

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ARABAĞLANTI SÖZLEŞMESİ

Gökçen DOĞAN

2501151421

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT

İSTANBUL – 2019

TEZ ONAY SAYFASI

	T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS TEZ ONAYI	
---	--	---

ÖĞRENCİNİN:

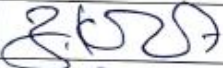
Adı ve Soyadı : GÖKCEN DOĞAN Numarası : 2501151421

Anabilim Dalı /
Anasat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR. ZEKERİYA KURŞAT

Tez Savunma Tarihi : 29.08.2019 Saati : 15:00

Tez Başlığı : ARABAĞLANTI SÖZLEŞMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE OYBİRLİĞİ** ile **KABULÜNE** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. MELİKŞAH YASİN		KABUL
2-PROF. DR. ZEKERİYA KURŞAT		KABUL
3-DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA GÖKTÜRK YILDIZ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ EMRAH KULAKLI		

Versiyon: 1.0.0.2-61559050-302 14.06

ÖZ

ARABAĞLANTI SÖZLEŞMESİ GÖKCEN DOĞAN

Arabağlantı sözleşmesi, elektronik haberleşme alanında işletmeciler arasında kurulan özel hukuk rejimine tabi bir sözleşmedir. Özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen son kullanıcıların haberleşme özgürlüğünü etkileyen kamusal öneminden dolayı arabağlantı sözleşmesi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun elektronik haberleşme sektörüne özgü regülasyonlarına tâbi olabilmektedir. Bu durum arabağlantı sözleşmesini klasik bir özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkarmaktadır.

Arabağlantı sözleşmesi incelenirken ilk bölümde arabağlantı sözleşmesinin ait olduğu elektronik haberleşme sektörü incelenmiş, ikinci bölümde arabağlantı kavramı ve sözleşmesi incelenmiştir. İkinci bölümde arabağlantı erişimin bir türü olarak diğer erişim türleriyle karşılaştırılarak ele alınmış ve arabağlantı sözleşmesinin unsurları açıklanarak, sui generis bir sözleşme olan arabağlantı sözleşmesine uygulanacak hükümler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise sözleşmenin kuruluşundan sona ermesine kadar olan süreç ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Arabağlantı Sözleşmesi, Arabağlantı, Erişim, Erişim Sözleşmeleri, İşletmeci, Elektronik Haberleşme, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, Telekomünikasyon Hukuku, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.

ABSTRACT

INTERCONNECTION AGREEMENT

GÖKCEN DOĞAN

Interconnection agreement is executed by and between electronic communication operators and is subject to the private law regime. Although it is a private law agreement, interconnection agreement also holds public importance as it relates to the freedom of communication of final users, and therefore it is also subject to the regulations of Information and Communication Technologies Authority where required by electronic communication sector regulations. This mere fact differentiates interconnection agreement from regular private law agreements.

In this thesis, we examined the interconnection agreements by primarily examining the electronic communication sector in the first chapter and by examining the concept of interconnection and the interconnection agreement in the second chapter. In the second chapter, we approached to interconnection as a type of access and compared it to other types of access, then we assessed the components of the interconnection agreement and tried to point out the provisions that are applicable to the sui generic interconnection agreement. In the third chapter, we examined the whole process from execution to termination of the interconnection agreement.

Keywords: Interconnection Agreement, Interconnection, Access, Access Agreement, Operator, Electronic Communication, Electronic Communication Law with law no. 5809, Telecommunication Law, Information and Communication Technologies Authority.

ÖNSÖZ

Elektronik haberleşme alanındaki erişim sözleşmeleri ve özelinde son kullanıcıların iletişiminin sağlanmasında oynadığı rol gereği erişimin bir türü olan arabağlantı sözleşmeleri dışardan fark edilmesi pek mümkün olmasa da günümüzde elektronik haberleşme araçlarını kullanan herkesin hayatını doğrudan etkileyen büyük bir öneme sahiptir. Bu önemi sebebiyle çalışmamızın konusunu arabağlantı sözleşmesi oluşturmaktadır.

Tezimizin ilk bölümünde elektronik haberleşme sektörü ve bu sektöre özgü sözleşmeler ele alınmıştır. İkinci bölümde arabağlantı kavramı ve arabağlantı sözleşmesi incelenerek sözleşmenin unsurları tespit edilmeye ve arabağlantı sözleşmesinin diğer erişim sözleşmelerinden farkı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise arabağlantı sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar olan süreç ele alınmıştır. Arabağlantı sözleşmeleri iki özel hukuk kişisi olan işletmeciler arasında kurulan özel hukuk rejimine tabi sözleşmeler olmakla birlikte kamusal öneminden kaynaklı dışarıdan müdahalelere maruz kalması nedeniyle klasik bir özel hukuk sözleşmesi olarak düşünülmemelidir. Borçlar hukukunun irade serbestisi prensibi arabağlantı sözleşmelerinde de kural olarak geçerlidir. Ancak bunun yanında bazı durumlarda kamusal önemi gereği sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar Bilgi Teknoloji ve İletişim Kurumu tarafından çeşitli müdahaleler yapılabilmektedir. Bu müdahalelerin ne şekilde yapıldığı ve sonuçları da tezimizin üçüncü bölümünde incelenmiştir.

Arabağlantı sözleşmelerinin uzmanlık gerektiren teknik bir alana ilişkin olması dolayısıyla bu konuya ilişkin hukuk alanındaki kaynak sayısının yetersizliği çalışmayı meşakkatli kılsa da bu durum sektörel kaynaklardan ve uzmanlık tezlerinden yararlanılarak giderilmeye çalışılmıştır. Ayrıca ilgili yerlerde Almanca kaynaklara yer verilmiştir.

Hukuk fakültesinde öğrencilik yıllarında tanışma fırsatı bulduğum ve akademik hayatı seçmem konusunda bana yol gösteren ve bu yolda yürürken her

daim destek olan, tez konusunun seçilmesinden yazılmasına kadar olan tüm aşamalarında fikirleriyle beni yönlendiren danışmanlığında tez yazma şansına sahip olduğum sayın hocam Prof. Dr. Zekeriya KURşAT'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Konunun belirlenmesinde beni yönlendiren ve huzurlu bir akademik çalışma ortamı sağlayan sayın hocam Prof. Dr. Halil AKKANAT'a; krs hocalarım sayın Prof. Dr. Zafer ZEYTİN ve Doç. Dr. M. Serdar ÇEKİN'e; tezin yazılması esnasında hukuki sohbetleriyle bana destek olan hocalarım Arş. Gör. Dr. M. Tolga ÖZER'e ve Arş. Gör. Dr. Murat SARIKAYA'ya ve değerli krs arkadaşlarım Arş. Gör. M. Ali oban, Arş. Gör. Bahar Kaya, Arş. Gör. Burak elik ve Arş. Gör. M. Hamza Arslan'a çok teşekkür ederim. Tezin yazılması sırasında daima yanımda olarak benden desteğini esirgemeyen Arş. Gör. Oğuz BANDIR'a, Mualla DOğAN'a, Dr. Ramazan DOğAN'a, Dt. Göksel DOğAN'a ve Hatice ERGÜDER'e her daim hayatımda olmaları temennisiyle sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Gökcen DOğAN

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNE VE SEKTÖRE ÖZGÜ SÖZLEŞMELERE GENEL BAKIŞ

I. Elektronik Haberleşmenin İlk Hali: Telekomünikasyon.....	3
II. Türkiye’de Elektronik Haberleşme Sektörünün Tarihi Gelişimi.....	4
A. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu Öncesi Dönem.....	5
B. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu Dönemi.....	6
C. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu Dönemi.....	12
III. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısı ve Bu Piyasa Yapısının Sonuçları.....	14
A. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısı ve Özellikleri.....	14
B. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısının Sonuçları: Sektörün Düzenlenmesi Gerekliği.....	17
IV. Sektörün Aktörleri.....	21
A. Yetkili Merciler.....	22
1. Genel Olarak.....	22
2. Bakanlık.....	23

3. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.....	24
a. Genel Olarak.....	24
b. BTK'nın Görevleri.....	25
4. Rekabet Kurumu	28
a. Genel Olarak.....	28
b. BTK ve Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Paylaşımı Sorunu ...	30
B. İşletmeciler.....	38
1. İşletmeci Kavramı	38
2. Yetkilendirme Rejimi	40
a. Bildirim	42
b. Kullanım Hakkı	43
V. Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Kapsamında Sunulan Bazı Hizmetler	44
A. Genel Olarak	44
B. Sabit Telefon Hizmeti.....	45
C. GSM Mobil Telefon Hizmeti.....	46
D. İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti	48
VI. Elektronik Haberleşme Sektörüne Özgü Sözleşmeler.....	49
A. Elektronik Haberleşme Hizmeti Abonelik Sözleşmeleri	50
B. Erişim Sözleşmeleri	53

İKİNCİ BÖLÜM

ARABAĞLANTI KAVRAMI VE ARABAĞLANTI SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. Arabağlantı Kavramı.....	58
A. Genel Olarak	58
B. Arabağlantı Kavramının Unsurları	63
1. Arabağlantının Teknik Unsuru: Elektronik Haberleşme Şebekelerinin Birbirlerine Fiziksel ve Mantıksal Olarak Bağlantısı	64
2. Arabağlantının Amaçsal Unsuru: Farklı İşletmelerin Kullanıcılarının Birbirleriyle İletişiminin Sağlanması ve Kullanıcıların Farklı İşletmeciler Tarafından Sunulan Hizmetlerden Yararlanması	66
II. Arabağlantı Çeşitleri.....	67
A. Genel Olarak	67

B.	İrtibatlandırılan Şebekelerin Türüne Göre	68
C.	Arabağlantının Teknik Olarak Yapılış Şekline Göre.....	70
D.	Arabağlantı Kuran İşletmecilerin Piyasa Güçlerine Göre	71
III.	Sözleşmenin Önemi.....	72
A.	Genel Olarak	72
B.	Arabağlantı Sözleşmesinin Kullanıcılar Bakımından Önemi	72
C.	İşletmeciler Bakımından Önemi	75
IV.	Arabağlantı Sözleşmelerinin Düzenlenmesi Gerekliliği	77
V.	Sözleşmenin Tabi Olduğu Hukuki Rejim	81
A.	Genel Olarak	81
B.	4502 sayılı Kanun Öncesi Dönemde Yapılan Arabağlantı Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi	84
C.	4502 sayılı Kanun Sonrası Dönemde Yapılan Arabağlantı Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi	89
VI.	Arabağlantı Sözleşmesinin Benzer Kavramlarla İlişkisi	92
A.	Erişim ile Arabağlantı Kavramlarının Karşılaştırılması	92
B.	Roaming ve Arabağlantı Kavramlarının Karşılaştırılması	95
VII.	Arabağlantı Sözleşmesinin Unsurları.....	101
A.	Genel Olarak	101
B.	Şebekeler Arası Arabağlantının Kurulması ve Sözleşme Süresi Boyunca Şebekelerin Arabağlantı Kurulmuş Şekilde Muhafaza Edilmesi	105
C.	Arabağlantı Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi Taahhüdü	107
D.	Bedel	109
E.	Tarafların Sözleşmenin Unsurları Üzerinde Karşılıklı Anlaşması	112
VIII.	Arabağlantı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	114
A.	Arabağlantı Sözleşmesinin Niteliğinin Belirlenmesi Kapsamında Tarafların Asli Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi	114
1.	Arabağlantının Gerçekleştirilmesi ve Sözleşme Süresi Boyunca Şebekelerin Bu Şekilde Muhafaza Edilmesi Ediminin Değerlendirilmesi ..	115
2.	Arabağlantı Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi Ediminin Değerlendirilmesi	117
B.	Sözleşmenin Niteliğine İlişkin Kanaatimiz	120

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 123

SÖZLEŞMENİN KURULMASI, GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLER VE SONA ERMESİ 123

I. Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin Özellikler: Sözleşme Serbestisinin Kısıtlanması	123
A. Borçlar Hukuku'nda Sözleşme Serbestisinin Genel Kural Olması	123
B. Sözleşme Serbestisinin Kısıtlanması	124
1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları	124
a. Önsözleşmeden Kaynaklı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü	125
b. Kanundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü	127
(1) Kamu Hukukundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu	128
(2) Özel Hukuktan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu	129
2. Sözleşme Kurma Zorunluluğunun Sonuçları	130
3. Sözleşme İçeriğinin Düzenlenmesine İlişkin Sözleşme Serbestisinin Sınırları	131
C. Arabağlantı Sözleşmesi Bakımından Sözleşme Serbestisinin Değerlendirilmesi	131
1. Genel Olarak	131
2. İşletmecilerin Arabağlantı Sözleşmesinin Kurulmasına Yönelik Sözleşme Müzakerelerinde Bulunma Hak ve Yükümlülüğü	136
3. Arabağlantı Sözleşmesinin Kurulması Bağlamında İşletmecilere Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü Getirilmesi	140
a. Arabağlantı Yükümlülüğü Kavramı ve Arabağlantı Yükümlüsü İşletmecilerin Belirlenmesi	140
b. Arabağlantı Yükümlülüğünün Sonuçları ve Yerine Getirilmemesi Durumu	146
4. Arabağlantı Yükümlülüğüne Ek Olarak İşletmecilere Getirilebilecek Diğer Yükümlülükler	148
a. Genel Olarak	148
b. Etkin Piyasa Gücü Kavramı ve Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesi	150

c. Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilere Getirilebilecek Yükümlülükler	153
(1)Ayrım Gözetmeme Yükümlülüğü	153
(2)Sözleşmede Uygulanacak Ücret Tarifelerini Maliyet Esaslı Belirleme Yükümlülüğü	153
(3)Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülüğü	155
(4)Şeffaflık Yükümlülüğü	155
(5)Referans Arabağlantı Teklifi Hazırlama Yükümlülüğü.....	156
i. Genel Olarak	156
ii. Referans Arabağlantı Tekliflerinin Hukuki Niteliği	158
d. Etkin Piyasa Gücünden Bağımsız Olarak Getirilebilecek Tesis Paylaşımı ve Ortak Yerleşim Yükümlülüğü	162
e. Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğüne Ek Olarak İşletmecilere Getirilen Yükümlülükler Uyulmamasının Sonuçları.....	164
II. İşletmeciler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Kapsamında BTK Tarafından İşletilen Uzlaştırma Prosedürü	167
III. Sözleşmenin Geçerliliği ve Hüküm Doğurmasına İlişkin Özellik Arz Eden Durumlar	172
A. Sözleşmenin Şekli	172
B. Sözleşme Hükümlerine İlişkin BTK'nın Mevzuata Uygunluk Denetimi 173	
IV. Arabağlantı Sözleşmesinin Sona Ermesi	175
A. Genel Olarak	175
B. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi	176
C. Tüzel Kişiliğin Kaybı	177
D. İfa İmkansızlığı	178
E. Sözleşmenin Taraf İradeleri Sonucu Sona Ermesi.....	180
1. Sözleşmelerin Tarafların Anlaşması Yoluyla Sona Ermesi.....	180
2. Sözleşmenin Feshi	181
a. Olağan Fesih.....	181
b. Olağanüstü fesih	182
SONUÇ	184
KAYNAKÇA	189

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
A.y.	: Aynı yönde
b.	: bent
Bkz.	: bakınız
BTk	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
BTkİYY	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği
C:	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EAY	: Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği
Ed.	: Editör
EHK	: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
f.	: fıkra
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kn.	: Kenar numarası
K.y.	: Karşı yönde
m.	: madde

PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı
R.G.	: Resmî Gazete
RKHK	: 4054 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S:	: Sayı
S.B.E.	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
v.d.	: ve diğerleri
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y:	: Yıl
Y.y.	: yazar yok
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

İnsan var olduğundan beri iletişim ihtiyacı içinde olmuştur. Bu ihtiyaç en başta aynı ortamda bulunmayı gerektirse de teknolojinin gelişmesiyle mesafelerin aşılması mümkün olmuştur. Telekomünikasyon adı altında başlayan mesafeler arası haberleşmenin en ilkel hali olan telgrafta fiziksel altyapı olarak iletim tellerine ihtiyaç duyulsa da günümüzde teknolojinin geldiği noktada hava, elektrik sinyallerine dönüşen iletileri iletmek için yeterlidir.

Haberleşme alanında teknoloji çok hızlı bir şekilde gelişse de bu durum haberleşmenin şebeke adı verilen altyapı birimleri üzerinden gerçekleştirilmesi sonucunu değiştirmemektedir. Şebekelerin türü değişmekle birlikte ileti aktarımında şebekeler arasında irtibat kurulması gerekliliği değişmemektedir. Tarihi gelişim kapsamında önce telekomünikasyon devamında ise elektronik haberleşme şebekeleri arasında bağlantı kurularak bunlar arasında haberleşme iletisi aktarımının gerçekleşmesi arabağlantı kavramı ile ifade edilmektedir. Dolayısıyla, farklı şebekelere bağlı kullanıcıların haberleşebilmesi bu şebekeler arasında arabağlantı kurulması ile mümkündür.

Haberleşme şebekeleri ilk ortaya çıktıklarında devlete ait olup bunlar üzerinden sunulan hizmet de devlet tekeli tarafından yürütülmekteydi. Durum böyleyken aynı ülke içinde tek işletmeci mevcut olduğu için şebekeleri arasında arabağlantı kurulması teknik bir kavramdan öteye geçmiyor, hukuki olarak bir mesele teşkil etmiyordu. Ancak, ülkeler elektronik haberleşme sektörünü özelleştirmeye ve devamında sırasıyla perakende ve toptan hizmetlerin sunulmasını serbestleştirmeye başladıklarında devletin yanında elektronik haberleşme hizmeti sunan başka aktörler de yetkilendirildi. Dolayısıyla zaman içinde ortaya çıkan ve kullanıcılarının birbirleriyle haberleşmesi adına elektronik haberleşme hizmeti veren işletmecilere ait şebekelerinin irtibatlandırılması gereği ile birlikte arabağlantı sözleşmelerinin kurulması meselesi önem kazanmıştır.

Tez kapsamında daha önce pek fazla incelenmemiş bu önemli mesele ele alınmıştır. Tezin ilk bölümünde sözleşmenin karakterini belirleyen birçok unsuru

anlamlandıran elektronik haberleşme sektörünün dinamikleri tarihi gelişimi kapsamında incelenecektir.

Tezin ikinci bölümünde arabağlantı kavramı benzer kavramlarla karşılaştırmalı olarak ele alındıktan sonra arabağlantı sözleşmesi, bu sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim ve sözleşmenin unsurları ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde ise sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar olan aşamalar incelenecektir. Bu inceleme esnasında sözleşmeyi kamusal önemi sebebiyle klasik bir özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkaran durumlar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNE VE SEKTÖRE ÖZGÜ SÖZLEŞMELERE GENEL BAKIŞ

I. Elektronik Haberleşmenin İlk Hali: Telekomünikasyon

Sözlük anlamı “*haber, yazı, resim, sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik vb. elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı veya alınması, uz iletişim*”¹ demek olan telekomünikasyon hayatımızın her alanında ve hatta her anında yer almaktadır.

Latince *communicatio* kelimesinden türetilen komünikasyon terimi insanların karşılıklı olarak bilgi alışverişinde bulunmasını ifade etmektedir². Mesafe anlamına gelen *tele* kelimesinin eklenmesiyle oluşan telekomünikasyon sözcüğü de mesafeler arası iletişim kurulması anlamına gelmektedir. Telekomünikasyon sözcüğü ilk defa Edouard Estaunie tarafından 1904 yılında yazdığı “*Traite’ pratique de te’le’communication electrique*” adlı kitabın başlığında kullanılmış olup bu sözcük yazar tarafından elektrik sinyalleri yoluyla gerçekleşen bilgi alışverişi olarak tanımlanmıştır³.

Mevzuatımıza bakıldığında ise telekomünikasyon terimi ilk olarak 27.1.2000 tarihli 4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu’nun 1. maddesinde “*her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik,*

¹ TDK online sözlük (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8c7f73091566.47651541 (Erişim Tarihi: 5.7.2019). Telekomünikasyon sözcüğü Almanca’da “Fernmeldewesen” kelimesiyle de ifade edilmekte olup bu birleşik sözcük uzak anlamına gelen “fern” ile bildirim işleri, bildirim yapma anlamına gelen “Meldewesen” kelimelerinden oluşmaktadır.

² Anton A. Huurdeman, **The Worldwide History of Telecommunications**, New Jersey, A Wiley-Interscience publication, 2003, s. 3.

³ A.e.; Telekomünikasyonun kelime anlamı olarak elektronik-elektromanyetik iletişim anlamını taşıdığına ilişkin bkz. Şerafettin Ekici, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk telekomünikasyon Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 3.

manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” olarak tanımlanmıştır.

20. yy. 'da yaşanan teknolojik gelişmeler sonucu insanların doğrudan/anlık iletişim kurabilmesi için aynı ortamda bulunmalarına gerek kalmamış, telefonun icadıyla uzak mesafeler arasında doğrudan karşılıklı iletişim kurulması mümkün hale gelmiştir. İlk olarak sabit hatlı telefonlarla başlayan bu süreç baş döndürücü hızla gelişen teknoloji sayesinde sesli aramanın yanında görüntülü arama, internet erişimi ve data paylaşımı özellikleri sunan cep telefonları ve bilgisayarları hayatımızın olmazsa olmazları haline getirmiştir.

