveç

İsveç'te yüksek gerilimli elektrik hatlarının yapımı ve/veya işletilmesi için bir imtiyaz öngörülmektedir. Bir imtiyaz sahibinin yükümlülükleri yalnızca şebeke faaliyetlerini kapsamaktadır. Şebeke imtiyazları hükümet ya da Şebeke Kurumu (yani İsveç Enerji Kurumu) tarafından verilmektedir. Enerji Piyasaları Denetim Kurulu İsveç Enerji Kurumu'nun bağımsız bir bölümü olup, temel faaliyetlerinden biri de elektrik piyasasında şebeke şirketlerinin denetlenmesi ve tekel konumuna sahip olanların Elektrik Yasası'na uyup uymadıklarının kontrol edilmesidir.

Elektrik Yasası şebeke imtiyaz sahiplerinin hatları ve başkalarının tesislerini kendi şebekelerine makul şartlarda bağlamakla ve enerji sahibinin kim olduğundan bağımsız, elektriği makul şartlar altında iletmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bu ayrıca iletim hizmetleri için faturalanan bedel için de geçerlidir, mesela şebeke tarifesi makul ve objektif hesaplamalara dayalı olmalıdır. Ayrıca tarafsız ve ayrımcılıktan uzak olmalıdır.

Bir imtiyaz sahibi Denetim Kurulu'nun elektrik kullanıcılarının menfaatine denetim görevlerini gerçekleştirebilmesini sağlamak üzere şebeke kurumuna sunulacak yıllık raporları hazırlamakla yükümlüdür.

İsveç Piyasaları Denetim Makamı / Ekfors Kraft AB

İsveç'te bir şebeke imtiyazını yönetme hakkının iptal edildiğinin gözlemlendiği tek olay İsveç'in kuzeyinde bulunan, Övertornea ve Haparanda'daki müşterilere elektrik temin etmek için bir şebeke imtiyazına sahip yerel bir elektrik iletim ve dağıtım firması olan Ekfors Kraft AB ile ilgilidir.

Ekfors Kraft AB'nin işindeki düzensizliklerden dolayı, Denetim Kurulu 2005'te Ekfors Kraft'ın yönetimi bu düzensizlikleri giderme-

si gerektiği yönünde hüküm vermesi için idari istinaf mahkemesine bir başvuruda bulunmuştur. Hem idari istinaf mahkemesi hem de ulusal idare mahkemesi Denetim Kurulu'nun lehine hükümde bulunmuş ve şirket 2006'ya dek yaklaşık bir yıl boyunca önce Vattenfall ve daha sonra Ackordscentralen tarafından yönetilmiştir.

Bu hükümlerin ana nedenleri Ekfors Kraft'ın 2000'de (birkaç yıl önce yasal adımlar fiilen atılmıştır) sona eren elektrik dağıtım imtiyazının yenilenmesi için başvuruda bulunmaması ve şirketin imtiyaz alanı dahilindeki bazı müşterileri şebekeye bağlamayı reddetmesiydi.

Bazı düzensizlikler zorunlu yönetim esnasında çözülmüş, ancak genel sorunlar varlığını sürdürmüş ve örneğin şebeke tarifesinde izin verilmeyen yüzde 33'lük ücret artışı gibi yeni sorunlar ortaya çıkmıştır. Zorunlu yönetim genel konuları çözüme ulaştırmadığı ve Ekfors Kraft yasal şartlara ve yasa çerçevesinde bağlayıcı kararlara uymayı reddettiği için, Denetim Kurulu şebekenin ve Ekfors Kraft'tan gelen ilgili mülklerin kamulaştırılması için bir başvuruda bulunmuştur. Esas duruşmalar 14 Mayıs 2007 tarihinde Lulea'daki mülk mahkemesinde gerçekleşmiş ve mahkeme kararını 13 Haziran 2007'de vermiş, kamulaştırma işlemine geçme hakkını teyit etmişti. Ekfors Kraft temyiz mahkemesine başvurmuş, mahkeme kararını 9 Temmuz 2008 tarihinde vermişti.

Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na ve bu konvansiyonun mülkiyet hakkı hükümlerine atfen, mahkeme kamulaştırma için yasal ön koşulların bu davada gerçekleştirilmediğini tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, zorunlu yönetime ilişkin sorunlar çözülebilirdi ve bu nedenle kamulaştırma kararı ölçülü olmayacaktı. Mahkeme bu nedenle Denetim Kurulu'nun başvurusunu reddetmiştir. Karar yine İsveç temyiz mahkemesine sunulmuş olup dava halen sürmektedir.

Norveç

Komşu ülke Norveç 2007 tarihinden, Norveç nihai kullanıcı piyasasında kanun ihlali ve imtiyaz ihlalinden ötürü enerji imtiyazının iptaline neden olan bir olay bildirmiştir.

İmtiyazın verilmesi Norveç Enerji Yasası'na dayalıdır. Birçok Avrupa ülkesinden farklı olarak, imtiyazlar sözleşme olarak kabul edilmemektedir. Buna rağmen, işlevsel açıdan bir kamu hukuku sözleş-

mesine çok benzer olduğu görülmektedir. Enerji Yasası'nın 4-1 sayılı bölümü, düzenleyiciye genel menfaat içerisinde başka şartlar belirleme yetkisi vermekle beraber imtiyaza bağlayabileceği bazı açık koşullar da ortaya sunar. Enerji Yasası'na ait Enerji Yönetmeliği'nin 4. Bölümü imtiyazın verilmesine ilişkin ek koşulları ve imtiyaza ait koşulları ortaya koymaktadır (Yönetmelik No 959 07.12.1990).

Bu özel durumda, imtiyazın 6.1 maddesi kanuna veya imtiyaz koşullarına aykırı olması durumunda geri alınabileceğini belirtmektedir.

B2C Energy AŞ isimli bir şirket Norveç enerji mevzuatının ihlalden dolayı Norveç nihai kullanıcı piyasasında işini sürdürmek üzere izin alamamıştır. Norveç Su Kaynakları ve Enerji Denetim Kurulu (NVE) şirketin Norveç nihai kullanıcı piyasasında bir elektrik satıcısı olarak faaliyetini sürdürmesi ile ilgili izni reddetmeden önce yaklaşık 6 ay boyunca şirketi yakından takip etmiştir (bu süre boyunca şirketle müzakerelerde bulunmuştur). B2C'nin ekonomik ve teknik faaliyetleri ile ilgili raporlar, şirketin hem nihai kullanıcılara elektrik satışı için uygun olmadığını hem de işlerini Norveç mevzuatına uygun olarak yürütmediğini açıkça ortaya koymuştur.

Şirketin kanunu ve imtiyazı ihlal eden faaliyetleri içerisinde, özel ek koşullara tabi olarak elektrik ticareti iznine geçici bir süre uzatımı verilmesinin ardından, pek çok müşteriden 2 aylık miktarın üzerinde ödemeyi peşin talep etmesi de yer almaktadır. Şirket bunu müşterilerine şirketle müşteri ilişkilerinin kabulü veya iptali arasında bir seçim hakkı tanıyarak gerçekleştirmiştir. Ayrıca, şirketin eksik raporlamaları basiretli bir elektrik tedarikçisi olarak hareket etmesi için gereken rutin iş ve müşteri sistemlerine sahip olmadığını göstermiştir. Üstelik şirketin müşterileri için fiyat ve hacimlerin yıllık muhasebesini tutmak üzere yeterli düzeni de bulunmamaktadır.

Kanun ve imtiyaz ihlallerini belirten raporlara karşın, şirketin faaliyetleri Norveç Su Kaynakları ve Enerji Denetim Kurulu tarafından 5 Mart 2007'de alınan fiili karar tarihine dek sürmüştür.

Hollanda

Hollanda'nın ayrıca bildirdiği bir örnekte, 1998 tarihli Elektrik Yasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren Hollanda Enerji Düzenleme Dairesi (DTe) ticari imtiyazı iptal etmek zorunda kalmıştır. 1998 Elekt-

rik Yasası'nın 95. maddesi lisans iptaline ilişkin esasları ortaya koymaktadır. Alt bölüm (i), *'Bakanımızın görüşüne göre, lisans sahibi diğer esaslar çerçevesinde lisanslı faaliyete ya da lisans koşullarına uygunluğu sağlamaya daha fazla yetkin görülmediği takdirde'* iptalin mümkün olduğunu belirtmektedir.

