**T.C.**

**KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ**

**DOĞAL TEKELLER VE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ**

**Yüksek Lisans Sunum Ödevi**

**AHMET BUÇAN**

**2010.09.13.031**

**Dr.NİLAY ARAT**

**İstanbul, 22.12.2011**

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

[GİRİŞ](#_Toc289515250) 3

[I. İDARİ SÖZLEŞMELER](#_Toc289515251) 4

[II. DOĞAL TEKELLER VE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ](#_Toc289515254) 5

1. [GENEL OLARAK](#_Toc289515255) 5
2. [HUKUKİ NİTELİĞİ](#_Toc289515250) 6
3. [KARŞILIKLI HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER](#_Toc289515251) 8

  [1. İmtiyaz sahibinin Hak ve Yükümlülükleri](#_Toc289515256) 8

 2. İmtiyaz Verenin hak ve Yükümlülükleri… …..……………………….8

D. İMTİYAZIN SONA ERMESİ ...…………………………9

1. Sürenin Dolması .. ….9

2. İmtiyazın düşürülmesi…………………… ..9

3. İmtiyaz Sahibinin Kusuru Sebebiyle Fesih ……………………….9

**4. Kamu Yararına Fesih …………………...9**

**5. Akdi Satın Alma**  …………………………………....9

6. Karşılıklı Anlaşma İle Fesih …………..9

[KAYNAKÇA](#_Toc289515258) 10

**KISALTMALAR**

Md Madde

S Sayfa

TTK Türk Ticaret Kanunu

BK Borçlar Kanunu

Bkz bakınız

 vd ve devamı

vs ve sair

 Yarg. Yargıtay

 HD Hukuk Dairesi

**GİRİŞ**

Çalışmam iki ana başlık altında toplanmıştır. Birinci bölümde Kamu Hukukunda İdari Sözleşmeler üzerinde durulmuş ikinci bölümde Doğal Tekel kavramına değinilerek idari sözleşmeler içindeki imtiyaz sözleşmeleri detaylıca incelenmiştir.

**I. İDARİ SÖZLEŞMELER**

Sözleşmeler, geniş ve teknik bir tanımlamayla; bir şahsın teklifini ihtiva eden ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanı olarak ifade edilen icap ile icaba karşılık muhatap tarafından icabı yapana yöneltilen ve akdi yapma arzusunu ifade eden kabulün örtüşmesi ile oluşan çok yanlı hukuki işlemdir[[1]](#footnote-1).

 İdare; üstlendiği görev ve hizmetleri yerine getirmek için gereksinim duyduğu çeşitli mal ve hizmetleri karşılamak ve yanı sıra halkı kamu hizmetlerinden yararlandırmak için gerek kendi aralarında gerekse özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilerle sözleşmeler akdedebilmektedir. Bu açıdan idarenin sözleşmeleri; “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” ve “idari sözleşmeler” olarak tabi oldukları hukuki rejim açısından bir ayrıma tabi tutulmuştur. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi kabul edilmiştir. Yine Ülkemizde idarenin özel hukuka tabi sözleşmelerine; İhale Kanununa tabi olarak akdedilen yol, köprü, baraj yapımı gibi bayındırlık sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir. İdari sözleşme; bir kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilen veya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzelkişisi olması şartıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan veya özel hukuk aşan hükümler içeren sözleşmedir[[2]](#footnote-2). İdari sözleşmelerde meydana gelen itilaflar ise idari yargıda çözümlenecektir.

 İdarenin yapmış olduğu sözleşmenin hangi tür sözleşme olduğunu ve hangi yargıda çözümleneceğinin tespiti için öncelikle kanunla nitelendirilmesine bakmak gerekir. Zira Anayasamızın 47. Maddesinin değişik 4. Fıkrasında; “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” denilmek üzere bu husus vurgulanmıştır. Sözleşmenin idari sözleşme olduğu kanunla nitelendirilmemiş ise yapılan sözleşmenin niteliğine bakmak gerekmektedir. Sözleşmenin niteliğini anlamak içinde sözleşmenin konusunu ve taraflar arasındaki hukuksal ilişkiyi incelememiz gerekir. Bu hususta Anayasa mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay tarafından geliştirilen kriterler mevcuttur. Buna göre; taraflardan birinin idare olduğu, kamu yararı amacının güdüldüğü, konusunun kamu hizmeti ve bunun yürütülmesi olduğu ve idareye üstün ayrıcalıkların tanındığı sözleşmeler idari sözleşmeler sayılmıştır[[3]](#footnote-3).