Tanımından anlaşılacağı üzere telekomünikasyonda iletişimin aralarında gerçekleştiği verici ve alıcının yanı sıra bir de iletim kanalı mevcuttur. Bu iletim kanalı iletişime konu işaretlerin alıcı ve verici arasında iletilmesi esnasında geçtiği yolu ifade eder⁴. İletim kanalı sabit hatlı telefon ile iletişim kurulduğunda kablo iken internet üzerinden iletişim kurulduğunda fiber optik kablo, ya da kablosuz ağlar veya cep telefonları üzerinden kurulduğunda elektro manyetik alanlardır. Teknolojik gelişmeler kapsamında iletim kanalları şekil değiştirerek farklı biçimlerde var olmaya devam etmektedir.

II. Türkiye’de Elektronik Haberleşme Sektörünün Tarihi Gelişimi

Telgrafın icadıyla başlayan telefonun icadıyla çok önemli bir aşama kaydeden telekomünikasyon sektörü, bilgi çağı olarak adlandırılan 20. yy’da hızla gelişen teknolojiye nasibini almıştır.

Teknolojinin gelişmesine paralel olarak devletler bu hizmetleri en başta doğrudan kendileri vatandaşlarına kamu hizmeti olarak sunmuştur. Daha sonra gelişen teknolojinin gerektirdiği altyapı maliyetlerinin çok yüksek olması ve söz

⁴ Avni Morgül, **Elektronik ve Haberleşme Mühendisliğine Giriş**, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2010, s. 176.

konusu hizmetlerin gerektirdiği uzmanlık seviyesinin karşılanmasındaki güçlük nedeniyle bu hizmetlerin özel kişiler eliyle gördürülmesi yoluna gidilmiştir⁵. Sektörün gelişimi bu alandaki hukuki düzenlemelere de yansımıştır.

Aşağıda sektörün tarihi gelişimini, bu gelişime paralel olarak ortaya çıkan hukuki düzenlemeler bağlamında 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu öncesi dönem, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu dönemi ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu dönemi olarak üç kısımda inceleyeceğiz.

A. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu Öncesi Dönem

Ülkemizde telekomünikasyonla ilgili olarak 1840 yılında Posta Nezareti ve Postahane-i Amire adı altında ilk posta idaresi kurulmuştur⁶. Bilginin tek yönlü aktarımına imkân sağlayan telgrafın ülkemize gelmesiyle birlikte 1855 yılında kurulan Telgraf Müdürlüğü, 1871 yılında Posta Nazırlığı ile birleştirilerek Posta ve Telgraf Nezareti kurumu oluşturulmuştur⁷.

Telefonun icadından sonra 1909 yılında Osmanlı İmparatorluğu döneminde American Western Electric Şirketi'ne İstanbul ve çevresinde telefon hizmeti verilmesine ilişkin 30 yıllık bir imtiyaz tanınmıştır⁸. Bu, ülkemizde telekomünikasyon alanında verilen ilk imtiyazdır⁹. Bu imtiyaz kapsamında şirkete “Dersaadette Telefon Şirketi Osmaniyesi” adlı anonim şirketi kurma yükümlülüğü getirilmiştir.

⁵ Filiz Giray, “Telekomünikasyon Sektöründe Liberalizasyon ve Türkiye’deki Durum”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, C: 2, S: 2, Y: 2007, s. 11; Ali Arıöz, **Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2005, s. 10.

⁶ Tanju Demir, **Türkiye’de Posta Telgraf ve Telefon Teşkilatının Tarihsel Gelişimi (1840-1920)**, Ankara, PTT Genel Müdürlüğü, 2005, s. 35.

⁷ **A.e..**

⁸ Özge İçöz, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2013, s. 47.

⁹ Turgut Ayhan Beydoğan, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Hukuk Rejimi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 41; 1909 yılında 30 yıllığına verilen imtiyaz uyarınca imtiyaz sahibi şirkete, işletmecinin yıllık gayrisafi gelirinin %15’ini maliye bakanlığına verme zorunluluğu getirilmiş, ancak şirketin mali durumunun kötü gitmesi üzerine bu oran %5’e indirilmiştir (Turgut Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C. 22, 1967, s. 301-303).

İlk manuel telefon santrali 1909 yılında kurularak hizmet vermeye başlanmış; aynı yıl, Posta ve Telgraf Nezareti telefon hizmetlerinin gelişmesine paralel olarak telefon hizmetlerini de kapsamına alarak Posta Telefon ve Telgraf Nezareti'ne dönüştürülmüştür¹⁰.

B. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu Dönemi

Telekomünikasyon alanındaki ilk yasal düzenleme 1924 tarihli 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu¹¹ ile yapılmıştır. 406 sayılı Kanun'da telgraf ve telefon haberleşmesi konusunda temel düzenlemeler yer almaktadır. 406 sayılı Kanun, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.11.2008 tarihine kadar telekomünikasyon alanındaki birincil mevzuat niteliğinde olup, yürürlüğe girdiği tarihten -yalnızca bazı maddelerinin- yürürlükte olduğu günümüze dek birçok kez değişikliğe uğramıştır. Aşağıda bu değişikliklerden en önemlilerine kronolojik olarak yer vereceğiz.

Cumhuriyetin ilanından sonra İstanbul Telefon Türk Anonim Şirketi olarak hizmet veren Dersaadette Telefon Şirketi Osmaniyesi, izlenen devletleştirme politikaları gereği 1935 yılında 3026 sayılı Kanun¹² uyarınca 800.000 İngiliz Lirası bedel karşılığında satın alınarak şirketin kurulu telefon tesislerinin işletmesi Posta, Telgraf ve Telefon Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir¹³.

1939 yılında Posta, Telgraf ve Telefon Genel Müdürlüğü, Ulaştırma Bakanlığı'na bağlanmış, 1954 yılında da kamu iktisadi teşebbüsü haline getirilmiştir¹⁴. 1984 yılına kadar kamu iktisadi teşebbüsü olarak görev yapan Posta,

¹⁰ Türkiye'de telekomünikasyonun tarihi gelişimi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.turktelekom.com.tr/hakkimizda/sayfalar/kilometre-taslari.aspx>; http://ptt.gov.tr/ptt/#!/ptt_tarihce (Erişim Tarihi: 5.7.2019).

¹¹ R.G. 21.2.1924/59.

¹² İstanbul Telefon Tesisatının Salın Alınmasına Dair Hükümetle Şirket Arasında Akdedilen Mukavelenin Tasdiki Hakkında Kanun (R.G. 17.6.1936/3332).

¹³ 3026 sayılı Kanun m. 9.

¹⁴ Demir, **a.g.e.**, s. 221; (Çevrimiçi) <http://www.telekomculardernegi.org.tr/haber-7728-ptt-177-yasinda.html> (Erişim tarihi: 5.7.2019).

Telgraf ve Telefon Genel Müdürlüğü, 1984 yılında 233 sayılı KHK kapsamına dâhil edilerek kamu iktisadi kuruluşu statüsü kazanmıştır¹⁵.

Cep telefonlarının icadıyla birlikte mobil haberleşmenin yaygınlaşmasından sonra PTT ile imzaladıkları gelir paylaşımı sözleşmeleri¹⁶ uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) ülkemizde GSM standartlarında mobil telefon hizmetleri sunmaya başlamıştır¹⁷.

Telekomünikasyon alanında yaşanan teknolojik gelişmeler küresel anlamda düzenlemelere de konu olmuştur¹⁸. 1986-1994 yılları arasında gerçekleştirilen Uruguay Zirvesinde hizmet sektörünün hızla gelişmesi değerlendirilmiş; zirve sonunda küresel mal ticaretini düzenleyen Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel

¹⁵ Sezin Öztoprak, “6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı; PTT A.Ş.”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, Y: 2014, s. 379.

¹⁶ 20.8.1993 tarihli GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sözleşmesi. Bu sözleşme kapsamında Turkcell ve Telsim’in yükümlülükleri masrafları onlara ait olmak üzere mobil telefon sisteminin kurulması ve PTT’ye teslim edilmesi, devamında PTT’ye pazarlama, satış ve teknik konularda destek verilmesidir. Bunun karşılığında PTT işleteceği sistem üzerinden elde edeceği gelirden Turkcell ve Telsim’e pay verecektir.

¹⁷ Mobil telekomünikasyon alanında başlangıçta sadece ses iletimini mümkün kılan analog teknolojiler kullanılmaktaydı. Birinci nesil olarak adlandırılan bu analog mobil sistemlerden sonra sayısal teknolojinin uygulanmaya başlandığı sesin yanında veri iletimini de mümkün kılan ikinci nesil sistemler uygulanmaya başlanmıştır. 2000’li yıllarda ortaya çıkan üçüncü nesil (3G) mobil telekomünikasyon sistemlerinden önce kullanılmakta olan ikinci nesil mobil telekomünikasyon sistemleri kullanıldıkları farklı teknolojiler yüzünden farklı isimlerle anılmaktaydı. Dünya üzerindeki en yaygın ikinci nesil sistemler sırasıyla GSM ve CDMA teknolojileriydi. Açılımı “Global System for Mobile Communications” olan GSM ülkemizde de kullanılan dünyanın en yaygın mobil telekomünikasyon teknolojisidir. Açılımı “Code Division Multiple Access” olan CDMA ise dünya üzerinde GSM’den sonra ikinci büyük şebekeye sahip teknolojidir. CDMA, özellikle Kuzey Amerika’da ve Asya’da yaygındı. İkinci nesilden sonra ortaya çıkan üçüncü nesil mobil telekomünikasyon sistemleri ise birinci ve ikinci nesilde olmayan kullanıcılarına çoklu ortam (multi-media) hizmetler sunulması için tasarlanmıştır. 3G teknolojisiyle mobil telefonlarda sağlanan 2Mbit/s hızına varan yüksek hızlardaki internet üzerinden sesin yanı sıra resim, grafik vb. verinin iletilmesi bunun yanı sıra bankacılık ve eğlence gibi hizmetlerin sunulması mümkün kılınmıştır. (Emin Sadık Aydın, **Üçüncü Nesil Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri: Dünya Uygulamaları ve Türkiye İçin Politika Önerisi, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2007, s. 26-30) Günümüzde ülkemizde dünyada kullanılan en son mobil haberleşme teknolojisi olan 4.5G kullanılmaktadır. 4.5G teknolojisi mobil telefonlar üzerinden yüksek hızlı genişbant hizmetler sunmak üzere geliştirilen ve tamamen IP tabanlı şebeke yapısına sahip dördüncü nesil (4G) mobil haberleşme sistemlerinin veri iletim hızı olarak daha hızlı ve yüksek kapasitede mobil internet sağlayan halidir. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/4-5g-nedir> (Erişim tarihi:5.7.2019).

¹⁸ Şahin Ardiyok, **Yerel Telekomünikasyon Hizmetlerinde Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004, s. 87.

Anlaşması'nın (GATT- General Arrangement on Tariffs and Trade) adeta hizmet sektörüne ilişkin bir versiyonu olan Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS- General Arrangement for Trade of Services) imzalanmıştır¹⁹. Ülkemiz de bu gelişmelerin içinde yer alarak telekomünikasyon sektörünün 2004 yılına kadar serbest rekabete açılacağına ilişkin taahhüt vermiştir²⁰.

Verilen taahhüt kapsamında ilk olarak ülkemizde 4000 sayılı Kanun²¹ kapsamında ile Türk Telekom A.Ş kurulmuş ve 233 sayılı KHK'ya eklenerek iktisadi kuruluşu olarak teşkilatlandırılmıştır.

Telekomünikasyon hizmetleri, 4000 sayılı Kanun ile değişiklik yapılan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu uyarınca posta ve telgraf hizmetleriyle beraber T.C. Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından tek el olarak yürütülmekteydi²². Telekomünikasyon hizmetlerinin gelişen teknolojiye uyum sağlayacak bir biçimde yürütülmesi amacıyla bu hizmetler geleneksel posta ve telgraf hizmetlerinden ayrılmıştır²³.

4000 sayılı Kanunla birlikte posta ve telgraf hizmetlerinden ayrılan telekomünikasyon hizmetleri, Türk Telekom Anonim Şirketi tarafından yürütülmeye başlanmıştır²⁴. Yine bu Kanun'un 2. maddesi uyarınca 406 sayılı

¹⁹ Zirve sonunda hazırlanan GATS' a telekomünikasyon sektörüne ilişkin anlaşmayı tamamlayıcı bir ek konmuştur. Bkz. Annex on Telecommunications (Çevrimiçi) https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/12-tel_e.htm (Erişim Tarihi: 5.7.2019.)

²⁰ 4502 sayılı Kanun'un genel gerekçesi (Çevrimiçi) <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=10172&pkanunnuma rasi=4502> (Erişim tarihi: 5.7.2019)

²¹ R.G. 18.6.1994/21964.

²² Ali Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 142.

²³ Telekomünikasyon hizmetlerinin telgraf ve posta hizmetlerinden ayrılmasına ve Türk Telekomünikasyon A.Ş'nin kurulmasına ilişkin ilk düzenleme 3911 sayılı yetki kanununa istinaden Bakanlar Kurulunca 509 Sayılı KHK ile yapılmış olsa da, söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından 21.10.1993 tarihli 1993/33 E. 1993/40-2 K. sayılı kararla (R.G. 06.11.1993/21750) iptal edilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9c0a105b-e30a-401f-b71e-750553e6ef82?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim tarihi: 5.7.2019)

²⁴ 4000 sayılı Kanun'un 1. maddesi şu şekildedir: "MADDE 1. — 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Madde 1. — Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğünce (P.İ.), telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Şirket) tarafından yürütülür."

Kanuna eklenen Ek-17. madde ile Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ayrıca 4000 sayılı Kanun ile birlikte 406 sayılı Kanun'a eklenen Ek-18. madde ile "mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, sabit hatlı telefon, uydu sistemleri, rehber basımı" gibi katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin²⁵ yetkilendirilmiş özel hukuk kişileri tarafından yürütülebileceği kabul edilmiştir. Daha sonra çıkarılan 4107 sayılı Kanun²⁶ ile (3.5.1995 tarihli) işletme lisansına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır²⁷.

Bu kapsamda 1998 yılında bir ilk gerçekleştirilerek daha önce gelir paylaşımı sözleşmesi uyarınca mobil işletme altyapısı kuran ve işletilmesinde teknik destek sağlayan Turkcell ve Telsim'e mobil telefon (GSM) işletme lisansı verilmiştir²⁸.

1996 yılında yürürlüğe giren 4161 sayılı Kanun²⁹ ile 406 sayılı Kanunda telekomünikasyon hizmeti sunan işletmecilerin yetkilendirmesine ilişkin önemli bir değişiklik yapılmıştır. 4161 sayılı Kanun ile Turkcell ve Telsim ile PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü arasında imzalanan katma değerli telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin gelir paylaşımı esasına dayanan sözleşmelerin ileride Bakanlar

²⁵ Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 3. maddesinde katma değerli hizmetler "Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri: İçeriği, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleriyle veya başka surette işlem yaparak aboneye/kullanıcıya ek, farklı ya da yeniden yapılandırılmış bir ses veya veri ileten ya da eğlence, oylama, yarışma, katılım, bilgi verme, cinsel içerik veya benzeri amaçlı içeriklere erişimi sağlayan elektronik haberleşme hizmetleri" olarak tanımlanmıştır.

²⁶ R.G. 06.05.1995/22279.

²⁷ 406 sayılı Kanunda işletme izinleriyle ilgili 4107 sayılı kanunla düzenleme yapılmasının ardından Bakanlık tarafından hazırlanan "Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği" (R.G. 23.12.1995/22502) çıkartılmıştır. Bu yönetmelikte özel teşebbüslere yapılacak yetkilendirmenin şekli ve usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, kanunda işletme izni ve ruhsatı olarak belirtilen yetkilendirme türleri; lisans, lisans sözleşmesi ve ruhsat olarak tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra yönetmeliğe GSM Mobil Hizmeti Lisanslarına İlişkin Özel Hükümler başlıklı ek ilave edilmiş ve mobil telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin yetkilendirme rejimi de detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

²⁸ Ekici, **a.g.e.**, s. 6.

²⁹ R.G. 26.04.1996/22622.

Kurulu tarafından bu yönde bir karar alınırsa lisans sözleşmesine dönüştürülebileceğine ilişkin hüküm eklenmiştir³⁰.

4161 sayılı Kanunun getirdiği değişiklik sonrası 27.4.1998 tarihinde Telsim ve Turkcell, Bakanlıkla “GSM PAN- Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşme” lerini imzalamıştır. Bu sözleşmelerle birlikte kendilerine imtiyaz hakkı tanınan Telsim ve Turkcell kâr ve zararları kendilerine ait olmak üzere hizmet vermeye yetkili kılınmıştır. Böylece bu tarihten sonra verilen hizmetin asıl sorumlusu Türk Telekom A.Ş. olmaktan çıkmıştır³¹.

4000 sayılı Kanun ile özelleştirme yönünde atılan ilk adım 4502 sayılı Kanunla³² katlanarak devam etmiş ve sektör serbest rekabete açılmıştır. 4502 sayılı Kanun’un gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere bu Kanunla yapılmak istenen telekomünikasyon sektörünü yeniden yapılandırmaktır³³. Dünyadaki serbestleşme eğilimi de dikkate alınarak bu amaca yönelik telekomünikasyon sektöründe üç ayaklı bir yapı kurulması hedeflenmiştir³⁴. Bu yapının ilk ayağı, telekomünikasyon sektörüne ilişkin politikaları belirleyecek olan siyasi sorumluluk taşıyan hükümdür. İkinci ayağı, gerekli teknik ve hukuki ikincil mevzuat düzenlemelerini yapacak olan faaliyetlerinde özerk nitelikli bir idari otoritedir. Üçüncü ve son ayağı ise işletmecilik faaliyetini teknolojik gelişmelere uygun şekilde yapan ticari kuruluşlardır.

³⁰ İlgili hüküm şu şekildedir: “406 sayılı Kanun Geçici Madde 6- 10.6.1994 tarihli ve 4000 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce katma değerli telekomünikasyon hizmetleri kapsamında PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzalanmış ve lisans sözleşmesine dönüştürülmesi öngörülmüş, gelir paylaşımı esasına dayalı sözleşmelerin her birinin, lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine...(1) Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Danıştay’ın incelemesinden geçirildikten sonra Bakanlık ile firmalar arasında lisans sözleşmesi imzalanır.”

³¹ Beydoğan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Hukuk Rejimi, s. 49.

³² RG 29.01.2000/23948.

³³ 4502 sayılı Kanunun Gerekçe Metni (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0585.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

³⁴ Aynı yönde bkz. M. Bilal Ünver, “AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri, (Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Düzenleyici Otoritelerin Rolü, Olması Gereken Hukuk Açısından Öneriler)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Y. 2007, s. 113.

Bu üçlü yapının ikinci ayağını oluşturan idari otorite olan Telekomünikasyon Kurumu, 4502 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda³⁵ yapılan değişiklikle kurulmuştur.

4502 sayılı Kanun ile birlikte yapılan bir diğer değişiklik ise Türk Telekom'un 233 sayılı KHK kapsamından çıkarılmasıdır. Türk Telekom bir kamu iktisadi kuruluşu olmaktan çıkarılmış, kuruluş ve tescil işlemleri dışında özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket haline gelmiştir³⁶. Bu değişiklikle birlikte Türk Telekom'un siyasi müdahaleden uzak olmasının ve kurulacak özerk denetim otoritesi tarafından objektif bir şekilde denetlenebilmesinin önü açılmıştır³⁷.

Önemli bir diğer gelişme ise 4502 sayılı Kanunla Türk Telekom'un telekomünikasyon hizmetleri üzerindeki tekel hakkının sınırının ve içeriğinin belirlenmesidir. 4502 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler sonucu 406 sayılı Kanun ile Türk Telekom'un Uzun Mesafe Telefon Hizmeti (UMTH) olarak da adlandırılan ulusal ve uluslararası ses iletimine yönelik telefon ve altyapı hizmetlerini 31.12.2003 tarihine kadar tekel olarak yürüteceği belirtilmiştir³⁸. Türk Telekom'un telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin tekel hakkı yalnızca UMTH hizmetleriyle ve 31.12.2003 tarihine kadar sınırlandırıldığı için, bu süreye kadar katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin bu süreden sonra hem UMTH hem de katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak Türk Telekom'un bir tekel hakkı bulunmayacaktır. Bu bakımdan tekel hakkı

³⁵ Kanun'un adı 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 67. maddesiyle "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun" olarak değiştirilmiştir.

³⁶ 6502 sayılı Kanun Geçici Madde 3 şu şekildedir: "*Türk Telekomünikasyon A.Ş.*" 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki B- Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK)" bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarılmıştır."

³⁷ Ferhat Topkaya, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s. 44.

³⁸ 4673 sayılı Kanunla 406 sayılı Kanun'un madde 2/1-c bendine Türk Telekom'daki kamu payının %50'nin altına düştüğünde Türk Telekom'un tüm tekel haklarının 31.12.2003 tarihinden önce de olsa ortadan kalkmış olacağına dair hüküm getirilmiştir. Ancak bu tarihten önce Türk Telekom'un hisselerinin %50'sinden fazlası özelleştirilmediği için Türk Telekom'un belirtilen telekomünikasyon hizmetlerindeki tekel hakkı hukuken 31.12.2003 tarihinde sona ermiştir. Tekelin fiili sona ermesi Uzak Mesafeli Telefon Hizmetleri (UMTH) olarak adlandırılan temel telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin yetkilendirme yapıldığında gerçekleşmiştir.

kapsamından çıkarılan bu hizmetler Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş özel hukuk kişileri tarafından yürütülebilecektir³⁹.