Hollandalı bir şirket olan E-part Financial Trading BV'ye 2005'te Hollanda Elektrik Yasası uyarınca bir elektrik tedarik lisansı verilmiştir. Şirket yaklaşık 460 müşterilik bir müşteri tabanı elde etmiştir. 9 Kasım 2006'da, mali suiistimal, gizli müşteri bilgilerinin kötüye kullanımı amacıyla fatura göndermeyi reddetme ve müşteri sorularının yanıtlanmaması gibi çok çeşitli tüketici şikâyetinden dolayı E-part'ın imtiyazı iptal edilmiştir. İptal kapsamlı görüşmelerden ve birkaç uyarıdan sonra gerçekleştirilmiştir.

Çek Cumhuriyeti

Son döneme dek, Çek Cumhuriyeti PPP'leri yürütmek için imtiyaz kullanmamış, bunun yerine işbirliğini imtiyazlara dayandırmıştır. 2006'da bir imtiyaz kanunu yürürlüğe konulmuş ve birkaç pilot proje başlatılmıştır. Her ne kadar Çek Cumhuriyeti güvenilir bir ortak olarak değerlendirilip imtiyaza ilişkin mevzuat ve genel bağlam oldukça ümit verici görülse de, bu ülkenin lisans iptalleri ile ilgili birkaç durum bildiren tek ülke olduğunun belirtilmesi de şaşırtıcı olacaktır.

Çek Enerji Yasası çerçevesinde bir enerji tedarik lisansının geri alınması, enerji tedarikinin kesintiye uğraması yönünde açık bir risk söz konusu olduğu ve enerji tedarikinin devamı için belli başlı enerji tesislerine ihtiyaç duyulduğu takdirde mümkündür. Bu durumda, belli tesislerin sınırlı bir süre için ve tazminat amacıyla kamulaştırılması da mümkündür. İptal usulünden önce ve usul boyunca lisans sahibi ile görüşmeler yürütülmektedir. Lisans koşullarının ya da kanunun ihlalinin giderilmesi halinde usul askıya alınacaktır.

Bu tür bir iptalin gerçekleşmesine ilişkin olarak son dönemden dört örnek mevcuttur:

Durum 1

İlk durum ısı üretimi ve dağıtımı ile ilgilidir. Bu durumda, işletmecisi şirket kendisine üretim ve dağıtım altyapısını kiralayan bir finan-

sal kiralama şirketine karşı finansal yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetmiştir. Buna cevaben, finansal kiralama şirketi işletmeci şirketi sözleşme ilişkisini bitirmekle ve tesislerine el koymakla tehdit etmiştir. Isı, enerji ve sıcak su tedarikinin kesintiye uğramasından endişelenen Enerji Düzenleme Dairesi dağıtım ve üretim tesislerini mühürlemiş ve bunları bir başka alternatif şirketin kontrolüne vermiştir. Isı enerjisi ve su tedariki yaklaşık 10 gün boyunca bu alternatif şirket tarafından yürütülmüştür. Bu süre boyunca esas işletmeci ile finansal kiralama şirketi arasındaki meseleler çözülmüş ve enerji tesisleri eski işletmeci tarafından devralınmıştır.

Durum 2

İkinci durum yerel gaz dağıtımı ile ilgilidir. Yerel gaz dağıtım sistemi yeni bir sahibe satılmıştır. Ulusal makamlara göre dağıtım sisteminin düşük kârlılığından ötürü, yeni sahip bu sistemi çalıştırmak üzere harekete geçmemiştir. Bundan dolayı, yerel gaz dağıtım sistemine bağlı yaklaşık beş şirketin tedarik güvenliği tehlikeye girmiştir. İdari bir usul ile Enerji Düzenleme Dairesi dağıtım sistemini devralmış ve bunu ilgili bölgesel gaz dağıtım şirketine devretmiştir, gaz dağıtım sistemini satın alan bu şirket de bugün sistemin işletmecisidir.