 İdari bir sözleşmede karşı tarafın sahip olduğu bir takım haklar vardır. İdare; genel gözetim ve denetim, sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma, para yaptırımları, akdin kötü ifası halinde onun adına ve hesabına iş görme, işletmeye geçici olarak el koyma, işi başkasına ihale etme, sözleşmeyi tazminatsız feshetme gibi yaptırımlara sahiptir. Karşı tarafın ise; sözleşmenin ifasının kolaylaşması için kendi lehine kamulaştırma isteme, sözleşmedeki mali dengenin sağlanması açısından idarenin sözleşmenin şartlarını ağırlaştırması durumunda bunu tazmin etmesini gerektiren “fait du prince” ile iki tarafında öngöremeyeceği iktisadi değişikliklerin ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin uygulanmasının zorlaştığı durumlarda yükümün paylaşıldığı “öngörülemezlik” kuramı gibi haklara sahiptir[[4]](#footnote-4)

 İdari sözleşmeler uygulamada; kamu borçlanma sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, yer altı ve yerüstü servetlerine ilişkin işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak görünebilmektedir.

**II. DOĞAL TEKELLER VE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ**

**A.GENEL OLARAK**

Bir firma iki ya da daha çok firmanın varlığıyla karşılaştırıldığında, daha düşük maliyette hizmet verebiliyorsa bu firma doğal tekeldir[[5]](#footnote-5)**.** Özel sektöre devredilecek altyapı hizmetlerini devralan özel girişimci doğal tekel niteliğinde olup rekabete açılmaları teknik olarak mümkün değildir. Bu nedenle diğer özelleştirme yöntemleri bu doğal tekellere uygulanamayacaktır. İmtiyaz ise doğal tekel hizmetlerini(ticarete konu kamu hizmetlerini) kamu kuruluşu yerine özel kişilere gördürme sözleşmesi haline gelmektedir. Başka bir ifadeyle, imtiyaz sözleşmeleri özel sektörce işletilen doğal tekelleri düzenleyen kuralları belirlemenin bir aracını oluşturmaktadır[[6]](#footnote-6). Bu nedenle imtiyaz sözleşmesinin irdelenmesi ve hukuki zemine oturtulması doğal tekeller hakkında uygulanacak hukuku da açığa çıkartacaktır.

İdare Hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir “idari sözleşme” uyarınca; sermayesi karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denilmektedir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Bu çerçevede; konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır[[7]](#footnote-7). Bu sözleşmelerde; imtiyazı veren kamu tüzel kişisine “imtiyaz veren”, özel girişimciye ise “imtiyaz sahibi” ya da “imtiyazcı” denilmektedir[[8]](#footnote-8).

 İmtiyaz sahibinin yaptığı yatırım masraflarını karşılayabilmesi ve kar elde edebilmesi için imtiyaz sözleşmeleri genellikle 40-50 yıl gibi uzun bir süreyle yapılır. Süre dolunca imtiyaz sahibi, kamu hizmetiyle ilgili kurduğu tesisleri ve tüm malları bedelsiz olarak ilgili kamu tüzel kişisine devretmek zorundadır.

 Anayasa Mahkemesi bir kararında; “kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca; sermayesi, karı, hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesini” imtiyaz ve “konusu; kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri” de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelemiştir[[9]](#footnote-9). Bu tanım göz önüne alındığında, imtiyaz sözleşmesinin dört kısımda ayırıcı özelliği olduğu söylenebilir. Bunlar:

* İmtiyaz bir sözleşme yani iki taraflı bir sözleşmedir, sözleşmenin kurulabilmesi için idare ve özel kişinin iradelerinin uyuşması gerekir.
* İmtiyazın konusu bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesidir.
* Özel kişi, kamu hizmetini, hizmetten yararlanan kullanıcılardan aldığı ücret karşılığında yürütür.
* Kamu hizmeti, imtiyaz sahibi özel kişi tarafından kendi kar ve zararına işletilir.

**B. HUKUKİ NİTELİĞİ**

 İmtiyaz sözleşmeleri; bir yandan teknik konuların kural olarak düzenlendiği bir yandan da özel kişinin hak ve yükümlülüklerini koşul ve mali konulara ilişkin subjektif hükümler içerdiklerinden idarenin karma işlemleri arasına girmektedir[[10]](#footnote-10). Karma sözleşme olması, imtiyaz işleminin bazı hükümlerinin düzenleyici bazı hükümlerinin ise akdi olduğu anlamına gelmektedir. İmtiyazın akdi hükümleri; imtiyazın süresi, ücretlendirme vs. gibi mali avantajlara ilişkin hükümlerdir. Düzenleyici hükümleri ise; kamu hizmetinin organizasyonuna ve çalışmasına ilişkin hükümledir. Akdi hükümler iki taraflı, düzenleyici hükümler ise tek taraflı işlemlerdir. İdare düzenleyici hükümleri her zaman değiştirebilir. Lakin bu hükümler hakkında iptal davası açılması mümkündür.