Üçlü yapı kurulmuş olmasına rağmen bu yapıdaki aktörlerin görevleri henüz bu kanun döneminde tam olarak oturmamıştı. 4673 sayılı Kanun⁴⁰ ile 406 sayılı Kanun'da değişiklik yapılana kadar telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin görev ve imtiyaz sözleşmesi yapma ve telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin verme yetkisi Ulaştırma Bakanlığı'ndaydı. 4673 sayılı Kanun'la sektörde kurulmak istenen üçlü yapıya uygun olarak yetkilendirme yapma yetkisi kural olarak Telekomünikasyon Kurumu'na bırakılmıştır⁴¹.

C. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu Dönemi

2008 yılında yürürlüğe giren EHK'da ilk göze çarpan husus terminoloji değişikliğidir. EHK'da 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'ndan ve ikincil mevzuattan farklı olarak “*telekomünikasyon*” terimi yerine AB mevzuatındaki düzenlemelere uygun olarak “*elektronik haberleşme*” terimi kullanılmıştır⁴². Elektronik haberleşme, Kanun'un Tanımlar başlıklı üçüncü maddesinde “*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması*” olarak tanımlanmıştır⁴³.

³⁹ Ekici, **a.g.e.**, s. 9 vd..

⁴⁰ RG. 23.5.2001/24410.

⁴¹ Yetkilendirme yetkisi kural olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun günümüzdeki hali olan BTK'da olmakla birlikte istisnai durumlarda kapsamında Ulaştırma, Haberleşme ve Denizcilik Bakanlığı'nın yetkilendirme sürecine dahil olması söz konusudur. Yetkilendirme sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda “Birinci Bölüm: IV. B. 2. Yetkilendirme Rejimi” adlı başlık.

⁴² EU DIRECTIVE 2002/19/EC, Dilek Salman, “Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011, s. 9.

⁴³ 406 sayılı Kanun'da yapılan telekomünikasyon tanımı ile 5809 sayılı Kanun'un elektronik haberleşme tanımı karşılaştırıldığında bu iki terim ile aynı kavramın kastedildiği görülmektedir. EHK ile 406 Kanun'un ifadesindeki anlam belirsizliklerine yol açabilecek “her türlü işaret, ses, sembol ve görüntü” ibaresini elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, ses ve görüntü olarak belirterek, her türlü haberleşmenin değil yalnızca elektronik araçlarla gerçekleşen haberleşmenin bu Kanun kapsamında düzenlendiği açıkça belirtilmiştir.

406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu sektörün reform süreci kapsamında geçtiği ticarileştirme, şirketleştirme, özelleştirme süreçlerine uygun gerekli hukuki altyapıyı sağlayabilmek adına yukarıda bahsettiğimiz üzere birçok kez değişikliğe uğramıştır⁴⁴. Türk Telekom A.Ş.’nin ses iletimi ve altyapı üzerindeki tekeli kalkmış ve piyasa serbestleşmiştir. Hukuken serbestleşen piyasaya ilişkin olarak bir yandan rekabetin etkin olarak fiilen de sağlanması, piyasaya yeni girecek olan işletmecilerin önünün açılması diğer yandan da tüketicilere en ucuz ücret karşılığında en kaliteli hizmetin sunulması ve tüketici haklarının gözetilmesi gerekmektedir. 406 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ulaşılmak istenen bu amaçlar için yetersiz kalmıştır. EHK ile tüm bu amaçların gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir⁴⁵. Bu hedef doğrultusunda elektronik haberleşme alanında yaşanan son gelişmeler de göz önünde bulundurularak AB mevzuatına uyumlu hukuki düzenlemeler bir çerçeve kanun niteliğinde olan EHK’da toplanmıştır⁴⁶. Nitekim EHK m.1’de kanunun amacı, “*elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi*” şeklinde ifade edilmiştir.

EHK m. 67 uyarınca Telekomünikasyon Kurumu’nun adı değiştirilerek Bilgi İletişim ve Telekomünikasyon Kurumu olmuştur. Yine EHK m. 67 ile 2813

⁴⁴ Giray, **a.g.e**, s. 12.

⁴⁵ Bu durum EHK’nın gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Ülkemizde de ses ve altyapı tekeli 2003 yılı sonunda kalkmış olup sektörde hızla serbestleşme başlatılmıştır. Serbestleşme ile büyüyecek olan pazarda yer alan yerleşik işletmecilerin yanında, yeni işletmecilere de, uygun ve sürdürülebilir bir rekabet ortamı yaratılması ile ucuz, kaliteli, hızlı ve güvenli bir hizmetin sunulması, sağlık, eğitim, ticaret, sanayi ve benzeri alanlarda ihtiyaç duyulan güvenilir bir altyapı sağlanması ile tarifelerde gerçekleşecek indirimlerle tüketici lehine bir ortamın oluşturulması hedeflenmiştir”.(Çevrimiçi)
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=68604&pkanunnuma rasi=5809> (Erişim Tarihi: 5.7.2019).

⁴⁶ Ancak bu bağlamda belirtilmelidir ki, her ne kadar 5809 sayılı Kanun’la elektronik haberleşme alanındaki tüm düzenlemelerin bir araya toplanması amaçlansa da 406 ve 2813 sayılı Kanun’un bazı maddeleri yürürlükte. Ayrıca 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

sayılı Telsiz Kanunu'nun adı değiştirilerek “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun” olmuştur.

EHK ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de işletmecilerin yetkilendirilmesi bakımındandır⁴⁷. Yetkilendirme rejimi değiştirilerek 406 sayılı Kanunda telekomünikasyon hizmetlerinin görülme yöntemi olarak öngörülen imtiyaz sözleşmesi, görev sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izinden oluşan dörtlü yapı yerine bildirim ve bildirimi takip eden kullanım hakkı alınmasından oluşan ikili bir yapı getirilmiştir⁴⁸. Getirilen bu yapıyla daha basit, serbest ve rekabetçi bir sektöre zemin hazırlanarak sektörde yer alan işletmeci sayısının arttırılması⁴⁹ hedeflenmiştir.

III. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısı ve Bu Piyasa Yapısının Sonuçları

A. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısı ve Özellikleri

Elektronik haberleşme, şebeke adı verilen fiziksel altyapılar üzerinden gerçekleştirilmekte olup elektronik haberleşme endüstrisinde hizmet sunabilmek için şebeke altyapısına sahip olmak ya da bir altyapıya erişim gereklidir. Dolayısıyla elektronik haberleşme endüstrisi bir şebeke endüstrisidir⁵⁰. Elektronik

⁴⁷ Salman, a.g.e., s. 20; Aytaç Yüksel, **Elektronik Haberleşme Hukukundaki İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 75.

⁴⁸ Yetkilendirme rejimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. “Birinci Bölüm: IV. B. 2. Yetkilendirme Rejimi” adlı başlık.

⁴⁹ Gerekçede bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Sektörle ilgili görev ve yetki tanımlarına açıklık getirilmiş, mevcut işletmeciler için imtiyaz usulü korunarak, yeni işletmeciler için kullanım hakkına ilişkin yeni hükümler ile numaralandırma ve numaranın taşınabilirliği ... idari ücretler ve kullanım haklarına ilişkin hususları kapsayacak şekilde bu Tasarı hazırlanmıştır.” (Çevrimiçi) <http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=68604&pkanunnumarasi=5809> Erişim tarihi: 5.7.2019.

⁵⁰ Adnan Akgün, **Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2007, s. 4; Şebeke endüstrisi birbirlerine bağlı olduğu ve uçlar arasındaki bağlantının niteliğinin ticari yapının belirleyicisi olduğu endüstriler olarak tanımlanmasına ilişkin bkz. Nur Seda Köktürk, **Telekomünikasyon Sektöründe Dikey Bütünleşik Firma Davranışlarının Düzenlenmesi: Sektörel Düzenleme ve Rekabet Hukuku**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2012, s. 5, 6.

haberleşme endüstrisi, şebeke endüstrisi olması nedeniyle kendine özgü birtakım özellikler göstermektedir. Bunlar; ölçek ve kapsam ekonomileri ile şebeke dışsallıklarıdır⁵¹. Genel olarak tanımlayacak olursak ölçek ekonomisi özelliği gösteren bir sektörde üretim miktarı arttıkça ortalama maliyet düşmekte, dolayısıyla üretimin tek bir firma tarafından gerçekleştirilmesi birden fazla firmaya nazaran daha az maliyetli olmaktadır⁵². Kapsam ekonomilerinde ise birden fazla mal ve hizmetin ayrı ayrı üretilmesinden birlikt üretilmesi maliyet bakımından daha avantajlıdır⁵³. Dışsallık da bir bireyin üretim veya tüketime ilişkin bir faaliyetinin bir başka bireyin elde ettiği faydayı etkilemesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Bu etki olumlu olduğunda pozitif, olumsuz olduğunda ise negatif dışsallıktan bahsedilir⁵⁵. Elektronik haberleşme sektöründe şebeke dışsallığının önemli olmasının nedeni, o şebekeye bağlı olanların birbiriyle haberleşme imkânlarının şebekeye bağlı kullanıcı sayısı arttıkça artacak olmasıdır⁵⁶. Bir başka deyişle, elektronik haberleşme sektöründe bir kullanıcının elektronik haberleşme hizmetlerinden elde ettiği fayda diğer abonelerin sisteme katılmasıyla birlikte artış göstereceğinden pozitif şebeke dışsallığı söz konusudur⁵⁷.

Elektronik haberleşme sektörünün şebeke endüstrisi olmasından kaynaklanan yapısal özelliklerinin sebep olduğu ve sektörün tarihi gelişimi içinde serbestleşmesiyle farklılaşan bir piyasa yapısı mevcuttur. Sektörün serbestleştirilmesiyle hukuken yeni işletmecilerin elektronik haberleşme sektörüne girerek son kullanıcıya elektronik haberleşme hizmeti sunabilmesi mümkün kılınmıştır. Bu durum piyasanın yapısının değişmesine neden olmuştur. Bu değişiklik sektör serbestleşmeden önce de sektörde hali hazırda son kullanıcılara hizmet vermekte olan tekel konumundaki işletmeci Türk Telekom A.Ş.'nin sabit

⁵¹ Topkaya, **a.g.e.**, s. 3.

⁵² Akgün, **a.g.e.**, s. 7; Topkaya, **a.g.e.**, s. 4 vd..

⁵³ Ardiyok, **a.g.e.**, s. 17.

⁵⁴ Recep Çakal, **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, 1996, s. 8.

⁵⁵ Topkaya, **a.g.e.**, s. 8; Çakal, **a.g.e.**, s. 8.

⁵⁶ Volker Großkopf, **Die Vertragsfreiheit nicht-maktbeherrschender Unternehmen bei der Netzzusammenschaltung**, Renningen-Malsmheim, Expert Verlag, 1998, s. 4; İçöz, **a.g.e.**, s. 11.

⁵⁷ Topkaya, **a.g.e.**, s. 8; Köktürk, **a.g.e.**, s. 8

şebeke altyapısını elinde tutmasından kaynaklanmaktadır. Sektör ilk serbestleştğinde sektöre giren ve gerek mobil gerek sabit telefon veya internet hizmeti vermek isteyen her işletmecinin son kullanıcıya ulaşmak için Türk Telekom AŞ'ye ait elektronik haberleşme altyapısına⁵⁸ erişim sağlaması gerekmektedir. Çünkü örneğin son kullanıcıya hizmet sunabilmek için yerel şebekeye erişim şarttır. Yerel şebekeye erişimin alternatifi olarak doğrudan aynı şebeke hattının inşa edilmesinin (döplikasyonu) teorik olarak mümkün olduğu düşünülebilirse de bu hatların kurulum maliyeti batık maliyet teşkil etmektedir⁵⁹. Hali hazırdaki yerel şebeke ağı ise önceden tekel konumunda olan yerleşik işletmeciye ait olduğundan bu şebekelerin yeniden inşa edilememesi nedeniyle alternatifi de olmadığı için yerleşik işletmecinin şebekeler üzerinde bir doğal tekeli söz konusuydu⁶⁰. Piyasaya yeni giren işletmeciler her ne kadar bazı maliyetlere katlanıp kendi şebeke altyapılarını kursalar da doğrudan son kullanıcıya elektronik haberleşme hizmeti sunmak için zorunlu olan yerel şebeke gibi bazı darboğaz unsuru niteliğindeki unsurlara erişim sağlamaları gerekmektedir⁶¹. Bu durum sektörde “*perakende hizmetler pazarı*” olarak da adlandırılan son kullanıcıya sunulan hizmet pazarı ile “*toptan hizmetler pazarı*” olarak da adlandırılan işletmecilerin elektronik haberleşme altyapısının erişimine ilişkin altyapı pazarı olarak iki ayrı pazarın oluşmasına neden olmuştur⁶². Sektör hukuken rekabete açılmadan önce hem elektronik haberleşme altyapısını elinde bulunduran hem de elektronik haberleşme hizmeti veren işletmeci piyasada tekel konumunda bulunan işletmeci idi. Piyasada tek bir işletmeci bulunduğundan altyapı pazarı olarak da ifade edilen toptan hizmetler pazarı bulunmuyordu. Ancak piyasaya yeni işletmeciler girince bunların son kullanıcıya elektronik haberleşme hizmeti sunabilmesi için eskiden tekel konumunda bulunan işletmecinin altyapısını kullanmaları gerekti. Bir başka deyişle

⁵⁸ Elektronik haberleşme altyapısı EHK m. 3'te “*Elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlar ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçaları*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁹ Batık maliyet, İçöz, **a.g.e.**, s. 9.

⁶⁰ M. Ayhan Tekinsoy, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, Y: 65, 2007, s. 129.

⁶¹ Ardıyok, **a.g.e.**, s. 49

⁶² Ardıyok, **a.g.e.**, s. 13, s. İçöz, **a.g.e.**, s. 23 vd.; Köktürk, **a.g.e.**, s. 14.

eskiden tekel konumunda olan ve elektronik haberleşme altyapısını elinde bulunduran işletmeci toptan hizmetler pazarında altyapısını piyasaya yeni giren işletmecilerin erişimine açan işletmeci konumuna geldi. Aynı işletmeci alt pazar niteliğindeki perakende hizmet pazarında da altyapısını erişimine açtığı diğer işletmeciler ile birlikte son kullanıcıya hizmet sunmaya devam etti. Rekabet hukukunda birbirini takip eden iki veya daha fazla üretim, dağıtım, pazarlama gibi sürecin tek bir firma tarafından gerçekleşmesi olarak ifade edilen “dikey bütünleşme” veya dikey bütünleşik firma yapısı rekabetçi olmayan davranışların görülmesine yol açan bir yapıdır⁶³. Çünkü altyapıyı elinde bulunduran firma, perakende pazarda rakibi olan diğer firmaların altyapısından yararlanmasını istememektedir. Elektronik haberleşme sektöründe bunun görünümü elektronik haberleşme altyapısını elinde bulunduran firmanın, diğer firmalar ile bu altyapıyı kullanmalarına ilişkin olarak erişim sözleşmesi yapmayı doğrudan ya da kabul edilmesi mümkün olmayan koşullar öne sürerek dolaylı olarak reddetmesidir.

B. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısının Sonuçları: Sektörün Düzenlenmesi Gerekliliği

Piyasada bazı unsurların doğal tekel niteliğinde olması ve söz konusu unsurların dikey bütünleşik yapıya sahip işletmecinin elinde bulunması piyasa aksaklığı teşkil etmektedir. Elektronik haberleşme altyapısını elinde bulunduran işletmeci alt pazarda potansiyel rakibi konumunda olan bir diğer işletmeciye bu pazarda faaliyette bulunabilmesi için gerekli altyapıyı kendiliğinden uygun koşullarda sağlamak istemeyecektir⁶⁴. Bunun yanı sıra pozitif şebeke dışsallığı da piyasaya yeni giren işletmeciler bakımından diğer piyasa aksaklıkları gibi bir piyasaya giriş engeli yaratmaktadır. Çünkü hiçbir kullanıcı daha az kullanıcıyla iletişim kurabileceği daha küçük bir şebekeyi tercih etmek istemez. Bu nedenle küçük şebekelere sahip piyasaya yeni giren işletmecilerin de piyasada var olabilmeleri için kendi şebekeleri ile büyük şebekeler arasında erişim ve özellikle

⁶³ İsmail Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku (Teori-Uygulama-Mevzuat)**, 5. Bası, Bursa, Ekin Yayınları, 2017, s. 682, 683; Köktürk, **a.g.e.**, s. 10.

⁶⁴ Köktürk, **a.g.e.**, s. 16.

erişimin bir türü olan arabağlantı sağlamaları gerekmektedir⁶⁵. Söz konusu piyasa aksaklıkları sektörün yapısal özelliklerinden kaynaklandığı için sektör her ne kadar yasal olarak serbest rekabete açılmış olsa da piyasaya yeni girmiş işletmecilerin rekabet etmesi fiilen mümkün değildir. Herhangi bir müdahalede bulunulmazsa yasal tekel sona ermiş olmasına rağmen piyasada önceden tekel olarak var olan ve şebeke altyapısına sahip işletmeci her zaman avantajlı durumunu devam ettirecek ve bu durumdan yararlanarak rekabet ortamının sağlanmasının önüne geçilecektir⁶⁶. Bir başka deyişle devlet tekelinin yerini özel tekelin alma ihtimali söz konusu olacaktır⁶⁷. Bu nedenle sektörde kalıcı piyasa aksaklığı bulunmakta ve sektörün hukuken rekabete açılması fiilen serbest rekabete açıldığı anlamına gelmemektedir. Bu durumda piyasada fiilen rekabeti gerçekleştirmenin tek yolu sektörel düzenlemeler yaparak piyasaya müdahale etmek, bir başka deyişle regülasyon yapmaktır⁶⁸. Hali hazırda rekabet kuralları mevcut iken neden regülasyona ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelebilir. Rekabet hukuku kuralları rekabetin mevcut olduğu pazarlarda bir rekabet ihlali meydana geldiği zaman söz konusu ihlalin ortadan kaldırılması ve yol açtığı zararların giderilmesi için ardıl (ex-post) düzenlemeler yapmaktadır⁶⁹. Bir başka deyişle rekabet kurallarının uygulanabilmesi için serbest rekabetin fiilen hali hazırda tesis edilmiş olması gerekmektedir. Keza rekabet hukuku kuralları, aynı zamanda elektronik haberleşme sektörü gibi teknolojik gelişmelere paralel olarak hızlı gelişen bir sektörde ardıl (ex-post) özelliği nedeniyle yavaş kalmaktadır⁷⁰. Bu da hem piyasada var olmak isteyen

⁶⁵ İçöz, **a.g.e.**, s. 25.

⁶⁶ Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 129; İçöz, **a.g.e.**, s. 11, 26.

⁶⁷ İzak Atiyas, “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon?” (Çevrimiçi)

<http://mimoza.marmara.edu.tr/~mcokgez/Makaleler/atiyas1.htm> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁶⁸ Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 129; Hakan Suat Ölmez, **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2003, s. 15; Cenk Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 77, 79.

⁶⁹ Aslan, **a.g.e.**, s. 14

⁷⁰ Bu sürecin uygulamada ortalama bir buçuk yıl sürdüğü hk. bkz. Özge İçöz, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s. 60; Telekomünikasyon sektörünün günümüzde en hızlı değişip gelişen sektörlerden biri olması nedeniyle bu değişime ayak uyduracak şekilde hukuki bir çerçeve belirlenmesinin zor olduğu; regülasyon faaliyetlerinin diğer amaçlarının yanında aynı zamanda hukukun bu değişime ayak uydurmasını amaçladığı hakkında bkz. Melikşah Yasin, “Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmelerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun Müdahalesi”, **Telekomünikasyon Hukuku**, Ed. Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 121.

işletmecilerin hem de rekabetin gelişmemesi sebebiyle piyasada doğal tekell konumunda olan işletmecilerden yüksek fiyatlarla hizmet almak zorunda kalan son kullanıcıların mağdur olmasına yol açmaktadır. Piyasanın yapısal aksaklıkları sebebiyle rekabetin mevcut olmadığı bir piyasada öncelikle söz konusu aksaklıkların giderilerek piyasaya işlerlik kazandırılması gerekmekte olduğundan bu bağlamda rekabet kuralları tek başına yeterli olamamaktadır⁷¹.