Durum 3

Bu durum yerel gaz dağıtımı ile ilgilidir. Gaz dağıtım sistemi iki ayrı mal sahibinin mülkiyetinde ve denetiminde bulunmaktaydı, bu mal sahipleri dağıtım işinden elde edilen gelire ilgili bazı hususlarda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Görüldüğü kadarıyla, bu anlaşmazlık çok sayıda müşteriye yapılmakta olan gaz tedarikinin kesintiye uğraması riskini beraberinde getirmiştir. Bundan dolayı, Enerji Düzenleme Dairesi idari usulü başlatmış ve ihtilaf süresince aktifler çoğunluğun denetimine verilmiştir. İdari süreç esnasında, taraflar bir anlaşmaya varmışlar ve usul sonlandırılmıştır.

Durum 4

Son durum elektrik ve ısı tedariki ile ilgilidir. Sürmekte olan (ve mevcut ayrıntıları oldukça belirsiz olan) bu davada yaklaşık 10 müşte-

ri için elektrik tedarikinin kesintiye uğraması tehlikesi ve ardından 500 hanenin daha ısı ve sıcak su tedarikinin kesintiye uğraması 'yerel dağıtım sistemi işletmecisinin kusurlu fiillerinden' kaynaklanmıştır. Bu noktada Enerji Düzenleme Dairesi idari usulü başlatmış, bu süreç boyunca yerel dağıtım sistemi ara bir düzenleme olarak bir başka dağıtım şirketinin kontrolüne verilmiştir.

Diğer Avrupa Ülkeleri

EBRD çeşitli türlerde PPP'ler ve özel olarak imtiyazlar üzerine önemli bir çalışma yürütmüştür. Bu çalışmanın odağı doğal olarak Avrupa'daki geçiş ülkeleri ve komşu bölgelerdir.

Çalışmanın resmettiği genel tablo bir ülkenin coğrafi konumu AB'den ne kadar uzakta ise kredi değerliliğinin o kadar düşük olduğu yönündedir. Çalışma birtakım avukatlara uygulanan anketlere dayalı olarak yürütülmüş ve yanıt veren 26 kişiden 16'sı ihale makamlarının (sosyal ve/veya politik baskı altında dahi) genellikle sözleşmelere bağlı kaldığını ve fesih halinde yeterli tazminat verdiğini belirtmiştir.

Çek Cumhuriyeti için söz konusu çalışma başarılı bir projeye yönelik büyük potansiyel ortaya koymuştur. Bu diğer ölçütlerin yanı sıra kamu makamlarının genelde taraf oldukları sözleşmelere bağlı kalmalarına da dayalıdır. Azerbaycan, Beyaz Rusya, Kırgız Cumhuriyeti, Tacikistan ve Özbekistan gibi diğer ülkelerin kredi değerlilikleri çok düşüktür, bu (özellikle elektrik alanındaki) imtiyazların erken feshedilmiş olmasına ve bunlarla ilgili anlaşmazlıklara dayalıdır. Kazakistan genel derecelendirmede nispeten iyi bir sonuç olsa da, sözleşmelere riayet etme anlamında başarısız olmuş ve buna bağlı olarak da imtiyazların erken feshi ile ilgili çok sayıda durum bildirilmiştir.

EBRD çalışmasında yer alan bu ülkelerden özel bir örnek de Macaristan'dır. Şaşırtıcı biçimde, Macaristan'da bir gaz şebekesinin işletilmesi ve gaz satışı örneğin iki rejim ile yönetilmektedir: Lisanslar (ulaşım ve muhafaza için) ve imtiyazlar (dağıtım ve satış için). Macaristan hukuku çerçevesinde imtiyazlar, özel hukuk düzenlemeleri olarak değerlendirilirler: Bunlar medeni kanun çerçevesinde (imtiyazlarda geçerli genel kanunlar *-lex generalis-* olarak) düzenlenir ve genel mahkemelerin yargı yetkisine tabi olurlar. Macaristan İmtiyaz Yasası pek çok hususun yanı sıra ürünlerin boru hattı yoluyla sevkiya-