 İmtiyaz işlemi “sözleşme” ve “şartname” olmak üzere iki işlemden oluşur. Şartname, gerektiğinde idarenin tek taraflı iradesiyle değiştirebileceği düzenleyici hükümler içeren bir işlemdir. Şartname ve diğer sözleşme belgeleri esas itibariyle idarenin iradesiyle belirlenir. İmtiyaz sözleşmesinde karşı taraf, idarenin şartlarını toptan kabul etmek veya reddetmek zorundadır. Bu nedenle imtiyaz sözleşmeleri “iltihaki” sözleşme niteliğindedir[[11]](#footnote-11).

İmtiyaz sözleşmeleri bakımından mevzuatımız incelendiğinde hala yürürlükte olan 10.06.1326(1910) tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyaz Hakkında Kanun ile imtiyaz verme usulü düzenlenmiştir. Bu kanuna göre imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Yine 5393 sayılı Belediye Kanununun 15. Maddesine göre, belediyeler; “Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; kaynak sularını işletmek veya işlettirmek, Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek, Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak” hizmetlerini yine Danıştay’ın görüşünü alarak ve İçişleri Bakanlığının kararıyla ve 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir.

Anayasamıza göre, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma[[12]](#footnote-12) ve sözleşmeleri için Danıştay’ın düşüncesinin alınması gerekmektedir[[13]](#footnote-13). Danıştay da bu düşüncesini 2 ay içerisinde bildirmek zorundadır. Danıştay’ın bu madde ile üstlendiği görev şartnameye veya sözleşmeye ilişkin mütalaa vermek yani görüş bildirmektir. Yoksa onay makamı değildir.

Danıştay’dan izin alınmasa dahi 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkında Kanun’a göre Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gerekmektedir. Ülkenin bütünü veya bir kısmında her hangi mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekildeki imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmasından önce Rekabet Kurulundan izin alınmalıdır. Rekabet Kurulu 16.10.1998 tarih ve 87/693 sayılı kararıyla; 3096 sayılı Kanun uyarınca yapılmış olan TEDAŞ’a ait elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının özel şirketlere devri sözleşmelerini imtiyaz sözleşmesi olarak görmüş ve sözleşmelerin imzalanması için kendi izninin alınması gerektiğine karar vermiştir[[14]](#footnote-14).

**C. KARŞILIKLI HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER**

 **1. İmtiyaz Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri:**

İmtiyaz sahibi; üstlendiği kamu hizmetini şahsen ve kendi kar ve zararına yürütmek, devraldığı kamu hizmetini devamlı bir şekilde yürütmek, yürüttüğü kamu hizmetini değişen koşullara uydurmak ve kamu tüzel kişisi tarafından denetlenmesine katlanmak zorundadır. İmtiyaz veren idare, kendi yükümlülüklerini yerine getirmese dahi, imtiyaz sahibi üstlendiği kamu hizmetini ifa ile mükelleftir.

İmtiyaz sahibi; sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme, kendisine sağlanan avantajlara saygı gösterilmesini isteme, verdiği kamu hizmetinin karşılığında ücret isteme haklarına sahiptir. Bu ücret, imtiyaz şartnamesinde öngörülen tarife üzerinden belirlenir ve kullanıcılardan alınır. İmtiyaz sahibinin ücreti belirleme yetkisi yoktur. Yine imtiyaz sahibinin imtiyaz veren kamu tüzel kişisine karşı yargısal başvuru hakkı vardır. Bu davalar tam yargı davası niteliğinde olup idari yargıda görülür.

 **2. İmtiyaz Verenin Hak ve Yükümlülükleri:**

 İmtiyaz veren öncelikle imtiyaz sahibinin mali dengesini bozmamalıdır. Bu mali denge idarenin eylemi veya öngörülemezlik neticesinde bozulmuş ise, idare imtiyaz sahibinin zararlarını tazmin etmelidir. Yine imtiyaz veren, taahhüt ettiği avantajları sağlamalıdır.