Sektörde yukarıda anlattığımız şekilde ortaya çıkabilecek keyfi uygulamaların ve tekellci yaklaşımların önüne geçilmesi, bir başka deyişle yapısal-davranışsal rekabet engellerinin önüne geçilmesi amacıyla regülasyon (düzenleme) yapılması gerekmektedir. Regülasyonun hedefi, serbest rekabetin olmadığı sektörlerde mümkün olduğu kadar kısa sürede rekabetin tesis edilmesidir⁷². Bu bağlamda elektronik haberleşme sektörünü hukuken serbest rekabete açan ülkeler, aynı zamanda fiilen de bu durumun sağlanması için gerekli yasal düzenlemeleri yapmışlar ve bu düzenlemelerin hayata geçirilmesinin gerçekleştirilmesi ve denetlenebilmesi için düzenleyici kurumlar ihdas etmişlerdir⁷³. Ülkemizde bu düzenleyici kurum BTK'dır. Elektronik haberleşme mevzuatı kapsamında BTK'ya sektörde rekabeti tesis etmek adına işletmecilere birbirleri arasında kurulacak hukuki ilişkilere belirli şartlar altında müdahale etme yetkisi tanınmıştır⁷⁴. BTK, EHK ile kendisine verilen bu müdahale yetkisini işletmecilere erişim sözleşmeleri kapsamında bir takım öncül (*ex-ante*) yükümlülükler getirme ve bu yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi durumunda yaptırım uygulama şeklinde kullanmaktadır. Bir başka deyişle sektörün düzenleyici otoritesi olan BTK, yaptığı

⁷¹ Emma McCormack, "Access and Interconnection", **Telecommunications Law and Regulation**, Ed. Ian Walden, 4th Edition, Oxford University Press, 2012, s. 405.

⁷² İzak Atiyas, "Atölye Çalışması (I) Regülasyon ve Rekabet", **15-16 Mart 2001 Regülasyon ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2001, s. 42; Osman Berat Gürzumar, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Olarak Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 225; Bu bağlamda rekabet arttıkça sektöre özgü düzenleyici kurallara daha az başvurulması gerektiği hk. bkz. McCormack, **a.g.e.**, s. 406.

⁷³ Godefroy Dang-Nguyen/Thierry Penard, "Interconnection agreements in Telecommunications networks: from strategic behaviors to property rights", s. 2 (Çevrimiçi) <https://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/biblio/interconnexionen.pdf> (Erişim Tarihi: 5.7.2019), s. 2; Ünver, **Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi**, s. 812.

⁷⁴ İçöz, **a.g.e.**, s. 60.

öncül müdahalelerle piyasayı yönlendirmektedir. Bu sebeple BTK gerek tüketici gerekse de işletmecileri göz önüne alarak genel olarak elektronik haberleşme sektörünün rekabete açılması adına erişim sözleşmelerinin serbest rekabeti sağlayacak koşullarla kurulmasına ve sürdürülmesine müdahale etmektedir.

Öncül düzenlemeler yoluyla çeşitli yükümlülüklerin öngörülmüş olması, işletmeciler için kurallara uymaları hususunda bir baskı unsuru ve piyasaya girmek isteyen ya da piyasada olup hâkim durumda olmayan işletmeciler bakımından da bir güvence unsuru teşkil etmektedir⁷⁵. Sektörün regüle edilmesi olarak adlandırılan bu durum kapsamında sektörün düzenleyici otoritesi olan BTK, yaptığı ex-ante (öncül) düzenlemelerle piyasayı yönlendirmektedir. Elektronik haberleşme sektöründe BTK'nın bu bağlamda yürüttüğü regülasyon faaliyeti kabaca kamunun ekonomik hayata müdahalesi olarak tanımlanabilir⁷⁶. Serbestleşen elektronik haberleşme sektöründe sektörün yapısı gereği kendiliğinden gerçekleşmeyen rekabetin sağlanabilmesi için dışarıdan müdahale gerekmektedir. Bu müdahale ise BTK tarafından gerek piyasaya girişte gerek piyasadaki mevcut faaliyetler bakımından yapılmaktadır.

BTK tarafından yapılan ekonomik regülasyon diğer sektörlerde de görülmektedir. Örneğin elektrik, doğalgaz, petrol piyasaları da regüle piyasalar olup bu sektörleri BTK gibi bağımsız idari otorite olan EPDK regüle etmektedir. Her iki kurumun yaptığı faaliyetler ekonomik regülasyon olarak değerlendirilip bu faaliyetlerin amacı verimliliğin ve kaynakların adil dağıtımının sağlanmasıdır⁷⁷.

Söz konusu müdahalelerin temelde iki amacı vardır. Bunlardan ilki konusu kamu hizmeti olan haberleşme hizmetinde son kullanıcıların korunmasıdır. BTK'nın işletmecilerin sunacağı elektronik haberleşme hizmeti karşılığında kullanıcılara uygulayacakları ücret tarifelerine belirli şartlar altında müdahale etmesi ve tarifelerin alt ve üst sınırlarını belirlemesi (EHK m. 13) bu duruma örnek

⁷⁵ Salman, **a.g.e.**, s. 42.

⁷⁶ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 23; Cenk Şahin, **a.g.e.**, s. 96.

⁷⁷ Cenk Şahin, **a.g.e.**, s. 107.

olarak gösterilebilir. BTK'nın piyasaya müdahalesindeki amaçlarından ikincisi ise sektördeki yapısal piyasa aksaklıklarının ortaya çıkardığı rekabetin oluşmasını engelleyen durumların ortadan kaldırılması ve sektörün düzgün işleminin sağlanmasıdır. İşletmecilere getirilen erişim yükümlülükleri (EHK m. 16) ve kurumun işletmeciler arasında yapılan erişim sözleşmelerinde uzlaştırma yetkisi bu amacın gerçekleştirilmesine yöneliktir. Bu sayede piyasaya girmek isteyen işletmecilerin altyapı unsurlarına erişimi bakımından hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmakta, bunun sonucunda da yeni işletmecilerin piyasaya girmesinin önü açılmaktadır. Erişim yükümlülükleri kapsamında gerçekleştirilmek istenen altyapıyı elinde tutan dikey bütünlük piyasa yapısına sahip işletmecinin altyapısından diğer işletmecilerin de yararlanmasıdır. Altyapı unsurlarından diğer işletmecilerin yararlanması sağlanınca bir alt pazar olan perakende pazarda diğer işletmecilerin de kullanıcılara elektronik haberleşme hizmeti sunması ve altyapıyı elinde bulunduran işletmeci ile rekabet etmesi mümkün olacak ve piyasa işlerlik kazanacaktır.

IV. Sektörün Aktörleri

Sektörün aktörleri bir başka deyişle sektörde aktif rol oynayanlar başta işletmeciler olmak üzere bir de ilgili düzenlemeleri yapan ve denetimleri yürüten yetkili mercilerdir. Son kullanıcılar⁷⁸, tüketiciler⁷⁹ ve aboneler⁸⁰ olmak üzere sunulan hizmetten yararlananlar da mevcuttur. Konumuzla doğrudan ilgili olmadığından sektörde pasif konumda olan hizmetten yararlananlar bu başlık altında incelenmeyecek, yeri geldikçe metin içinde bunlara ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

⁷⁸ EHK'da son kullanıcı "Elektronik haberleşme hizmeti ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlamayan gerçek veya tüzel kişiler" şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁹ EHK'da tüketici "Elektronik haberleşme hizmetini ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kullanan veya talep eden gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır.

⁸⁰ EHK'da abone "Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır.

A. Yetkili Merciler

1. Genel Olarak

EHK’da Ulaştırma Bakanlığı, Bilgi İletişim ve Teknolojileri Kurumu yetkili merciler olarak doğrudan belirtilmiştir. EHK m. 7/f. 2 uyarınca, BTK elektronik haberleşme sektöründe rekabeti sağlama görevini ifa ederken Rekabet Kurulu’nun görüşünü ve yaptığı düzenlemeleri dikkate alacaktır. Bunun yanı sıra Rekabet Kurumu, sektör ayırt etmeksizin 4054 sayılı RKHK kapsamında gerçekleşen rekabet ihlallerine ilişkin olarak görevli olduğu için elektronik haberleşme sektöründeki rekabet ihlalleri bakımından da görevlidir. Bu bağlamda Rekabet Kurumu da yetkili merciler arasında sayılmalıdır.

Sektörde yaşanan özelleştirme ve serbestleşme hareketiyle birlikte Bakanlığa yüklenen görevler ve bunun paralelinde Bakanlığın yetkileri de zaman içinde değişikliğe uğramıştır. 20. yüzyılın başında PTT Genel Müdürlüğü tarafından tek bir elden emanet usulüyle yürüten telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve düzenlenmesinde Bakanlık tek yetkili merciiydi. Sektörde yaşanan serbestleşme hareketleri sonucu Türk Telekom A.Ş’nin yanında özel hukuk kişilerinin de faaliyet göstermeye başlamasına rağmen bu alanda düzenleme yapma yetkisinin hala Ulaştırma Bakanlığı’nda olması sektördeki mevcut işletmeciler ve hatta daha çok sektöre yeni girmek isteyen işletmeciler bakımından sektörel kararların objektifliği açısından çekince yaratmıştır. Bu bağlamda devletin hem düzenleyen hem de işleten olamayacağı düşüncesiyle sektörde uzman bağımsız bir idari otoriteye ihtiyaç duyulmuştur⁸¹. Bu anlamda sektördeki işletmecilerin her birine eşit mesafede bulunan, bu alanda politikayı belirleyen kurumdan bağımsız, sektörel anlamda uzman bir kuruluş olarak sektörün işleyişini

⁸¹ Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 35, S: 2, Y:2002, s.13.

düzenleyen Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş, bu kurumun yerini daha sonra 5809 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişikliklerle BTK almıştır⁸².

Ulaştırma Bakanlığı'nın sektörel konularda düzenleme ve yetkilendirme yapma görevleri⁸³, kurulduğu 4502 sayılı Kanun döneminde sınırlı olsa da sonrasında 4673 sayılı Kanun döneminde Telekomünikasyon Kurumu'na devredilmiştir. 4673 sayılı Kanun ile elektronik haberleşme alanındaki ilgili politikaların belirlenmesi işletmecilere, bu politikalara ilişkin düzenleme yapma yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na⁸⁴ ve elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması da özel işletmecilere verilmiştir.

2. Bakanlık

Yukarıda da bahsedildiği üzere sektörün liberalleşmesi ile birlikte elektronik haberleşme alanında düzenleme ve denetleme yapma görevi bağımsız idari otorite olan BTK'ya, sektöre ilişkin politikaların belirlenmesi görevi de yürütme kanadını temsil eden Bakanlığa verilmiştir. EHK m.5'te belirtilen ve Bakanlığın yürütme kanadını temsilen üstlendiği görevler temel politika ve stratejilerin belirlenmesi, sektöre ilişkin işletmecileri özendirici, destekleyici faaliyetlerde bulunulması ve sektörün planlanması, sektöre yön verilmesi olarak üç üst başlıkta toplanabilir ve şu şekilde gruplandırılabilir:

- i. Tahsisi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ve elektronik haberleşme sektöründeki serbest rekabet ortamının sürdürülmesine ilişkin politika ve strateji belirlemek,
- ii. Elektronik haberleşme altyapı, şebeke ve hizmetlerinin teknik, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara, kamu yararına ve milli güvenlik amaçlarına uygun

⁸² 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun başlığı 5809 sayılı EHK m. 67/2 hükmü uyarınca "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun" olarak değiştirilmiştir.

⁸³ Yetkilendirme yapma yetkisi kural olarak BTK'da olmakla birlikte EHK m. 9/6-a uyarınca uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası Bakanlık tarafından belirlenecektir.

⁸⁴ EHK ile birlikte Telekomünikasyon Kurumu'nun adı değişerek BTK olmuştur.

olarak kurulmasını, geliştirilmesini ve birbirlerini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlamaya yönelik politikaları belirlemek,

iii. Elektronik haberleşme cihazlarının üretiminde ve sanayisinin gelişmesinde yerli üretimi özendirmek ve elektronik haberleşme sistemlerinin yerli tasarım ve üretiminin teşvik edilmesi, teknik ve maddi destek sağlanması için gerekli düzenlemeleri yapmak,

iv. Sektöre ilişkin uluslararası çalışmalarda Devleti temsil etmek ve bu çalışmalarda alınan kararların uygulanmasını sağlamak,

v. Elektronik haberleşme hizmetlerinin doğal afetler ve olağanüstü hallerde kesintisiz bir şekilde aksamadan devam etmesi için gerekli önlemleri almak ve olağanüstü hâl ve savaşlarda bu hizmetleri planlamak, bu hizmetleri yapmak ve yaptırmak,

vi. Ulusal siber güvenliğin sağlanması amacıyla gerekli düzenlemeleri yapmak ve bu konuyla mücadele için gerekli önlemleri almak ve teşkilatları kurmak,

vii. Ulusal kamu entegre merkezlerine yönelik politika, strateji ve hedefleri belirlemek, eylem planlarını hazırlamak ve bu planları izlemek; e-Devlet hizmetlerinde kullanılan verilerin ve sistemlerin barındırıldığı veri merkezlerini kamu entegre veri merkezlerinde toplamak amacıyla altyapının kurulmasından işletilmesine kadar tüm işleri planlamak, yürütmek ve koordine etmek.

3. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

a. Genel Olarak

Yukarıda bahsettiğimiz üçlü yapının ikinci ayağını oluşturan merci bağımsız idari otorite olarak teşkilatlanan BTK'dır. BTK, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanunla, Telekomünikasyon Kurumu adı altında kurulmuştur. Daha sonra EHK m. 67 ile birlikte 2813 sayılı Kanunun adı "*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun*" ve bu sektörde düzenleyici faaliyette bulunan Telekomünikasyon Kurumu'nun adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir.

Bağımsız idari otoriteler özerk yapılardır. Bu bağlamda BTK faaliyet konusunda yargısal denetim dışında hiyerarşi ve vesayet türü herhangi bir denetime tabi değildir⁸⁵. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığıdır.

BTK, kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip özel bütçeli bir kurumdur⁸⁶.

b. BTK'nın Görevleri

BTK'nın görevleri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği m. 5'te ve EHK m. 6'da sayılmıştır. BTK'nın yetkileri temelde düzenleme, denetleme yapma ve yaptırım uygulama şeklinde ifade edilebilir.. BTK mevzuatta belirlenen bu yetkilerini görev alanına giren konularda kullanır. BTK'nın görevlerini konularına göre şu şekilde gruplandırılabiliriz:

- i. Rekabeti sağlamak: Kurum sektörde rekabetin sağlanmasına yönelik olarak genel düzenlemeler yapar. Sektöre ilişkin pazar analizleri yaparak ilgili pazarda yer alan işletmecileri belirler ve gerektiğinde bu işletmecilere EHK

⁸⁵ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 200.

⁸⁶ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun m. 5/2 ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği (R.G. 8.6.2011/27958) m. 4/3 şu şekildedir: “Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kuruma emir ve talimat veremez”. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği m. 19 uyarınca Kurum merkez teşkilatını oluşturan 11 ana hizmet birimine ayrılmıştır. Bu hizmet birimleri şunlardır:

1) Yetkilendirme Dairesi Başkanlığı. 2) Erişim ve Tarifeler Dairesi Başkanlığı. 3) Sektörel Rekabet Dairesi Başkanlığı. 4) Tüketici Hakları Dairesi Başkanlığı. 5) Spektrum Yönetimi Dairesi Başkanlığı. 6) Spektrum İzleme Dairesi Başkanlığı. 7) Teknik Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı. 8) Bilgi Teknolojileri Dairesi Başkanlığı. 9) Sektörel Araştırma ve Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı. 10) Sektörel Denetim Dairesi Başkanlığı. 11) Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı. Bunun dışında Kurumun aynı maddede sayılan 1) İnsan Kaynakları ve Eğitim Dairesi Başkanlığı. 2) Mali İşler Dairesi Başkanlığı. 3) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı. 4) Bilişim Sistemleri Dairesi Başkanlığı. 5) Kurumsal Kalite Değerlendirme Dairesi Başkanlığı. 6) Piyasa Gözetim Laboratuvarı Müdürlüğü. 7) Tüketici ile İlişkiler Müdürlüğü. 8) Basım ve Yayın İşleri Müdürlüğü. 9) Basın ile İlişkiler Müdürlüğü. 10) Özel Kalem Müdürlüğü şeklinde 10 tane yardımcı hizmet birimi ve 1) Hukuk Müşavirliği. 2) Kurul İşleri ve Kararlar Dairesi Başkanlığı olmak üzere 2 tane danışma birimi mevcuttur.

m. 12 kapsamında yükümlölükler getirir. Sektörel rekabet ihlallerini denetler ve bunlara yaptırım uygular⁸⁷. (EHK m. 6/1- a, b, k, j, ö, t)

- ii. İşletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek: İşletmecilerin erişim sözleşmeleri kuramaması ya da aralarındaki mevcut erişim sözleşmeleri kapsamında çıkan uyuşmazlıkları çözememeleri durumunda Kurum tarafından uzlaştırma prosedürü işletilir. (EHK m. 6/1-d)
- iii. Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme yapmak (EHK m. 6/1-f, l)
- iv. Sektörde faaliyet gösterenlerin mevzuata uygunluğunun denetlenmesi ve sektördeki bağımsız kuruluşlar tarafından yapılacak denetimin esaslarının belirlenmesi: Kurum, piyasada faaliyet gösterenlerin ilgili mevzuata uyup uymadıklarını kendisi denetler veya denetim yapacak bağımsız kuruluşlara ilişkin şartları belirler. (EHK m. 6/1-s, ü)
- v. Siber güvenlik alanında kendisine verilen görevleri yapmak (EHK m. 6/1-v)
- vi. Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların haklarını ve kişisel verileri ile sektörde faaliyet gösteren işletmecilerin ticari sırlarını korumak (EHK m. 6/1- c, h)
- vii. Sektöre ilişkin araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek: Kurum bu kapsamda sektördeki gelişmeleri takip eder. Uluslararası kuruluşların çalışmalarına katılıp buradaki kararların uygulanmasını sağlar. Araştırma geliştirme faaliyetlerine bütçesinden kaynak ayırır. (EHK m. 6/1- e, i, p)

⁸⁷ Bu kapsamda BTK'nın Rekabet Kurumu ile arasında oluşabilecek yetki çatışmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda "Birinci Bölüm: IV. A. 5. BTK ve Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Paylaşımı" adlı başlık.

- viii. Teknik konularda düzenleme ve denetleme yapmak: Elektronik haberleşme hizmetleri, şebekeleri, altyapılarına ve sektörde kullanılacak her türlü cihaza ilişkin teknik konularda düzenleme ve denetim yapar. Bunun yanı sıra evrensel hizmet kapsamında sunulanlar dahil olmak üzere elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesine ve denetimine yönelik standartları belirler. (EHK m. 6/1- f, g, ğ, m, n, o, u)
- ix. Kurum tarafından EHK m. 46 kapsamında alınacak ücretleri belirlemek ve Kurumun bütçesini yönetmek (EHK m. 6/1- r)
- x. Diğer görevler: Yukarıda bahsedilen görevlere ilişkin ikincil düzenlemeler çıkartmak, sektöre yönelik olarak, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri alır. İşletmecilerin bilgilerine ilişkin gerekli kayıtları tutar ve bunlar ile diğer kamu kurumları arasında bilgi akışını ve iletişimini sağlar. İşletmeciler ve tüketicileri ilgilendiren konularda aldığı kararları kamuoyuna açık hale getirir. (EHK m. 6/1- ç, i, ş, y)

Kurum kendisine verilen denetim yetkisini re'sen veya şikâyet üzerine kendisi kullanabilir veya üçüncü kişilere kullandırabilir. Kurum, denetim yetkisi sonucunda mevzuata veya yetkilendirme şartlarına uymadığını tespit ettiği işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının⁸⁸ yüzde üçüne kadar idari para cezası uygular. Bu genel bir düzenleme olup ilgili mevzuatta söz konusu ihlal için özel bir idari para cezası düzenlenmemişse bu oran uygulanacaktır⁸⁹. Yetkilendirmeye ilişkin olarak belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi durumunda Kurum yetkilendirmeyi iptal eder. Ulusal çapta verilecek

⁸⁸ Net satış, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği m. 4/f. 1'in ü bendi uyarınca "Brüt satışlardan, satış indirimlerinin düşülmesi sonucu kalan tutarı" ifade etmektedir.

⁸⁹ Örneğin, EHK m. 60'ın 5., 6. ve 7. fıkralarında belirtilen aykırılık hallerine ilişkin olarak farklı idari para cezaları öngörülmüştür.

frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi öngörölmüş elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili yetkilendirmelere ilişkin iptallerde Kurum, Bakanlığın görüşünü alır. Kurum ayrıca EHK m. 60 uyarınca milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereğı gibi yürütölmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığı devralmaya da yetkilidir.

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, bir düzenlemeye aykırılığın yaptırımını EHK m. 63 kapsamında ceza olarak düzenlenmişse bu durumda BTK adli mercilere ihbarda bulunabilecektir⁹⁰.

4. Rekabet Kurumu

a. Genel Olarak

Türkiye’de mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabet ortamının sağlanması ve bu ortamın sürdürölmesine ilişkin olarak gerekli düzenleme ve denetlemeleri yapmak üzere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu kurulmuştur.

Bir üst başlıkta bahsettiğimiz üzere BTK, elektronik haberleşme sektöründe rekabeti sağlamak, buna ilişkin düzenlemeler yapmak, pazar analizleri yapmak ve rekabet ihlali durumunda yaptırım uygulamakla yükümlüdür. Bu yüzden BTK’nın, ülke çapında sektör ayırt etmeksizin rekabetin korunması ile görevli Rekabet Kurumuyla iş birliği içinde çalışması gerekmektedir. Gerçekten EHK m. 6/f. 1/b. (b) uyarınca BTK’nın, mevzuatın öngördüğü hallerde rekabete ihlallerine ilişkin olarak Rekabet Kurumu’ndan görüş alacağı belirtilmiştir⁹¹. EHK m. 7/f. 2 uyarınca

⁹⁰ Mustafa Aytaç Özelçi, “Elektronik Haberleşme Alanında İdarenin Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Yetkisi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2012, s. 111.