tı ve muhafazaları için bir imtiyaz sözleşmesi de verilebileceğini belirtmektedir. Kanun çerçevesinde bu tür sözleşmeler yalnızca İmtiyaz Yasası veya sözleşmenin kendisi çerçevesinde tanımlanan durumlarda erken feshedilebilir. İmtiyaz Yasası çerçevesindeki durumlar teknik niteliğe sahip olup projenin ön koşulları ile ilintilidir: Bu koşullar Macaristan'da bir imtiyaz şirketi kurma yükümlülüğü, gerekli hükümet izinlerinin alınmaması veya geri alınması ve benzeridir. Bu çerçevede, fesih ile ilgili sözleşme koşulları imtiyaz sözleşmesinin ihlali veya projenin özel şartlarına uyulmaması ile ilişkili gibi görünmektedir. Sözleşmenin ihlalden dolayı erken fesih durumunda, ihlalde bulunan tarafa yetkili bir mahkemede dava açılmalıdır. Erken feshe ilişkin sözleşme koşullarının önceden kararlaştırılması şartına benzer olarak ayrıca kamu makamının imtiyaz şartlarını tek taraflı olarak değiştirme hakkı da taraflar arasında önceden (yazılı olarak ve imtiyaz sözleşmesinde) yapılacak anlaşmaya tabidir.

Doğal gaz satışı ve dağıtımını (ile elektrik üretimi ve iletimi) Macaristan'daki lisans rejimine tabidir. Gaz Yasası'na göre, lisans sahibi yasal yükümlülüklerini karşılayamaz durumda ise veya kendisine yapılan uyarıya ve konulan para cezasına karşın gaz tedarik sistemini tedarikin emniyetini veya kamunun yaşamını, sağlığını veya mülkünü yahut çevreyi ciddi tehlikeye atacak biçimde işletmeyi sürdürdüğü takdirde bu lisans Macaristan Enerji Dairesi tarafından geri alınabilir. Macaristan Elektrik Yasası çerçevesinde erken fesih hakkı aynı koşullara; uyarı ve para cezasına tabidir.

8. Sonuç

Bu makale çeşitli PPP biçimlerini incelemiştir. Özel sektörün kamu hizmetlerinin üretimine katılımı arttıkça, bu tür sözleşmelerin sayısının da artış göstermesi beklenebilir. Buna karşın, özel sektörü dışarıdan sağlanabilecek bir geleneksel devlet sorumluluğu alanına sokmayı amaçlayan bu tür sözleşmeye dayalı ve sözleşme dışı çözümlerin artışı zorluklardan arındırılmış değildir.

Bu yeni sözleşme biçimlerinin ve diğer çözümlerin niteliği çoğunlukla belirsizdir. Bunlar sözleşme olarak mı yoksa (sadece sözleşme görünümünde) tek taraflı işlem olarak mı değerlendirilmelidirler? Özel hukuk sözleşmeleri olarak mı yoksa kamu hukuku sözleş-

meleri olarak mı ele alınmalıdırlar? Ayrım ilk aşamada önemli midir? Bu yasalar hangi düzeyde kesinlik ve koruma sağlamaktadırlar?

Bu makale bu sorulara ışık tutmuştur. Söz konusu meseleye de Avrupa hukuku açısından yaklaşmıştır. Burada incelenen kuramsal konulara ve uygulamalara dayalı olarak, bu farklı PPP biçimlerinin sunduğu kesinlik ve koruma düzeylerinin kabul edilebilir olduğu görülmektedir. AB ülkelerinin hükümetleri taahhütlerini yerine getirmektedirler. Sözleşmeler iptal edildiğinde, usulüne uygun değerlendirilme yapılmaksızın karar alınmamaktadır ve özel kişiliğin hakları da bu süreçte bir rol oynamaktadır. Fesih veya iptal durumları nadiren görülmekte olup yatırımcıya çoğu zaman ihlalini gidermesi için fırsat tanınmaktadır. Yalnızca bu tür bir imkanın halihazırda (genellikle uzun görüşmeler sonrasında) verilmiş olması koşuluyla imtiyaz veya lisans geri alınabilir.

Bu makale Avrupa'ya odaklanmıştır. Atlantik'in diğer tarafına kısa bir göz attığımızda da hükümet sözleşmelerine benzer bir yaklaşım tespit edebiliriz. Kamu makamları tarafından imzalanan sözleşmelerde ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine bağlılık konusu da ABD Yüksek Mahkemesi'nin teamüllerinde giderek artan biçimde gözlemlenmektedir.