 İmtiyaz veren; Hizmetin sürekli ve düzenli olarak işleyip işlemediğini, şartnameye uyulup uyulmadığını denetleme hakkına sahiptir. Yine, imtiyaz sahibi kamu hizmetini değişen koşullara uydurmak için gerekli tedbirleri almıyorsa imtiyaz veren, düzenleyici hükümlerde tek taraflı değişiklik yapabilir. Ayrıca imtiyaz veren; kamu hizmetinin yürütülmediğini veya kötü yürütüldüğünü tespit ettiği taktirde imtiyaz sahibine yaptırım uygulayabilir. Bunlar; Para cezası, imtiyaza el koyma, sözleşmede yetkisi ve imtiyaz sahibinin ağır kusuru varsa imtiyazı düşürme yaptırımlarıdır.

**D. İMTİYAZIN SONA ERMESİ**

 İmtiyaz çeşitli sebeplerin oluşmasıyla sona erer. Bunlar:

 **1. Sürenin Dolması:** Sürenin dolmasıyla imtiyaz kendiliğinden sona erer. İmtiyaz konusu işletme bedelsiz olarak idareye teslim edilir.

 **2. İmtiyazın Düşürülmesi:** İmtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde imtiyaz veren sözleşmede yetkisi varsa imtiyazı düşürebilir.Sözleşmede tek taraflı imtiyazı düşürme yetkisi yok ise imtiyaz veren mahkemeden bu hususu talep edebilir. Böylelikle imtiyaz sona erer.

 **3.İmtiyaz Sahibinin Kusuru Sebebiyle Fesih:** İmtiyaz veren, imtiyaz sahibinin kusurundan dolayı sözleşmenin feshi hususunda İdare mahkemesinden talepte bulunabilir.

 **4. Kamu Yararına Fesih:** İmtiyaz sahibinin kusuru olmasa dahi, imtiyaz veren idare, kamu yararının gerektirdiği her zaman imtiyaz sahibinin zararını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir.

 **5. Akdi Geri Satın Alma:** İmtiyaz süresinin dolmasından önce, şartnamede belirtilen şartlar dahilinde ve tazminat karşılığında kamu hizmetinin devralınmasıdır.

 **6. Karşılıklı Anlaşmayla Fesih:** Tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla feshedilerek sözleşme son bulur.

 **KAYNAKÇA**

Kemal GÖZLER/Gürsel KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri**, 11.Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa 2011, Ekin Basım Yayın,

OĞUZMAN, M. Kemal/OZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Filiz Kitabevi, İstanbul 2005,

Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, III.Cilt, 3. Bası, İsmail Akün Matbaası, s.1590 vd.

Uğur EMEK, **İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine**, Uluslararası Tahkim ve kamu Hizmeti, Ankara 2001, Liberte Yayınları,

Zehreddin ASLAN/Nilay ARAT, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2005/2,

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

www.rekabet.gov.tr,

1. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul 2005, Filiz Kitabevi, s.45, [↑](#footnote-ref-1)
2. Kemal GÖZLER/Gürsel KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri**, 11.Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa 2011, Ekin Basım Yayın, s.458, [↑](#footnote-ref-2)
3. Zehreddin ASLAN/Nilay ARAT, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2005/2, s.6, [↑](#footnote-ref-3)
4. ASLAN/ARAT, a.g.e.s.7, [↑](#footnote-ref-4)
5. Uğur EMEK, **İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine**, Uluslararası Tahkim ve kamu Hizmeti, Ankara 2001, Liberte Yayınları, s.26, [↑](#footnote-ref-5)
6. EMEK, a.g.e.s.27, [↑](#footnote-ref-6)
7. Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, III.Cilt, 3. Bası, İsmail Akün Matbaası, s.1590 vd. [↑](#footnote-ref-7)
8. GÖZLER/KAPLAN, a.g.e. s.460, [↑](#footnote-ref-8)
9. Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 T., 1994/71 E, 1995/23 K. Ve 09.12.1994 T., 1994/43 E. 1994/42-2 K., [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), [↑](#footnote-ref-9)
10. ASLAN/ARAT, a.g.e.s.9, [↑](#footnote-ref-10)
11. GÖZLER/KAPLAN, a.g.e. s.460, [↑](#footnote-ref-11)
12. Gözler/Kaplan’a göre şartlaşma terimi hatalı olup şartname teriminin daha doğru olacağı belirtilmektedir, Bkz. Gözler/Kaplan, a.g.e.s.460, dipnot 61, [↑](#footnote-ref-12)
13. Anayasamızın 155/2. Maddesinde: “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir” denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmaktadır. [↑](#footnote-ref-13)
14. www.rekabet.gov.tr, [↑](#footnote-ref-14)