⁹¹ Hükümün ifadesinden sadece EHK’nın değil, EHK kapsamındaki tüm ikincil mevzuat ve düzenlemelerin ve BTK Kurul kararlarının anlaşılması gerektiğı hakkında Şahin Ardiyok, Barış Yüksel, “Mevzuat ve Danıştay Kararları Işığında Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Çatışmaları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları**

Rekabet Kurulu da elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı incelemelerde ve vereceği tüm kararlarda BTK'nın görüşünü ve yaptığı düzenleyici işlemleri dikkate alacaktır⁹². EHK m. 7'nin gerekçesinde⁹³ de öngörüldüğü üzere bu kurumlar arasında muhtemel yeki çatışmalarına veya bilgi karışıklığına yol açmamak için iş birliği yapılacak ve karşılıklı bilgilendirme mekanizmaları oluşturulacaktır⁹⁴.

Bu kapsamda BTK ve Rekabet Kurumu arasında kurumlar arası iş birliği ve koordinasyonun sağlanması amacıyla 2.11.2011 tarihinde bir Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü⁹⁵ imzalamıştır⁹⁶. 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 22.1.2015 tarihinde posta hizmetleri de eklenerek kapsamı genişletilmiş aynı adla

Sempozyumu IV Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015, s. 160.

⁹² Bu bağlamda her iki kurumun da elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlalleri kapsamında karar vermeden önce birbirinden görüş almasının kanunda öngörülen bir zorunluluk olduğu hk. bkz. Yüksel, **a.g.e.**, s. 114; BTK'nın yalnızca mevzuatın öngördüğü hallerde Rekabet Kurumu'nun görüşünü alacağını belirtmesi karşısında Rekabet Kurumu'nun vereceği tüm kararlarda BTK'nın görüşüne başvuracağını belirtmesinin nedeni, BTK'nın elektronik haberleşme sektöründe sektörel düzenleyici kurum olması sebebiyle Rekabet Kurumu'na nazaran daha fazla bilgi sahibi olmasıdır. Bu nedenle Rekabet Kurumu'nun yapacağı her türlü soruşturmada BTK'nın mevcut düzenlemelerini ve görüşlerini dikkate almakla yükümlü tutulmuştur. Buna karşın BTK'nın Rekabet Kurumu'ndan görüş alması sadece rekabet ihlali kapsamındaki konularla sınırlıdır. Çünkü BTK'nın öncül düzenlemelerine aykırılık teşkil eden ancak rekabet ihlali teşkil etmeyen bir konuya ilişkin olarak münhasıran denetleme yapacak, Rekabet Kurumu'ndan görüş almayacaktır. Bkz. Arıyok, Yüksel, **a.g.e.**, s. 160.

⁹³ EHK m.7'nin gerekçesinde bu durum şu şekilde vurgulanmıştır: “[...] Ayrıca dünya genelindeki düzenleme yaklaşımlarına paralel olarak, elektronik haberleşme sektörü ile ilgili işlemlerde sektörün kendine has özellikleri ve sürekli gelişen yapısı nedeniyle sektöre özgü düzenleyici kurum olan ve ilgili düzenleme çalışmalarını da yürüten Telekomünikasyon Kurumunun görüşü ve yaptığı işlemler esas alınmak durumundadır. Bu çerçevede, ilgili madde hükmü ile Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında yetki karmaşası ve farklı kararların çıkmasının engellenmesi ile sektöre ilişkin yapılan işlemlerde tutarlılığın artırılması ve belirsizliğin asgariye inmesi amaçlanmaktadır. [...]”

⁹⁴ Tan, **İdare Hukuku**, s. 209.

⁹⁵ İki kurum arasında imzalanan 2011 tarihli İşbirliği Protokolü için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FG%C3%BCncel%2Fbilgiteknoloji.pdf> Erişim tarihi: 5.7.2019.

⁹⁶ Elektronik haberleşme alanında rekabet ihlallerine ilişkin değerlendirmede işbirliği yapılması, ihlallere ilişkin kolluk yetkilerinin paylaşılması gibi sınırları EHK ile çizilen bu konuların yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği halde protokolle düzenlenmesinin hukuki güvenlik ve idarenin kanuniliği ilkelerine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin eleştiri hk. bkz. Özelçi, **a.g.e.**, s. 128-129.

yeni bir protokol imzalanmıştır⁹⁷. Protokolün amacı⁹⁸ kapsamında kurumlar arası bilgi aktarımı sağlanacak, Rekabet Kurumu elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği kararlarda BTK'nın ve BTK da pazar analizine ilişkin vereceği kararlarda Rekabet Kurumu'nun görüşünü alacaktır⁹⁹. Ayrıca kurumlar arası koordinasyon ve iş birliğinin sağlanması amacı kapsamında kurumlar kendilerine ulaşan ve yetki tanımlarının dışında kaldığını ve diğer kurum tarafından ilgili mevzuatı kapsamında ele alınması gerektiğini değerlendirdikleri şikâyet, bildirim ve diğer başvuruları veya başvuru olmaksızın önemli gördükleri diğer tüm hususları diğer kuruma ileteceklerdir (Protokol m. 8). Ancak belirtmelidir ki, söz konusu protokol, bir kanuna dayanmadığı için kurumlar açısından tavsiye niteliğinde bir işbirliği anlaşması olmaktan öteye geçememektedir¹⁰⁰.

b. BTK ve Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Paylaşımı Sorunu

Elektronik haberleşme sektöründe piyasa aksaklıklarından kaynaklı olarak rekabetin henüz tesis edilmediği piyasalarda devlet müdahalesine bir başka deyişle regülasyona ihtiyaç duyulmaktadır. Düzenleyici otoritenin görevi ise rekabetin tesis

⁹⁷ İki kurum arasında imzalanan 2015 tarihli İşbirliği Protokolü için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/btk-ile-kurumumuz-arasindaki-isbirligi-p-2580fca5a4474bc3aa865b6198b2ee51> Erişim tarihi: 5.7.2019.

⁹⁸ Protokol'ün amacı 3. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*Bu Protokol'ün amacı; tarafların elektronik haberleşme ve posta sektörlerinde rekabet ortamının tesisine, geliştirilmesine ve korunmasına yönelik yetki ve görev alanlarına giren konuların karşılıklı işbirliği içinde ele alınmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, işletmecilerin/hizmet sağlayıcıların şikayet veya bildirimlerinin her iki kuruma veya kurumlardan birine iletimini sağlayarak birbirleriyle çelişebilecek nitelikte ve/veya kendisi için en uygun yönde kararlar aldırma amacıyla hareket etmelerini engellemek, ilgili mevzuat ve kavramların yorumlanmasında müşterek bir tutum sergilenmesi ve karşılıklı işbirliği ile bilgi aktarımına yönelik kararlar alınmasını sağlamaktır.*”

⁹⁹ Protokol m. 7 uyarınca BTK'nın pazar analizlerine ilişkin olarak Rekabet Kurumunun görüşünü almasının bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Ancak sınırlı sayıda işletmeci tarafından verilecek elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı verilmesi ve sektörde rekabet ihlallerine ilişkin olarak Rekabet Kurumu'nun görüşünün alınmasının zorunlu olmadığı istenildiği takdirde görüş alınabileceği belirtilmiştir. Bir başka deyişle bu son iki durum için Rekabet Kurumu'nun görüşünün alınması ihtiyaridir.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Ardiyok, Yüksel, **a.g.e.**, s. 164; Aynı yönde bkz. Gürzumar, **a.g.e.**, s. 300. Kurumlar arasında 02.11.2011 tarihinde imzalanan ve 22.01.2015 tarihinde revize edilerek kapsamı genişletilen işbirliği protokolü bir kanuna dayanmadığı için kurumlar bakımından bağlayıcı olmayıp yalnızca tavsiye niteliğindedir. Bu sebeple kurumlar arası yetki çatışmalarının çözümünde yol gösterici olmaktan öteye gidememektedir.

edilmesi amacıyla kural olarak bir takım öncül (*ex ante*) düzenlemeler yapmak ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetlemektir. Bu kapsamda elektronik haberleşme sektörünün düzenleyici kurumu olarak BTK, sektörde rekabetin tesis edilmesi ve korunmasına ilişkin olarak hem öncül düzenleme yapma yetkisine hem de bu öngördüğü yükümlülüklerin ihlalinde ardıl düzenleme yapma yetkisine sahiptir.

Gerçekten de BTK'nın görev ve yetkilerini düzenleyen EHK m. 6'nın a ve b bendi şu şekildedir:

“a) Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

b) Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak.”

Görüldüğü üzere BTK'ya bu maddelerle hem öncül hem ardıl müdahale etme yetkisi verilmiştir. Bağımsız düzenleyici otorite olarak piyasanın regüle edilmesi amacıyla BTK'ya öncül yetkiler verildiği açık ve olması gerektir. Ancak BTK'ya rekabet ihlali durumunda da müdahale yetkisi verilmiştir. BTK'nın bu yetkisi EHK m. 6/f.1 b bendinde de belirtildiği üzere yalnızca EHK ve EHK'ya dayanan ikincil mevzuata aykırılık hallerinde ortaya çıkan rekabet ihlallerine ilişkin bir müdahale yetkisidir. Bir başka deyişle BTK, elektronik haberleşme sektöründe gerçekleşmiş olsa dahi, RKHK kapsamında bir değerlendirme yapmaya yetkili değildir.

Normlar hiyerarşisi kapsamında BTK ile Rekabet Kurumu arasındaki yetki çatışmasına bir çözüm bulunması akla gelse de hukuki açıdan *lex specialis* ve *lex posterior* ilkeleri bağlamında yapılacak bir değerlendirmenin meseleyi çözmede

yeterli olmayacağı öne sürülmektedir¹⁰¹. Her ne kadar her iki ilke bakımından sektörel düzenlemelerin RKHK'na kıyasla hem daha özel hem de daha yeni tarihli olması aynı konudaki rekabet kurallarının uygulanmayacağı sonucuna işaret etse de yukarıda bahsettiğimiz elektronik haberleşme sektörüne ilişkin mevzuat hükümlerinden kanun koyucunun iradesinin rekabet kurallarıyla sektörel kuralların birbirini dışladığı değil, birbirini tamamladığı sonucu çıkmaktadır¹⁰².

Rekabet Kanunu, sektör ayırt etmeksizin her konudaki rekabet ihlallerinde uygulama alanı bulur. Bu kapsamda elektronik haberleşme sektöründeki rekabet ihlallerine de uygulanacaktır. Rekabet Kurumu, bir rekabet ihlali meydana geldiğinde bu ihlali ve ortaya çıkardığı zararları ortadan kaldırmak amacıyla ardıl (*ex post*) müdahalelerde bulunmaktadır¹⁰³. EHK m. 7 hükmünden BTK'nın elektronik haberleşme piyasasında münhasıran yetkili olmadığı Rekabet Kurumu'nun da elektronik haberleşme piyasasındaki rekabet ihlallerine ilişkin yetkilerinin devam ettiği açıkça görülmektedir. Hükümde yer alan Rekabet Kurulu'nun elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda BTK'nın görüşünü ve düzenleyici işlemlerini dikkate alacağı yönündeki düzenleme de bu sonucu doğrular niteliktedir¹⁰⁴. Söz konusu düzenlemelerden hareketle Rekabet Kurumu'nun yetkilerinin elektronik haberleşme sektöründe de devam etmekte olduğu ve bu bağlamda RKHK kapsamında bir ihlal gerçekleşirse bunu soruşturmaya yetkili olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Nitekim, Turkcell/Telsim II

¹⁰¹ Can Sarıççek, Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 80

¹⁰² Aynı yönde bkz. Can Sarıççek, Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 80.

¹⁰³ EHK m. 7/f. 1 hükmü şu şekildedir: "Kurum (BTK), 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkilidir".

¹⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun kendisine yapılan başvurunun elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olması sebebiyle BTK'dan görüş talep etmiş; gelen görüş kapsamında şikâyet konusu hizmetin sunumuna ilişkin olarak BTK tarafından tanımlanan bir pazar bulunmadığını belirterek hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığına ilişkin incelemesine devam etmiştir. İlgili karar için bkz. RK Kararı, Karar Sayısı: 13-44/546-242 Karar Tarihi: 11.07.2013.

¹⁰⁵ Ali Demiröz, Can Sarıççek, Selen Yersu Şahin, "Düzenlemeler ile İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu", **Rekabet Dergisi**, Ankara, C: XV, S. 1, Y: 2014, s. 43;

kararında¹⁰⁶ Rekabet Kurulu, rekabet ihlallerine müdahale yetkisinin telekomünikasyon dahil tüm piyasalar için Rekabet Kurumu'nda olduğunu vurgulamıştır. Bu noktada Rekabet Kurul'unun kararları ışığında sektörel düzenleyici konumundaki BTK'nın 4054 sayılı Kanun'u uygulamaksızın elektronik haberleşme sektöründeki düzenlemeler ışığında rekabete aykırı davranışlara ilişkin karar alma ve yaptırım hakkı bulunduğu ve bu durumun da RKHK'nın sektördeki ilgili pazarlara uygulanmasını engellemediği söylenebilir¹⁰⁷.

Elektronik haberleşme sektöründe kalıcı piyasa aksaklıklarının bulunduğu pazarlar regüle edilmektedir. Bir başka deyişle elektronik haberleşme sektöründeki her pazar doğrudan regülasyona tabi değildir. Bir piyasanın düzenlenmiş olması o piyasadaki aktörlerin hiçbir konuda özgürce karar alamayacakları bir başka deyişle o piyasadaki tüm davranış çeşitlerinin regüle edildiği anlamına gelmez¹⁰⁸. Bu kapsamda her bir somut olay bakımından araştırılması gereken somut olaya konu davranışın düzenleyici kurum tarafından regüle edilip edilmediğidir¹⁰⁹. Bu bağlamda elektronik haberleşme sektöründe BTK tarafından pazar analizleri yapılarak rekabetin bulunup bulunmadığı tespit edilmekte ve rekabetin bulunmadığı pazarlarda kendiliğinden rekabetin oluşup oluşmayacağına ilişkin bir analiz yapılmaktadır. Rekabetin olmadığı ve zaman içinde piyasa koşullarında da kendiliğinden oluşmayacağının öngörüldüğü pazarlar regüle edilerek öncül düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak rekabetin var olduğu veya zaman içinde kendiliğinden oluşabileceği pazarlara dışarıdan müdahale edilmemektedir. Regüle edilen piyasalarda, işletmeciler genel olarak sektör ayırt etmeksizin her teşebbüsün uymakla yükümlü olduğu rekabet hukuku kurallarının yanı sıra BTK tarafından öngörülen düzenlemelere de uymakla yükümlüdürler. Regülasyonla nihai hedef olan regüle edilen piyasanın serbest rekabete açılması sağlandığında regülasyon

Aynı yönde bkz. Başak Deprem, "Roaming (Dolaşım) Sözleşmesi", **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006, s. 50; Salman, **a.g.e.**, s. 92.

¹⁰⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Karar Sayısı: 04-68/976-236, Karar Tarihi: 25.10.2004.

¹⁰⁷ Sektörel düzenlemelerin 4054 sayılı RKHK'nın regüle edilen pazarlara uygulanmasını kategorik olarak dışlamadığı hk. bkz. Şahin Ardiyok, Barış Yüksel, **a.g.e.**, s. 152, 162; Demiröz, Sarıççek, Şahin, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁰⁸ Aslan, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁰⁹ **A.e.**, s. 120 vd.

sona ermekte ve o piyasalardaki işletmeciler sadece rekabet hukuku kurallarına tabi olmaktadır. Dolayısıyla elektronik haberleşme sektöründe, BTK ve Rekabet Kurumunun yetkilerini belirlerken ikili bir ayrıma gidilmelidir. Düzenleyici kurumun regüle etmediği ve işletmecilerin serbestçe karar alabildikleri alanlarda gerçekleşen bir davranış sonucu rekabet ihlali meydana geldiğinde burada münhasıran Rekabet Kurumunun yetkili olduğu açıktır¹¹⁰. Regülasyon kapsamında öngörülen bir düzenlemenin ihlali durumunda ise BTK'nın müdahale ederek yaptırım uygulayacağı açıktır. Bununla birlikte, BTK tarafından regüle edilen pazarlarda Rekabet Kurumu ile BTK'nın müdahale yetkileri konusunda tartışma yaratan iki durum gündeme gelebilir.

Yetki çatışmasına yol açabilecek durumlardan ilki, regüle edilen bir alanda işletmecinin davranışının hem rekabet hukuku kurallarına hem de BTK'nın öncül düzenlemelerine aykırılık teşkil etmesi durumudur. Bir örnekle açıklayacak olursak, BTK tarafından yapılan pazar analizi sonucu kendisine arabağlantı yapma yükümlülüğü getirilen etkin piyasa yapma gücüne sahip bir işletmecinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumu aynı zamanda hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde RKHK m. 6'nın ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Böyle bir durumda her iki düzenleme de somut olaya uygulanabileceğinden bu düzenlemelerin aynı anda uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelmekte bir başka ifadeyle bir yetki çatışması yaşanmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, bu soruna mevcut mevzuatımız ışığında net bir cevap verilmesi mümkün gözükmemektedir.. Bu durumun çözülmesi için hangi kurumun ne zaman yetkili olacağı BTK'nın yanında Rekabet Kurumu'nun da yetkilerinin devam edip kurumlar arası yetki çatışmasının kanun düzeyinde ve şüpheyi yer bırakmayacak açıklıkta yapılacak düzenlemeyle giderilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte kurumlar arasında 02.11.2011 tarihinde imzalanan ve 22.01.2015 tarihinde revize edilerek kapsamı genişletilen İşbirliği Protokolü dikkate alınmalıdır. Protokolün 3. maddesinde amacının kurumlar arası işbirliği yapılarak işletmecilerin şikayetlerinin birbirlerine iletilmesi ve görüş alışverişi yoluyla kurumlar arası iletişimin

¹¹⁰ AB uygulamasını da bu yönde olduğu yönünde bkz. Demiröz, Sarıççek, Şahin, **a.g.e.**, s. 24.

sağlanması ve birbirleriyle çelişebilecek nitelikte karar verilmemesi ve aynı zamanda işletmecilerin kendileri lehine en uygun karar aldırma amacının önüne geçmek yetki çatışmasının önlenmesi olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda Protokol'ün 7. maddesinde Rekabet Kurulu'nun elektronik haberleşme sektörüne ilişkin vereceği tüm kararlarda öncelikle BTK'nın görüşünü ve yapmış olacağı düzenleyici işlemleri dikkate alacağı ve bu kapsamda BTK'dan görüş talep edeceği; keza BTK'nın da yapacağı pazar analizlerinde Rekabet Kurumu'nun görüşünü alacağı belirtilmiştir. Görüş almanın bir adım ötesinde Protokol kapsamında taraflara kendilerine ulaşan başvurulardan diğer tarafın mevzuatını ilgilendirdiğini düşündükleri başvuruları diğer tarafa iletebilecekleri düzenlenmiştir. Protokol'ün 8. Maddesi uyarınca BTK, Pazar gücünün kötüye kullanıldığına ilişkin bir başvuru aldığında bu hususta öncül düzenleyici bir yükümlülük bulunmuyorsa başvuruyu Rekabet Kurumu'na iletebilecektir. Rekabet Kurumu ise pazar gücünün kötüye kullanıldığına ilişkin bir başvuru aldığında öncelikle BTK'nın görüşünü talep edecektir. Verilen görüş uyarınca konuya ilişkin BTK tarafından bir işlem yapılacağına bildirilmesi veya öncül düzenleyici yükümlülük getirme çalışmasının bulunması durumunda, Rekabet Kurumu ilgili başvuruya konu ihlal iddiasının süresi ve niteliğini dikkate alarak konuyla ilgili inceleme sürecine ara verebilecek; konuya ilişkin olarak ilgili mevzuat çerçevesinde makul ve uygulanabilir bir sürede öncül düzenleyici işlem yapılmaması veya BTK tarafından bu konuda öncül düzenleyici işlem yapılmasına gerek görülmediğinin bildirilmesi durumunda başvuruyu yeniden inceleyecektir. Protokol hükümlerinden anlaşılan BTK'nın elektronik haberleşme sektöründeki ihlallere karşı birincil yetkili olduğu, öncül düzenlemelerin olmadığı mevcut olmadığı durumlarda bile öncül düzenleyici işlemlerinin makul bir sürede yapılacağına belirtilmesi halinde Rekabet Kurumunun konuya müdahale etmemeyi seçeceği'dir. Bununla birlikte ihlal iddiasının süresine ve niteliğine göre takdir hakkını müdahale etme yönünde kullanabileceği de belirtilmiştir¹¹¹. Gerçekten de uygulamada işletmecilerin rekabet ihlali şikayetine konu davranışı BTK tarafından düzenlenen bir alan ilişkin

¹¹¹ Demiröz, Sarıççek, Şahin, **a.g.e.**, s. 47.

olduğunda Rekabet Kurulu soruşturma yapmaktan kaçınmaktadır¹¹². Ancak Danıştay’ın son dönemdeki bazı kararlarındaki tutumunun Protokol’de benimsenen tutumdan farklıdır. Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta¹¹³ BTK tarafından erişim ve arabağlantı yükümlüsü kılınmış bir işletmeci yükümlülüğüne aykırı davranarak sözleşme yapmaktan kaçınmış ve bu durum nedeniyle kendisiyle sözleşme kurulmayan işletmeci tarafından Rekabet Kurulu’na şikâyet edilmiştir. Rekabet Kurulu, uyuşmazlık konusuna ilişkin BTK tarafından uzlaştırma prosedürü başlatılmış olmasına binaen konu hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine karar vermiştir¹¹⁴. Söz konusu Kurul kararının iptali istemiyle yapılan başvuruda Danıştay, BTK’nın uzlaştırma kararının Rekabet Kurulu’nun aynı hususta soruşturma açmasına engel teşkil etmediğini, Rekabet Kurumu’nun RKHK’nın 6. Maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması halini oluşturan bir davranışa yönelik şikayeti soruşturmak zorunda olduğunu belirterek Kurumunun kendini yetkisiz saydığı kararları iptal etmektedir¹¹⁵.

¹¹² Ümit Nevruz Özdemir, “Telekomünikasyon Sektöründeki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisinde Güncel Mahkeme Kararları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2015, s. 132.

¹¹³ Danıştay 13. D., 11.03.2014 tarihli ve E. 2010/4805, K. 2014/832 sayılı kararı. Kararda şu ifadeler kullanılmaktadır: “Bütün bu hususların birlikte değerlendirilmesinden, erişim ve arabağlantı referans tekliflerinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından onaylandığı/belirlendiği, süreçte ilgili Kurumun anlaşma koşullarının belirlenmesi, onaylanması ve denetlenmesi noktalarında yetkisi bulunduğu açık olmakla birlikte, telekomünikasyon sektöründe gerçekleşebilecek rekabet ihlalleri konusunda, genel yetkili olan Rekabet Kurulu’nun, düzenleyici otorite kararları uyarınca hareket etmiş olduğu saptanmış olsa dahi anti-rekabetçi davranışlar sergileyen teşebbüslerin davranışlarını tespit ve yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu ve bu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun uygulamasından bağışık tutulmasının, sektörde gerçekleştirilebilecek rekabet ihlallerinin yaptırımsız kalması sonucunu doğurabileceğinden, şikâyet konu iddialarına ilişkin davranışların varlığı ve bu davranışların rekabet ihlali niteliğinde olduğunun saptanması veya bu duruma yönelik somut delillere ulaşılması hâlinde, konu hakkında soruşturma zamanaşımı süresi içerisinde, Rekabet Kurulu’nca soruşturma açılması ve ihlâlin kesin olarak tespiti hâlinde yaptırım uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Danıştay 13. D., 20.11.2007 tarihli ve E. 2006/2052, K. 2007/7582 sayılı kararı ve Danıştay 13. D., 13.02.2012 tarihli ve E. 2008/13184, K. 2012/359 sayılı kararı.

¹¹⁴ Rekabet Kurulu Kararı, Karar Sayısı: 10-59/1199-M, Karar Tarihi: 16.9.2010.

¹¹⁵ Bu husus kararın gerekçesinde “Öte yandan, somut uyuşmazlıkta şikâyet konu hususların uzlaştırma prosedürüne tabi tutulması da Rekabet Kurulu’nun konu hakkında soruşturma yapmasının önünde hukuki bir engel teşkil etmemekte olup, yukarıda genel hatlarıyla belirtildiği şekilde ve bu paralelde uzlaştırma prosedürü sonrasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim

BTK ile Rekabet Kurumu arasında yetki çatışmasına yol açabilecek ikinci durum ise, BTK tarafından getirilen bir öncül yükümlülüğe uyulmuş olması halinde ortaya çıkan durumun bir rekabet ihlali teşkil ettiği iddiasıyla Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunulamayacağıdır. daha açık bir ifadeyle BTK düzenlemesine uyulması durumunda dahi söz konusu işletmeci davranışının Rekabet Kurumu tarafından bir rekabet ihlali teşkil ettiği iddiasının değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir¹¹⁶.

BTK ile Rekabet Kurumu arasında yetki tartışmasının yaşanabileceği ikinci durum ise bir işletmecinin davranışlarının BTK tarafından kendisine getirilen öncül yükümlülükler uygun olmasına rağmen RKHK kapsamında rekabet ihlali teşkil edip etmediğinin denetlenmesinin mümkün olup olmadığı sorunudur. Danıştay Telkoder kararında¹¹⁷ bu soruna ilişkin olarak ulaşılabilecek sonuç bakımından belirleyici olan kıstasın, BTK'nın yaptığı düzenlemelerin işletmeciye bir hareket alanı sağlayıp sağlamadığı olduğunu belirtmiştir. BTK'nın öncül düzenlemeleriyle işletmeciye bir hareket alanı sağladığı durumlarda işletmeciler kendi iradeleriyle karar alabilmektedir. Bu durumda kendi iradeleriyle aldıkları kararın bir rekabet ihlaline yol açıp açmadığı Rekabet Kurulu tarafından denetlenebilecektir. Ancak BTK düzenlemelerinin, muhatabı olan işletmeciye bir hareket alanı sağlamadığı durumlarda, işletmecinin kendi iradesiyle aldığı bir karar olmadığından Rekabet Kurulu 4054 sayılı RKHK kapsamında bir inceleme yapamayacaktır. Çünkü Rekabet Kurulunun inceleme konusu teşebbüslerin kendi iradeleriyle ortaya koydukları davranışlardır. BTK tarafından yapılmış sektörel bir düzenleme olmasına ve işletmeci tarafından bu düzenlemeye uygun davranılmasına rağmen bu davranışların rekabet ihlali teşkil ettiği gerekçesiyle Rekabet Kurumunun önüne getirildiği durumda Rekabet Kurumu, BTK'nın aldığı kararlara ilişkin bir temyiz

Kurumu'nun piyasada rekabetin tesisi yönünde bir karar alma ihtimali bulunmakta olup, bu prosedür sonucunda anti rekabetçi davranışın cezalandırılması söz konusu değildir" şeklindedir.

¹¹⁶ Sektörel düzenlemelerin 4054 sayılı RKHK'nun regüle edilen pazarlara uygulanmasını kategorik olarak dışlamadığı hk. bkz. Şahin Ardiyok, Barış Yüksel, **a.g.e.**, s. 152, 162; Demiröz, Sarıççek, Şahin, **a.g.e.**, s. 43.

¹¹⁷ Danıştay 13. D., 8.5.2012 tarihli ve E. 2008/14245, K. 2012/960 sayılı kararı.

mercii haline gelme riskiyle karşı karşıyadır¹¹⁸. Bunun yanı sıra elektronik haberleşme piyasasındaki işletmeciler bakımından da söz konusu durum BTK düzenlemelerine şüpheyile yaklaşılması şeklinde bir sorun yaratabilir. Davranışı BTK düzenlemelerine uygun olan işletmeci aynı davranışın rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilmesi sonucuyla karşı karşıya kalabilir. Bu sonuç da işletmeciler bakımından hukuki belirsizliğe yol açabilir.

B. İşletmeciler

1. İşletmeci Kavramı

406 sayılı Kanun’u değiştiren 4000 sayılı Kanun ile Türk Telekom’un özelleştirilmesine ilişkin ilk adımın atılması ve devamında 4502 sayılı Kanunla tekel haklarının kaldırılması sonucunda sektör özel hukuk kişilerine açık hale gelmiştir. Bu sebeple ilk defa 4502 sayılı Kanun ile elektronik haberleşme mevzuatına ‘işletmeci’ kavramı girmiştir. Buna göre 4502 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca değiştirilen 406 sayılı Kanun’un 1. maddesinde işletmeci “*Türk Telekom da dahil olmak üzere, Bakanlık ile yapılan bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ve/veya Bakanlıktan alınan bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin uyarınca telekomünikasyon hizmetleri yürüten ve/veya telekomünikasyon altyapısı işleten bir sermaye şirketi*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁹. EHK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 406 sayılı Kanun’un neredeyse bütün maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır¹²⁰. EHK m.3’te işletmeci “*Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt*

¹¹⁸ Demiröz, Sarıççek, Şahin, **a.g.e.**, s. 50.

¹¹⁹ Yetkilendirme bakımından sermaye şirketi şartının aranmasının sektördeki aktör sayısını artırarak rekabetçi bir ortamın oluşturulması, hizmetin yaygınlaştırılması, hizmetin belirli bir kalitenin üzerinde sunulmasının hedeflenmesi, tüketicilerin korunması gibi amaçlarının olduğuna ilişkin bkz. Başak Deprem, **a.g.e.**, s. 84.

¹²⁰ EHK m. 66/f.1 uyarınca 406 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrası, yedinci fıkrası ve dokuzuncu fıkrasının ilk cümlesi; ek 17 nci, ek 19 uncu, ek 21 inci, ek 22 nci, ek 23 üncü, ek 24 üncü, ek 28 inci, ek 29 uncu, ek 30 uncu maddeleri; ek 32 nci maddesinin dördüncü ve altıncı fıkraları; ek 33 üncü maddesi; ek 35 inci maddesinin ikinci fıkrası; ek 36 ncı, ek 37 nci, geçici 3 üncü, 35 inci ve 36 ncı maddeleri dışındaki madde ve hükümleri ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

yapısını işleten şirket” olarak tanımlanmıştır. EHK’nın 9. maddesinde de yetkilendirme usulü açıklanmış, aynı madde uyarınca öngörüldüğü üzere yetkilendirmeye ilişkin esaslar BTK tarafından çıkarılan Elektronik Haberleşme Hizmetlerine İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nde¹²¹ düzenlenmiştir. Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 7. maddesinde işletmecilerde aranacak şartlar belirtilmiştir.

Bu madde uyarınca işletmeci olmak üzere bildirim veya bildirimle birlikte kullanım hakkı verilmesi suretiyle yetkilendirme için başvuracak şirketin:

- i) T.C kanunlarına göre kurulmuş anonim veya limited şirket olması
- ii) Şirketin faaliyet konusu yalnızca başvuracağı yetkilendirme konusu hizmete veya bu hizmeti yerine getirirken gerekli veya ilgili olan faaliyetlere ilişkin olması
- iii) Yukarıdaki şartla bağlantılı olarak şirket ana sözleşmesinde faaliyet alanı kapsamında “elektronik haberleşme hizmeti/telekomünikasyon hizmeti sunulması ve/veya şebekesi veya altyapısı kurulup işletilmesi” ifadesine veya yetkilendirilmeyi talep ettiği elektronik haberleşme faaliyetine yer verilmiş olması
- iv) Şirket hisselerinden en az yüzde onuna sahip gerçek kişi ortaklar ve tüzel kişiliği idare ve temsile yetkili kişiler ile şirket hisselerinden en az yüzde onuna sahip tüzel kişi ortakların hisselerinin en az yüzde onuna sahip gerçek kişi ortakların belirli suçlardan¹²² hüküm giymemiş olması,
- v) Ödenmiş sermayesinin en az Kurum tarafından belirlenen asgari tutar kadar olması¹²³ ve

¹²¹ R.G. 28.5.2009/27241.

¹²² Yetkilendirme Yönetmeliği m. 7/1-c bu suçlar şunlardır: “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Üçüncü Kısım Onuncu Bölümünde sayılan bilişim alanındaki suçlardan hürriyeti bağlayıcı ceza ile hüküm giymiş olmaması, taksirli suçlar hariç olmak üzere, ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis cezalarından biri yahut özel hayata veya hayatın gizli alanına karşı işlenmiş suçlar, basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, görevi kötüye kullanma, inancı kötüye kullanma, hileli iflas ve konkordato, kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım-satımlara fesat karıştırma, kara para aklama, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına iştirak suçlarından dolayı hüküm giymiş olmaması”

¹²³ BTK’nın 31.3.2016 tarihli ve 2016/DK-YED/195 sayılı kararı uyarınca öngörülen ödenmiş sermaye tutarı Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti yetkilendirmesine başvuracak şirketler için asgari

vi) Kurum tarafından belirlenen bildirim ve/veya kullanım hakkı başvuru formunda istenen bilgi ve belgeleri Kuruma göndermesi gerekmektedir.

Kullanım hakkı sayısı sınırlandırılmış elektronik haberleşme hizmetlerine yönelik yetkilendirme için başvuracak şirketlerin yalnızca anonim şirketler olabileceği Yetkilendirme Yönetmeliği m. 7’de öngörülmüştür. Bunun yanı sıra bu anonim şirketlerin yukarıdaki diğer şartları sağlamasının yanında hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması ve ilgili mevzuat ve/veya ihale şartnamesinde öngörülen diğer koşulları¹²⁴ sağlamaları gerekmektedir.

2. Yetkilendirme Rejimi

Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 4. maddesinin (cc) bendinde tanımlanan yetkilendirme “*Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesini [...]*” ifade etmektedir.

EHK öncesi dönemde yürürlükte bulunan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun yetkilendirmeye ilişkin hükümleri uyarınca yetkilendirme imtiyaz sözleşmesi, görev sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin şeklinde dört farklı şekilde yapılıyordu¹²⁵. 5809 sayılı Kanun ile yetkilendirme rejimi tamamen değiştirilerek AB tarafından öngörülen¹²⁶ bildirim veya bildirimi takip eden kullanım hakkı alınması şeklinde ikili bir yapıya kavuşmuştur. Yetkilendirme rejimi tamamen değiştiği için EHK’nin yetkilendirmeye ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan yetkilendirmelerin akıbetinin belirlenmesi

250.000 TL, bildirim veya bildirimle birlikte kullanım hakkı verilmesi suretiyle yetkilendirilmek için başvuracak diğer şirketler için asgari 1.000.000 TL olarak belirlenmiştir.

¹²⁴ Yetkilendirme Yönetmeliği Geçici madde 4 uyarınca ayrıca belirtilmelidir ki, imtiyaz ve görev sözleşmesi ile yetkilendirilmiş işletmeciler, ilave bir yetkilendirme alamaz. Ancak, bu işletmecilerin, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamındaki hizmet ve altyapılara ilişkin ihalelere girip giremeyecekleri ilgili mevzuat ve ihale şartnamesinde belirtilir.

¹²⁵ 406 sayılı Kanun dönemindeki bu dört yetkilendirme türüne ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Beydoğan, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Hukuk Rejimi**, s. 73-88.

¹²⁶ Söz konusu yapı EU Directive 2002/20/EC sayılı AB Direktifinde yer almaktadır.

gerekiyordu¹²⁷. Bu bağlamda EHK’da “geçiş süreci” başlıklı Geçici 2. madde uyarınca mevcut yetkilendirmeler bakımından ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre EHK yürürlüğe girmeden önce telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmeciler Kuruma bildirimde bulunmuş veya mevcut yetkilendirmelerindeki süre kadar kullanım hakkı almış sayılacaklardır. Görev ve imtiyaz sözleşmeleri bakımından ise geçiş süresi öngörülmemiştir. EHK yürürlüğe girmeden önceki görev ve imtiyaz sözleşmeleri herhangi bir nedenle sona erecekleri tarihe kadar geçerli olacaklardır¹²⁸. Bu bağlamda Turkcell ile 27.4.1998 tarihinde GSM Hizmetlerine ilişkin olarak imzalanan imtiyaz sözleşmesi halen yürürlüktedir¹²⁹.

Yetkilendirme rejimine ilişkin olarak belirtilmesi gereken ilk husus, elektronik haberleşme alanında altyapı veya şebeke kurulması veya bu alanda hizmet verilmesinin kural olarak BTK tarafından yapılacak yetkilendirmeye mümkün olmasıdır¹³⁰. Ancak EHK’da bu duruma iki istisna öngörülmüştür. “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan*” ve “*Kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları*” elektronik haberleşme hizmeti, altyapısı veya şebekesi yetkilendirmeye tabi değildir (EHK m. 8/f. 2). Bu iki durum dışında kalan verilecek

¹²⁷ EHK m. 68 uyarınca yetkilendirmeye ilişkin hükümler EHK’ nın yayım tarihinden altı ay sonra 10.5.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹²⁸ Turgut Ayhan Beydoğan, “Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 4, Y: 2011, s. 133.

¹²⁹ (Çevrimiçi) <http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/isletmeci-arama.xhtml>
<http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/isletmeci-arama.xhtml> Erişim tarihi: 5.7.2019.

¹³⁰ EHK m. 8/f. 1.

tüm elektronik haberleşme hizmetleri, sunulacak tüm elektronik altyapı veya şebekeleri yetkilendirmeye tabi olacaktır¹³¹.

EHK tarafından öngörülen yetkilendirme rejimi, bildirim ve bildirimi takip eden kullanım hakkı verilmesi olarak iki türlü olup aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

a. Bildirim

Elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı kurup işletmek isteyenler için kaynak¹³² tahsisine ihtiyaç duyulmuyorsa şirketlerin BTK' ye bildirimde bulunmaları yeterlidir. Yetkilendirme yönünden bildirimin yeterli sayıldığı hizmetler bakımından gerekli şartları¹³³ sağlayan şirketler yapacakları bildirim üzerine Kurum tarafından kendilerine yetkilendirme şartlarını sağlamış oldukları yönündeki bildirim ulaşınca yetki sahibi olurlar. Bir başka deyişle yetki sahibi olmak için bildirimde bulunan şirketler bildirimleri kuruma ulaşınca doğrudan söz konusu hizmetleri sunmaya başlayamayacaklardır. BTK kendisine yapılan bildirim yetkilendirme mevzuatına uygun ise başvuruda bulunan şirkete başvurusunun uygun olduğunu teyit eden ve hak ve yükümlülüklerini bildiren bir yazı gönderir¹³⁴. Belirtilmelidir ki BTK'nın yapacağı inceleme başvuruda bulunan şirketin yetkilendirme şartlarını sağlayıp

¹³¹ 31 Aralık 2018 itibariyle elektronik haberleşme sektöründe 448 işletmeci faaliyet göstermekte olup hizmet türlerine göre yetkilendirme sayılarına ilişkin tablo için bkz. "Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Pazar Verileri Raporu", Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 2018 yılı 4. Çeyrek, s. 24. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/pazar-verileri/4-ceyrek-2018kdisi.pdf> Erişim tarihi: 5.7.2019.

¹³² EHK m. 3'te "*numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine*" ifadesi kullanılarak işletmecilerin ihtiyaç duyabileceği kaynaklar örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu bağlamda teknolojik gelişmeler ışığında ortaya çıkabilecek farklı elektronik haberleşme yöntemlerinin farklı kaynaklara ihtiyaç duyabileceği göz önünde bulundurularak bir düzenleme yapılması isabetlidir.

¹³³ Bu şartlar Yetkilendirme Yönetmeliği m. 7'de belirtilmiş olup yukarıda "Birinci Bölüm: IV. B. İşletmeciler" adlı başlıkta açıklanmıştır.

¹³⁴ Yetkilendirme Yönetmeliği m. 8/f. 2. Bildirime konu hizmetler kamu hizmeti özelliği taşımadığına ilişkin olarak bkz. Mehmet Bıyıklı, **Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Rejiminin Kanuni İstisnalarının Kapsamı, Sınırları ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri**, Ankara, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Yayınları, 2011, s. 53.

sağlayamadığına ilişkin olup BTK, bu konuda herhangi bir takdir hakkı kullanmamaktadır. BTK, kendisine yapılan başvuruda eksiklik veya uygunsuzluk tespit etmesi durumunda da başvurunun kayıtlarına girdiği tarihten 15 gün içinde başvuruda bulunan şirkete bu durum bildirilir. Yetkilendirme Yönetmeliği m. 8/5 uyarınca başvuruda bulunan şirketin kendisine BTK tarafından bildirilen eksikliği/uygunsuzluğu gidermek için 30 günlük süresi vardır¹³⁵. Bildirim durumunda yalnızca kurum giderlerinin karşılanması amacıyla idari ücret alınmaktadır.

b. Kullanım Hakkı

Sunulmak istenen elektronik haberleşme hizmeti veya işletilmek istenen altyapı tesisi veya şebeke için kaynak tahsisine ihtiyaç duyulduğu durumlarda, şirketlerin BTK'ya yapacakları bildirimle birlikte söz konusu hizmeti sunabilmek ve/veya altyapıyı veya şebekeyi kurup işletebilmek için kullanım hakkı almaları gerekmektedir. EHK'da m.3'te kullanım hakkı, *“frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hak”* olarak tanımlanmıştır.

BTK tarafından işletmecilere verilecek kullanım hakkının sınırlandırılması hususunda ihtiyaç duyulan kaynağa göre ikili bir ayrıma gidilmektedir. Kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından kullanılması gerektiği durumlarda verilecek kullanım hakkı sayısı sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırma yalnızca kaynakların etkin ve verimli kullanılması amacıyla ve böyle bir gereklilik oluştuğunda yapılabilir.

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmadığı durumlarda BTK tarafından usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içinde kullanım hakkı verilir¹³⁶.

¹³⁵ Bu süre içinde kendisine bildirilen eksiklikleri tamamlamayan, uygunsuzlukları gidermeyen işletmeciye EHK m. 60 uyarınca idari para cezası veya diğer yaptırımlar uygulanır.

¹³⁶ Burada düzenlenen 30 günlük sürenin hak düşürücü süre olmadığı, düzenleyici süre olduğu ve bu sebeple 30 günlük süre geçtikten sonra da Kurum başvuruda bulunan şirkete kullanım hakkı tahsis edebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beydoğan, **a.g.e.**, s.92; K. Burak Öztürk, “Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, , S:1, Y: 67, 2009, s. 33.

Kullanım hakkının sınırlandırıldığı durumlarda kural olarak yetkilendirme sürecine ilişkin işlemler BTK tarafından yapılmaktadır. Ancak uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası, hizmetin başlayacağı zaman ve yapılacak yetkilendirmenin süresi ve hizmeti sunacak işletme sayısı Bakanlık tarafından belirlenecek, yetkilendirme BTK tarafından yapılacaktır.

Sınırlı sayıda kullanım hakkı öngörülen hizmetlere ilişkin kullanım hakları kamu ihalesi usulüyle dağıtılır. Bu ihalelere ilişkin kural ve esaslar gerekli durumlarda Bakanlığın görüşü alınarak BTK tarafından belirlenir. Yetkilendirmesi bakımından sınırlı sayıda kullanım hakkı öngörülen elektronik haberleşme hizmetlerinden ulusal çapta verilecek frekans kullanımını ihtiva eden hizmetlere ilişkin ihaleler gerekli görülen durumlarda Bakanlık tarafından yürütülecektir.

Kullanım hakkı en fazla 25 yıl için verilir.

EHK m. 9/f. 9 uyarınca kullanım hakkı verilmesi talepleri BTK tarafından kamu yararı gereği, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlilik şartlarının sağlanamaması nedeniyle reddedilebilir.

Kullanım hakkı verilerek yapılan yetkilendirmelerde ise idari ücrete ilaveten tahsis edilen kaynakların bedeli olacak şekilde kullanım hakkı ücreti alınmaktadır.

V. Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Kapsamında Sunulan Bazı Hizmetler

A. Genel Olarak

Elektronik haberleşme sektöründe uydu haberleşme hizmeti, uydu platform hizmeti, internet servis sağlayıcılığı hizmeti, kablolu yayın hizmeti, altyapı

işletmeciliği ve hava taşıtlarında mobil telefon hizmeti gibi hizmetler kaynak tahsisi içermeyen dolayısıyla bildirim kapsamında sunulan hizmetlerdendir¹³⁷.

Buna karşın sabit telefon hizmeti, rehberlik hizmeti, GSM mobil telefon hizmeti gibi hizmetler hizmetin sunulmasında kaynak tahsisi gerektiği için kullanım hakkı kapsamında sunulan hizmetlerdendir. Bunların arasından GSM mobil telefon hizmeti bakımından da sınırlı sayıda kullanım hakkı verilmektedir.

Tezimizin konusunun dışına ıkılmamak adına burada yalnızca elektronik haberleşme hizmetlerinden sabit telefon hizmeti, GSM mobil telefon hizmeti ve internet servis sağlayıcılığı hizmetlerinden bahsetmekle yetineceğiz.

B. Sabit Telefon Hizmeti

Sabit telefon hizmeti kapsamında ilk akla gelen temel telekomünikasyon hizmeti olan sabit hat üzerinden telefon görüşmesi yapabilme hizmetinin yanında teknolojinin gelişmesiyle birlikte katma değerli hizmetlerin de sunulması mümkün hale gelmiştir. Bu bağlamda sabit telefon hizmeti kapsamında yetkilendirilmiş bir işletmeci, kullanıcılara sabit karasal telefon şebekesi üzerinden il içi, iller arası ve uluslararası telefon hizmetleri de dâhil olmak üzere tüm temel telefon hizmetlerini ve sesli veya kısa mesaj, faks, görüntülü telefon ve benzeri tüm katma değerli telefon hizmetlerini sunma hakkına sahiptir. İşletmeci ayrıca yurt dışından gelen çağrıları telefon hizmeti sunan ilgili işletmecilerde sonlandırabilir ve telefon hizmeti sunan işletmecilere ait il içi, iller arası veya uluslararası telefon trafiğini teknoloji sınırlaması olmaksızın taşıyabilir. Sabit telefon hizmetlerine ilişkin yetkilendirme süresi 15 yıldır¹³⁸.

¹³⁷ Yetkilendirme Yönetmeliği'nin "Elektronik Haberleşme Hizmet, şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri" başlıklı eki, (evrimii) https://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2frehhsa_tks.pdf Erişim Tarihi: 5.7.2019.

¹³⁸ (evrimii) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/yetkilendirme-icin-basvuru-adimlari/tanim-kapsam-sureler.pdf> Erişim tarihi: 5.7.2019.

Aralık 2018 itibariyle Türkiye’de 11.633.461 sabit telefon abonesi bulunmaktadır¹³⁹. Hali hazırda sabit telefon hizmeti sunmak üzere kullanım hakkı ile yetkilendirilmiş 103 işletmeci mevcuttur¹⁴⁰. Bu işletmeciler yurtiçinde ve yurtdışında diğer işletmecilerle arabağlantı sözleşmeleri yaparak faaliyet göstermektedir¹⁴¹.

C. GSM Mobil Telefon Hizmeti

GSM Mobil Telefon Hizmeti, Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü¹⁴² tarafından belirlenen standartlara uygun olarak, bir GSM şebekesi kurulması ve işletilmesi ile mobil şebeke üzerinden çeşitli hizmetlerin verilmesini kapsar¹⁴³.

EHK yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan 406 sayılı Kanun’un yetkilendirmeye ilişkin hükümleri kapsamında mobil telefon hizmetleri imtiyaz sözleşmeleri ile yetkilendirilen işletmeciler tarafından sunuluyordu. Yukarıda¹⁴⁴ da açıkladığımız üzere yetkilendirme rejimini değiştiren EHK yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan imtiyaz sözleşmeleri için geçiş hükmü öngörmüştür. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmeleri kapsamında yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin sözleşmeleri herhangi bir nedenle sona erene kadar mevcut yetkilendirmeleri devam edecektir. Mevcut durumda mobil telefon hizmetleri pazarında mobil telefon hizmeti veren işletmeciler Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş, TT Mobil İletişim Hizmetleri A.Ş ve Vodafone Telekomünikasyon A.Ş olup¹⁴⁵ söz konusu üç

¹³⁹ Sabit telefon abone sayısı ilgili dönemin veya çeyreğin sonu itibariyle aktif sabit hat sayısı (analog telefon hat sayısı, ISDN ses kanalı dengi sayısı, VoIP abonelikleri sayısı gibi unsurların) toplamını kapsamaktadır. Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Pazar Verileri Raporu”, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 2018 yılı 4. Çeyrek, s. 16 <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/pazar-verileri/4-ceyrek-2018kdisi.pdf>

¹⁴⁰ (Çevrimiçi) <http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/> Erişim tarihi: 5.7.2019.

¹⁴¹ Salman, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁴² Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü; sabit, mobil, radyo, yayın ve internet teknolojileri gibi bilgi ve iletişim teknolojileri alanında tüm dünya üzerinde uygulanabilir standartlar belirlemektedir.

¹⁴³ Bkz. Yetkilendirme Yönetmeliği’nin “Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri” başlıklı Eki.

¹⁴⁴ Bkz. yukarıda “IV. B. 2. Yetkilendirme Rejimi” adlı başlık.

¹⁴⁵ (Çevrimiçi) <http://yetkilendirme.btk.gov.tr/index.xhtml> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

işletmeci de mevcut imtiyaz sözleşmelerine dayanarak sektörde faaliyet göstermektedir.

İşletmeci GSM Mobil telefon santralinin ana elektronik haberleşme şebekesine bağlanması için gerekli olan her türlü yazılım ve donanımı ve abonelerinin yurt dışına çıktıklarında yabancı GSM mobil şebekelerini kullanabilmelerini sağlamakla yükümlüdür. İşletmeci yetkilendirmesi kapsamındaki hizmete ilişkin baz istasyonları, iletim hatları, anahtarlama ekipmanları gibi altyapıyı kendisi kurabileceği gibi BTK tarafından bu konuda yetkilendirilmiş işletmecilerden de kiralayabilir.

Mobil telefon sektörü çok hızlı bir şekilde gelişmekte mobil hizmet abonelerinin sayısı hızla artmaktadır. Aralık 2018 itibariyle Türkiye’de toplam 80.117.999 mobil abone bulunmakta olup mobil şebeke hizmeti veren üç işletmecinin net satış gelirleri 2016 yılında toplam 26,6 Milyar TL’ye ulaşmıştır¹⁴⁶.

Mobil telefon sektöründe abonelerin numaraları değişmeden başka bir işletmeciden hizmet almasını mümkün kılan numara taşınabilirliğinin EHK ile mümkün hale gelmesiyle kullanıcılar daha rahat bir şekilde başka işletmecileri tercih edebilmiş, bu durum da piyasadaki rekabeti arttırmıştır¹⁴⁷.

Numara taşınabilirliğinin yanı sıra mobil telefon sektörünün rekabetçi bir hale gelmesinde işletmeciler arasında dolaşım (roaming) ve arabağlantı sözleşmelerinin yapılması da büyük önem teşkil etmektedir. Roaming sözleşmesi ile bir işletmecinin daha önce kurulmuş altyapısından sektöre yeni giren bir

¹⁴⁶ Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Pazar Verileri Raporu”, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 2018 yılı 4. Çeyrek, s. 20 (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/pazar-verileri/4-ceyrek-2018kdisi.pdf> Erişim tarihi: 5.7.2019.

¹⁴⁷ EHK m. 32’de numara taşınabilirliği öngörölmüş olup, buna ilişkin ikincil mevzuat olan “Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği” (R.G. 2.7.2009/27276) ile bu prosedürün ayrıntıları ve işletmecilerin yükümlölükleri düzenlenmiştir.

işletmeci belirli bir ücret karşılığında yararlanmakta, böylece altyapı masrafından kurtulmakta ve sektörde rekabet etme şansı artmaktadır¹⁴⁸.

Keza mobil telefon sektörde kilit rol oynayan işletmeciler arasında yapılan arabağlantı sözleşmesi ile de farklı mobil işletmecilerin şebekeleri arasında irtibat kurulmakta böylece farklı işletmecilerin aboneleri birbirleri ile haberleşebilmektedir¹⁴⁹. Arabağlantı sözleşmesi yapmayan bir işletmeci yalnızca kendi aboneleri arasında haberleşme hizmeti sağlayabileceğinden kısıtlı bir hizmet sunabilecek, bu durum da kullanıcılar tarafından tercih edilmeyecektir. Bu sebeple piyasada mevcut mobil şebeke hizmeti sağlayan işletmeciler birbirleriyle ve diğer işletmecilerle arabağlantı sözleşmeleri yapmakta; bu sözleşmeyi yapmak istemeyen ya da adil olmayan şartlar öne süren tarafa BTK sözleşme yapma zorunluluğu getirebilmektedir¹⁵⁰.

D. İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti

İnternet servis sağlayıcılığı hizmeti İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti, kullanıcılarının internet üzerinden sunulan elektronik haberleşme hizmetlerinden ve içerik hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak üzere, onları internet şebekesine erişirme hizmetini kapsar¹⁵¹. Kaynak tahsisi gerektirmediğinden işletmeciler bildirim yoluyla yetkilendirilmektedir. Halihazırda genişbant internet

¹⁴⁸ Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 80. Roaminge ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. “İkinci Bölüm: IV. B. Roaming ve Arabağlantı Kavramlarının Karşılaştırılması” adlı başlık.

¹⁴⁹ Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 79.

¹⁵⁰ EHK m. 16 kapsamında BTK tarafından getirilebilecek erişim yükümlülükleri arasında 15. maddede sayıldığı üzere işletmeciler arasında arabağlantı yapma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Nitekim BTK’ nın “Mobil Çağrı Sonlandırma Pazarı” başlıklı Pazar Analizi Çalışmalarında her işletmeci kendi abonesiyle iletişim kurulmasına ilişkin çağrı sonlandırma hizmeti verme hususunda tek yetkili olduğu için çağrı sonlandırma hizmeti zorunlu unsur olarak kabul edilmiş ve bu hizmetin tüm mobil şebeke işletmecileri tarafından sunulması gerektiği belirtilmiştir. Pazar Analizi Çalışmaları, Mobil çağrı Sonlandırma Pazarı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2017, Ankara, s. 46. (Çevrimiçi), https://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fPazar+Analizleri%2fMobil+%C3%87a%C4%9Fr%C4%B1+Sonland%C4%B1rma+Pazar%C4%B1%2fEK-1_M%C3%87SPA_ND_2017.pdf, (Erişim tarihi: 5.7.2019.) Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi tezin ikinci bölümünde verilecektir.

¹⁵¹ Ekici, **a.g.e.**, s. 159.

erişimi hizmeti 277 işletmeci¹⁵² tarafından 74.5 Milyon aboneye sağlanmakta olup işletmeciler arasında en büyük Pazar payı %67 ile TTNET'e aittir¹⁵³.

VI. Elektronik Haberleşme Sektörüne Özgü Sözleşmeler

Elektronik haberleşme sektörü serbestleşmeden önce elektronik haberleşme hizmeti almak isteyen kullanıcılar piyasada alternatifini bulunmayan hem altyapıyı elinde bulunduran hem de hizmet sunan tekel konumundaki işletmeci ile sözleşme kuruyordu. Bu sebeple sektör serbestleşmeden önce elektronik haberleşme sektörüne özgü sözleşmeler denince akla yalnızca son kullanıcı ve işletmeci arasında konusu son kullanıcıya belirli bir bedel karşılığında elektronik haberleşme hizmeti sağlamak olan sözleşmeler geliyordu. Bu sözleşmeler çoğunlukla abonelik sözleşmeleri şeklinde yapılmaktaydı¹⁵⁴. Elektronik haberleşme sektöründe yaşanan serbestleşme sonucu aynı hizmeti sunmak için yetkilendirilen birçok işletmeci ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda işletmeciler arasında sektörün yapısından kaynaklanan elektronik haberleşme altyapılarının diğer işletmecilerin kullanımına açılması gerekliliği sektörde işletmeciler arasında kurulan sözleşme ilişkilerini ortaya çıkarmıştır. Bunun sonucunda elektronik haberleşme hizmeti sadece son kullanıcı ile hem ağ işletmecisi hem de hizmet sunan tekel konumundaki işletmeci arasında kurulan sözleşme kapsamındaki ikili ilişkilerin konusu olmaktan çıkmıştır. İşletmeciler de son kullanıcıya elektronik haberleşme hizmetleri sunabilmek için iş birliği yapmak zorundadır. Bu iş birliği kapsamında işletmeciler birbirlerine erişim sağlarlar. Erişim kavramıyla kastedilen, EHK m. 3'te yer alan tanım uyarınca *elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin diğer işletmecilere sunulmasıdır*. Dolayısıyla elektronik haberleşme alanında yapılan sözleşmeler de bu bağlamda hizmet sunma amacıyla işletmeciler arasında yapılan erişim

¹⁵² (Çevrimiçi) <http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/index.xhtml>

¹⁵³ Sabit, mobil, kablo, fiber vb. tüm geniş bant internet erişim yöntemleri dahil olup, çevirmeli (dial up) internet hariçtir. Bkz. "Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Pazar Verileri Raporu", Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 2018 yılı 4. Çeyrek, s. 52, 53 (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/pazar-verileri/4-ceyrek-2018kdisi.pdf> Erişim tarihi: 5.7.2019.

¹⁵⁴ Mustafa Göktürk Yıldız, **Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 9.

sözleşmeleri ve son kullanıcılar ile işletmeciler arasında yapılan sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁵⁵.

Son kullanıcılar ile işletmeciler arasında yapılan ve konusu bir ücret karşılığında son kullanıcılara elektronik haberleşme hizmetinin sunulması olan sözleşmeler çoğunlukla bir abonelik sözleşmesi şeklinde yapılmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki son kullanıcılar ile işletmeciler arasında yapılan ve konusu elektronik haberleşme hizmetinin sunulması olan sözleşmenin bir abonelik sözleşmesi şeklinde kurulması şart değildir¹⁵⁶. Bir defaya mahsus bir ilişki olarak örneğin bir işletmeciye ait ankesörlü telefonun kullanılması ya da zaman zaman bir işletmeciden elektronik haberleşme hizmeti alınması da mümkündür¹⁵⁷. Ancak uygulamada işletmecilerle son kullanıcı arasında görülen sözleşmelerin büyük çoğunluğu abonelik sözleşmesi şeklinde yapıldığı gerçeği karşısında¹⁵⁸ burada elektronik haberleşme sektörüne özgü sözleşmeler, son kullanıcılar ve işletmeciler arasında yapılan elektronik haberleşme hizmeti abonelik sözleşmeleri ve işletmeciler arasında yapılan erişim sözleşmeleri olarak incelenecektir.

A. Elektronik Haberleşme Hizmeti Abonelik Sözleşmeleri

EHK m. 3'te abonelik sözleşmeleri "*İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti*

¹⁵⁵ Romy Förster, Jan Pohle, "§ 31 Das Recht der Kommunikationsnetze und -dienste", **IT- und Datenschutzrecht**, Hrsg. von Astrid Auer-Reinsdorff, Isabell Conrad, 2. Auflage, München, C.H.BECK, 2016, Kn. 90-91; Aynı yönde bkz. Yıldız, **a.g.e.**, s. 8, dn. 3 ve Pelin Şanlı, "Telekomünikasyon Hukukunda Roaming", **TAAD**, Yıl: 3 S: 9, 2012, s. 15; K.y. bkz. Ahmet Bülter, "Telekomünikasyon Hukukunda Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, 2010, s. 8'de Telekomünikasyon sektöründeki özel hukuk sözleşmelerini abonelik sözleşmeleri, geçiş hakkı sözleşmeleri ve erişim sözleşmeleri olarak 3'e ayırmaktadır.

¹⁵⁶ Söz konusu sözleşme abonelik sözleşmesi şeklinde yapılmadığı durumda sözleşmenin işletmeci olmayan tarafı kullanıcı ya da son kullanıcı olmaktadır. Yıldız, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁵⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s. 6.

¹⁵⁸ **A.e.**, s. 9.

yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır¹⁵⁹.

EHK’ da yer alan tanım uyarınca abonelik sözleşmesinin tarafları abone ve işletmecidir. İşletmeci kavramına ilişkin yukarıda¹⁶⁰ ayrıntılı açıklamalara yer verildiğinden burada yalnızca sözleşme taraflarından ‘abone’ ye ilişkin açıklamalar yapılacaktır. EHK’da abone kavramı abonelik sözleşmesi üzerinden tanımlanmıştır: EHK m. 3’te yer alan bu tanıma göre abone *“bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişi”* dir. Tanımdan çıkan en önemli sonuç yalnızca gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de abonelik sözleşmesinin tarafı olabilecekleridir.

Abonelik sözleşmesi kapsamında işletmecinin asli edimi elektronik haberleşme hizmetini sağlamak; abonenin yükümlü olduğu karşı edim ise sözleşme kapsamında kararlaştırılan ücretin ödenmesidir¹⁶¹.

Abonelik sözleşmesi kapsamında elektronik haberleşme kapsamına giren faaliyetlerin bir kısmı ya da tamamı işletmeci tarafından sunulabileceğinden, sabit telefon ya da mobil telefon üzerinden arama hizmeti, internet hizmeti, dijital yayın hizmeti gibi hizmetler sunulabilecektir. En yaygın abonelik sözleşmeleri, sabit ve mobil telefon ile internet abonelik sözleşmeleridir.

Sabit telefon abonelik sözleşmelerinde; işletmeci sabit telefonu fiziksel olarak sabit şebekeye bağlamayı ve bunun üzerinden sabit telefonlar veya mobil telefonlarla iletişim kurulmasını sağlamayı taahhüt edebileceği gibi fiziksel

¹⁵⁹ Elektronik haberleşme alanında işletmeciler ve kullanıcılar veya tüketiciler arasında yapılan konusunu elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması olan tüm sözleşmelerin abonelik sözleşmesi olmadığı bu sebeple kullanıcıların işletmecilerden tek seferlik aldıkları hizmetleri kapsam dışında bıraktığı gerekçesiyle yapılan haklı eleştiri için bkz. Yıldız, **a.g.e.**, s. 5 vd.

¹⁶⁰ Bkz. “Birinci Bölüm: IV. B. İşletmeciler” adlı başlık.

¹⁶¹ Yıldız, **a.g.e.**, s. 8.

bağlantı gerçekleşmeden sadece verilerin taşınmasını da taahhüt edebilecektir¹⁶². Ev ve işyerlerinde oraya kadar gelen sabit telefon şebekesine bağlanarak kullanılan telefonlar birinci duruma örnek teşkil ederken, kullanıcıların aramak istedikleri numarayı çevirmeden önce belli bir kodu girmeleriyle taşıyıcı seçimi yaparak gerçekleştirdikleri aramalar¹⁶³ ikinci duruma örnektir.

Mobil abonelik sözleşmelerinde ise diğer mobil hatlara veya sabit hatlarla haberleşme hizmetinin sağlanması olan temel telekomünikasyon hizmeti yanında rehber hizmeti, interaktif hizmetler, internet gibi ek hizmetler de aboneye sunulabilmektedir¹⁶⁴. Bu hizmetlerin sunulabilmesi için işletmeci tarafından aboneye SIM-kartı verilmesi yoluyla bir GSM hattı tahsis edilmektedir¹⁶⁵. Mobil abonelik sözleşmelerinde abonenin tercihinine göre ücretin ödenmesi hizmet alımından önce ya da sonra gerçekleşmesine göre ön ödemeli ve faturalı sistem olarak adlandırılır¹⁶⁶. Ön ödemeli sistemde abone hattına önceden para yüklemekte olup yüklediği para miktarı kadar işletmecinin sunduğu elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmaktadır. Bu sistemde abone, elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmadan önce ödeme yapmaktadır. Faturalı sistemde ise abone önce elektronik haberleşme hizmetini almaktadır. İşletmeci, abonenin hattı kullanmaya başlamasından sonraki bir aylık süre içinde aldığı elektronik haberleşme hizmetinin karşılığı olarak fatura düzenlemekte ve abonenin bilgisine

¹⁶² Fabian Schuster, “Der Telekommunikationsvertrag (Festnetz, Internet, Mobilfunk) Eine Betrachtung des Vertragstyps und kritische Würdigung der BGH-Rechtsprechung”, **CR 2006**, s. 446.

¹⁶³ Taşıyıcı seçimi kullanıcıların istedikleri uzak mesafe işletmecisini tercih edebilmeleri bağlamında getirilmiş bir alternatif yöntemdir. Taşıyıcı seçimi; dinamik taşıyıcı seçimi (çağrı başına taşıyıcı seçimi) veya taşıyıcı ön seçimi şeklinde gerçekleştirilebilir. Dinamik taşıyıcı seçiminde kullanıcı, ulusal veya uluslararası uzak mesafe araması yapacağına tahsis edilen bir ön numarayı arayacağı numaraya ilave olarak çevirir. Taşıyıcı ön seçiminde ise kullanıcı erişim sağlayıcıyı hangi uzak mesafe işletmecisini seçtiği konusunda haberdar etmekte ve tüm uzak mesafe aramaları otomatik olarak seçtiği uzak mesafe işletmecisi tarafından yönlendirilmektedir (Ejder Oruç vd., **Uzak Mesafe İşletmeciliği**, Telekomünikasyon Kurumu, 2003, s. 61 vd. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/uzak-mesafe-isletmeciligi.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019); Schuster, **a.g.e.**, s. 446.

¹⁶⁴ Seda Öktem Çevik, **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008, s. 14.

¹⁶⁵ Çevik, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁶⁶ Çevik, **a.g.e.**, s. 12.

sunmaktadır. Faturanın son ödeme tarihi vade tarihi olup abonenin ücret ödeme borcu, bu tarihte muaccel olur.

B. Erişim Sözleşmeleri

Erişim ile kastedilen elektronik haberleşme şebekesi, altyapısı ve hizmetlerinin diğer işletmecilere sunulmasıdır¹⁶⁷. Sözü edilen unsurların tek yönlü olarak bir işletmeci tarafından diğerine sunulması şeklinde gerçekleşebileceği gibi karşılıklı olarak işletmecilerin bunları birbirine sağlamaları da erişim kapsamına girer¹⁶⁸.

Erişim kavramı EHK' m. 15'in gerekçesinde de belirtildiği üzere arabağlantı ve roamingi de kapsayan üst bir kavramdır¹⁶⁹.

EHK'nın "erişimin kapsamı" başlıklı 15. maddesi uyarınca erişimin kapsamına giren haller saymak suretiyle belirtilmekle beraber gelişen teknoloji sebebiyle ortaya çıkacak yeni durumların da göz önünde bulundurulabilmesi adına erişim halleri sıralandıktan sonra *kurum düzenlemelerinde belirtilen diğer hallerdeki erişimin* de erişim kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. EHK m. 15 uyarınca erişim kapsamına giren haller şunlardır:

¹⁶⁷ Erişim EHK m. 3'te "Bu Kanunda belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, altyapısı ve/veya hizmetlerinin diğer işletmecilere sunulması" olarak tanımlanmıştır.

¹⁶⁸ Ünver, **Erişim Sorunları**, s. 42.

¹⁶⁹ Gerekçede bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "*Arabağlantı ve ulusal dolaşım erişim kapsamında olup, erişim için öngörülen düzenlemelere tâbidirler.*" (Çevrimiçi) https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=68604&pkanunnuma_rasi=5809 Erişim tarihi: 5.7.2019; 2002/19/EC sayılı AB Direktifi'nde erişim kavramı "arabağlantı" ve "roaming" (ulusal dolaşım) kapsayan üst kavram olarak kullanılmıştır. Article 2 (a) '*access*' means the making available of facilities and/or services, to another undertaking, under defined conditions, on either an exclusive or non-exclusive basis, for the purpose of providing electronic communications services. It covers inter alia: [...] access to fixed and mobile networks, in particular for roaming [...] (b) [...] Interconnection is a specific type of access implemented between public network operators [...] bkz. Ünver, **AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri** s. 95 ve dn. 51.

“a) Yerel ağı ayrıştırılmış erişim ve veri akış erişimini de içerecek şekilde elektronik haberleşme şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişim.

b) Binalar, borular ve direkleri de içerecek şekilde mevcut erişim seçeneklerini de dikkate alarak fiziksel alt yapıya erişim.

c) İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde ilgili yazılım sistemlerine erişim.

ç) Numara dönüşümüne veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişim.

d) Sanal şebeke hizmetlerine rekabet durumunu da dikkate alarak erişim.

e) İki elektronik haberleşme şebekesi arasındaki arabağlantı.

f) Ulusal dolaşım da dahil olmak üzere sabit ve mobil şebekelere erişim.

g) Koşullu erişim sistemlerine erişim.

ğ) Yeniden satış amacıyla hizmetlerin toptan seviyede sunulması.

h) Kurum düzenlemeleri ile belirlenen diğer hallerdeki erişim.”

Yukarıdaki maddelerde sayılan erişim türlerinden işletmecilerin kendi abonelerinin diğer işletmecilerin aboneleri ile haberleşmesini mümkün kılan arabağlantı kavramı ve buna ilişkin olarak işletmeciler arasında yapılan arabağlantı sözleşmesi bu tezin inceleme konusunu oluşturmakta olup tezin ikinci ve üçüncü bölümlerinde detaylı olarak incelenecektir. Bunun yanı sıra sektörde arabağlantı yanında ikinci en büyük önem atfedilen roaming sözleşmeleri de tezin ikinci bölümünde arabağlantı sözleşmeleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınacağından¹⁷⁰ burada roaming sözleşmelerinden bahsedilmeyecektir. Bu sebeple çalışmamızın kapsamı dışına çıkmamak adına bu kısımda erişim türleri bakımından yukarıda a

¹⁷⁰ Bkz. “İkinci Bölüm: VI. B. Roaming ve Arabağlantı Kavramlarının Karşılaştırılması” adlı başlık.

bendinde yer alan “*Yerel ağa ayrıştırılmış erişim ve veri akış erişimini de içerecek şekilde elektronik haberleşme şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişim*” ile “*koşullu erişim sistemlerine erişimi*” incelemekle yetineceğiz.

Yukarıda yer alan EHK m. 15’in a bendinde yerel ağa ayrıştırılmış erişim ve şebeke birleşenleri ile ilgili tesislerine erişim olmak üzere iki farklı erişim tipi düzenlenmiştir.

Bunlardan ilki olan yerel ağa ayrıştırılmış erişim kavramını anlayabilmek için yerel ağ kavramı açıklanmalıdır. Yerel ağ, EHK m. 3 uyarınca “*sabit elektronik haberleşme şebekesinde abone tarafındaki şebeke sonlanma noktasını, abonenin bağlı bulunduğu ana dağıtım çatısına veya eşdeğer tesise bağlayan fiziksel devreyi [...]*” ifade etmektedir. Yerel ağa ilişkin en belirgin özellik yerel ağ altyapısının kurulmasının çok maliyetli olması ve birçok ülkede yerel ağın mülkiyetinin geçmişte yasal tekel hakkı bulunan yerleşik işletmecinin elinde olmasıdır¹⁷¹.

Yerel ağa ayrıştırılmış erişim ifadesinde yerel ağın dışında açıklanması gereken ikinci husus “ayrıştırılma” kavramıdır. Yerel ağın ayrıştırılmasıyla kastedilen yerel ağ üzerinden sunulan birden fazla hizmetin birbirinden ayrılarak bağımsız olarak sunulabilmesidir. Böylece kullanıcının talebine göre yerel ağ üzerinden sunulan hizmet bağımsız olarak ücretlendirilebilecektir. Böylece hizmeti alan işletmeci açısından maliyet avantajı sağlanmış olacaktır¹⁷².

Binalar, borular ve direkleri de içerecek şekilde diğer mevcut erişim seçeneklerini de dikkate alarak fiziksel alt yapıya erişim ise EHK m. 5’in a bendinde sayılan ikinci erişim türüdür. Elektronik haberleşme hizmetlerinin gerçekleşmesi için gereken fiziksel altyapıyı kurmak hem çok masraflı olmakta hem de zaman almaktadır. Bunun yanı sıra kablolar, borular, binalar, baz istasyonları, kule, direk gibi mevcut altyapıların tekrar kurulması hem kaynak israfı, çevreye ve insan

¹⁷¹ Mehmet Bilal Ünver, “Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, **Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara**, 2005, s. 23.

¹⁷² Ünver, **Erişim Sorunları**, s. 24.

sağlığına da zarar verilmektedir. Hem bu sakıncaları ortadan kaldırmak hem de hukuken serbest rekabetin olduğu ancak yapısı gereği doğal tekeli özelliği gösteren telekomünikasyon sektöründe rekabeti sağlamak amacıyla fiziksel altyapıların işletmeciler arasında ortak kullanımına gidilmektedir¹⁷³. Söz konusu ortak kullanım tesis paylaşımı ve ortak yerleşim şeklinde olabilmektedir¹⁷⁴.

Koşullu erişim sistemi de “*Abonelerin şifreli yayın hizmetlerine erişimini kontrol eden sistemi*” ifade etmekte¹⁷⁵ olup koşullu erişim sistemlerine erişim radyo ve televizyon yayın sistemlerine abonelik veya başka bir yöntemle önceden izin verilmesi yoluyla koşullu olarak erişimi sağlayan her türlü teknik tedbir ve düzenlemeyi ifade etmektedir.

Koşullu erişim halk arasında kablolu TV olarak bilinen ödemeli TV ve benzeri şifreli hizmetlere yayıncı şirketler tarafından erişilebilmesi amacıyla şifre (kod) çözücülerini içeren set-üstü cihazların lisans hakkını elinde tutan platform işletmecisinden¹⁷⁶ alınan erişim iznini ifade etmektedir¹⁷⁷.

Yayıncı şirketler yayınlamak istedikleri içerikleri ne kadar çok fazla platformda yayınlarlarsa, izleyicilere ulaşma oranları o oranda yükselecektir. Bu bakımdan özellikle aynı zamanda televizyon yayıncılığı da yapan platform işletmecileri pazar payı küçük olan yayıncıların kendi platformları üzerinden yayın yapmalarını engelleyebilmektedir. Bu durumda farklı yayıncı şirketlerin hizmetlerinden yararlanmak için ayrı ayrı set üstü cihaz almak zorunda kalan son kullanıcı en ucuza en çok ve farklı seçeneklerde yayını sunan platformu tercih

¹⁷³ Ünver, **Erişim Sorunları**, s. 27.

¹⁷⁴ EHK m. 17.

¹⁷⁵ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kablolu Yayın Yönetmeliği (R.G. 15.6.2011/27965) m. 4.

¹⁷⁶ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 3. maddesi uyarınca “Platform işletmecisi, “*Çok sayıda yayın hizmetini bir veya birden fazla sinyal hâline getirerek uydu, kablo ve benzeri ortamlardan şifreli ve/veya şifresiz olarak izleyicinin doğrudan alacağı şekilde iletimini sağlayan kuruluşu,*” ifade etmektedir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kablolu Yayın Yönetmeliği m.4 uyarınca Kablolu yayın platform işletmecisi, “*Üst Kuruldan kablolu yayın lisansı almış olan medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın hizmetlerini bir veya birden fazla sinyal haline getirerek kablo ortamından şifreli ve/veya şifresiz olarak abonelerinin alacağı şekilde iletimini sağlayan kuruluşu*” ifade etmektedir.

¹⁷⁷ Ünver, **Erişim Sorunları**, s. 51

etmektedir.¹⁷⁸ Bu durum sonucunda da pazarda hâkim durumda bulunan platform işletmecileri daha güçlü hale gelmekte ve piyasaya yeni bir işletmecinin girmesi zorlaşmaktadır. Bu tür erişim sorunlarının önüne geçmek ve piyasada serbest rekabetin sağlanması adına BTK tarafından kablolu TV platform işletmecilerine erişim yükümlülüğü getirilebilecektir.



¹⁷⁸ Natali Helberger, “Access to technical bottleneck facilities: the new European approach”, **Communicaties & Strategies**, 2002-2, p. 33. (Çevrimiçi) <https://www.ivir.nl/publicaties/download/C&S2002.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

İKİNCİ BÖLÜM

ARABAĞLANTI KAVRAMI VE ARABAĞLANTI SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. Arabağlantı Kavramı

A. Genel Olarak

Almancada “Zusammenschaltung”, İngilizcede “Interconnection” olarak ifade edilen arabağlantı teknik bir terim olup Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğünde *“Teleiletişimde, bir taşıyıcı ağ ile bir abonenin donatımı arasında ya da iki taşıyıcı ağ arasında, söz konusu taşıyıcılara ait olmayan donatımlarla bağlantı kurulması”* şeklinde tanımlanmıştır¹⁷⁹.

Arabağlantı kavramı, hukukumuzda ilk defa 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununu değiştiren 4502 sayılı Kanunla¹⁸⁰ girmiştir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ve bu kanun uyarınca çıkarılan (mülga) Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği¹⁸¹ uyarınca arabağlantı, *“İki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım arabağlantının çıkış noktası olan ses hizmetlerine odaklanan telefon şebekelerinin birbirlerine irtibatlandırılmasından hareketle yapıldığından arabağlantının amacı da telekomünikasyon trafiğinin sağlanması olarak belirtilmekteydi. Arabağlantının bu ilk tanımı ses iletimi odaklı olarak adlandırılan geleneksel kamuya açık sabit

¹⁷⁹ (Çevrimiçi) <http://www.tubaterim.gov.tr/> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

¹⁸⁰ 4502 sayılı Kanun’un tam adı “Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” dur.

¹⁸¹ Mülga Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği RG 23.5.2003, 25116.

şebekeler¹⁸² üzerinden sunulan telefon hizmetleri göz önünde bulundurularak yapılmıştır. Doktrinde de bu dönemde yapılan tanımların ses iletimi konulu telefon hizmetlerine yönelik olduğu görülmektedir. Arabağlantıya ilişkin doktrindeki ilk tanımlardan birini yapan Ulusoy’a¹⁸³ göre arabağlantı “bir şebekenin veya işletmecinin aboneleriyle diğer bir şebekenin veya işletmecinin abonelerinin haberleşebilmesi” ni ifade eder. Ünver¹⁸⁴ de arabağlantıyı, “iki veya daha çok sayıda şebekenin birbiriyle irtibatını sağlayan ve bu şekilde söz konusu şebekelere bağlı abonelerin haberleşmesine olanak tanıyan çağrı başlatma/sonlandırma/taşıma hizmeti” olarak tanımlamıştır¹⁸⁵. Doktrinde ve mevzuatımızda arabağlantının ilk olarak kişilerin haberleşmesine ve ses hizmetlerine yönelik olarak tanımlanmasının nedeni, sözleşmenin teknolojik gelişmelere paralel tarihsel gelişimidir. Elektronik haberleşmenin tarihsel gelişimi içinde ilk olarak ses iletimi amacıyla kullanılan telefon şebekeleri ortaya çıktığı için arabağlantı kavramı da telefon şebekeleri ve ses hizmetlerine özgülendirilmiştir. Bu nedenle arabağlantıya ilişkin olarak yapılan ilk tanımlar bu bağlamda elektronik haberleşme şebekesi olarak sadece telefon şebekeleri düşünülerek yapılmıştır. Gerçekten ulusal anlamdaki ilk arabağlantı sözleşmesinin, sabit şebeke işletmecisi Türk Telekom A.Ş ile mobil şebeke işletmecileri Turkcell ve Telsim arasında “Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği” adı altında kurulduğu görülecektir¹⁸⁶. Daha sonra bunu cep telefonlarının yaygınlaşmasıyla mobil şebeke işletmecilerinin ve sektörün liberalleşmesiyle sabit şebeke işletmecilerinin kendi aralarında ve birbirleriyle yaptığı arabağlantı sözleşmeleri izlemiştir. Teknolojinin gelişmesiyle telefon şebekelerine alternatif farklı türde şebekeler ortaya çıkmıştır. Ayrıca tek bir şebeke üzerinden farklı elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması da mümkün

¹⁸² Public Switched Telephone Network (PSTN).

¹⁸³ Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 79.

¹⁸⁴ M. Bilal Ünver, “Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s. 807- 808.

¹⁸⁵ Yazar, bir başka eserinde arabağlantıyı “genel olarak iki işletmeci arasında yapılan ve finansal, hukuksal ve teknik bazı ayrıntıları ihtiva eden bir sözleşme kapsamında şebekeler arasında karşılıklı erişimin sağlanması” olarak tanımlamıştır. (M. Bilal Ünver, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, s. 43.)

¹⁸⁶ Atalı, **a.g.e.**, s. 322.

hale gelmiştir. Bir başka deyişle tarihsel gelişimleri birbirinden farklı olan ve ayrı alt yapılar üzerinden sunulan ses, görüntü ve verinin tek bir alt yapı üzerinden iletilmesi mümkün olmuştur. Hizmetlerin yakınsaması olarak da adlandırılan bu durum bilişim, telekomünikasyon ve yayıncılık sektörlerinin aynı alt yapı ve cihazlar üzerinden sunulabilmesini ifade etmektedir¹⁸⁷. Bir örnekle açıklayacak olursak yakınsamadan önce haberleşmek için telefon kullanmak, televizyon izlemek için kablo TV şebekesine sahip olmak ve internete girmek için bilgisayar kullanmak gerekirken, günümüzde televizyon üzerinden internete bağlanmak, bilgisayar üzerinden telefon etmek ve de akıllı telefonlar üzerinden televizyon izleyip internete bağlanmak mümkündür¹⁸⁸. Farklı sektörlerle ilişkin hizmetlerin aynı altyapı üzerinden sunulması yeni nesil şebekelerin ortaya çıkmasıyla gerçekleşmiştir¹⁸⁹. Yeni nesil şebekeler, internet tabanlı şebekeler olup geniş bant kapasiteleriyle yüksek kapasiteli ve hızlı olmalarıyla ses, görüntü ve verinin aynı anda aktarılmasına olanak sağlayan şebekelerdir¹⁹⁰. Farklı hizmetlerin sunulduğu

¹⁸⁷ Müberra Güngör v.d. **Yakınsama: Telekomünikasyon Ve Medya Sektörleri Açısından Düzenlemelere Etkileri**, Ankara, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 2009, s. 6, 12, 23. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/yakinsama-telekomunikasyon-ve-medya-sektorleri-acisindan-duzenlemelere-etkiler.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

¹⁸⁸ İnternetin kendisinin doğrudan mesafeler arası veri aktarımı sağlamasının yanı sıra internet üzerinden hizmet veren Skype, Vonage gibi bağımsız servis sağlayıcılar herhangi bir şebeke kullanmaksızın kullanıcılarının anlık iletişim kurmasını ve veri alışverişinde bulunmasını mümkün kılmaktadırlar. İnternet telefonu (Voice over Internet Protocol, kısaca VoIP) olarak adlandırılan bu durum kapsamında yeni bir hizmet sunulmamakta, telefon şebekeleri üzerinden sunulan ses hizmetleri geleneksel telefon şebekelerinden farklı bir iletim sistemi, daha açık bir ifadeyle internet üzerinden çalışan şebekeler kullanılarak kullanıcıya sunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. McCarthy Tetrault, **Telecommunications Regulation Handbook**, Ed. Colin Blackman/Lara Srivastava, Tenth Anniversary Edition, 2011, s. 8; Alexander Ditscheid/ Karsten Rudloff, “TKG § 45e Anspruch auf Einzelverbindungsachweis”, **Beck’scher TKG-Kommentar**, 4. Auflage, 2013, Kn. 28; Esra Gök, “IP Tabanlı Şebekeler Üzerinden Ses İletimi (VoIP) Kapsamında Acil Aramalara Erişim ve Konum Verisi; Ülke Uygulamaları ve Türkiye Önerisi”, Ankara, **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi**, 2013, s. 6 vd..

¹⁸⁹ Furkan Civelek, “Yeni Nesil Şebekelerin Telekomünikasyon Sektöründe Düzenlemelere Etkileri”, **Devlet Planlama Teşkilatı Planlama Uzmanlığı Tezi**, Ankara, 2010, s. 57; Convergence and Next Generation Networks, Ministerial Background Report, OECD Ministerial Meeting on the Future of the Internet Economy, s. 7, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/40761101.pdf> Erişim tarihi: 5.7.2019.

¹⁹⁰ Nur Seda Köktürk, **Telekomünikasyon Sektöründe Dikey Bütünleşik Firma Davranışlarının Düzenlenmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 120, Ankara, 2012, s. 8; Müberra Güngör v.d., **Yeni Nesil Şebekeler ve Yeni Nesil Erişim**, Telekomünikasyon Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 6 vd. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/yeni-nesil-sebekeler-ve-yeni-nesil-erisim-iktisadi->

farklı şebekelerin özelliklerinin tek bir şebekede toplanması şebekelerin yakınsaması olup bu durum tek bir şebeke üzerinden birden çok hizmetin sunulmasını mümkün kılmasıyla hizmet yakınsamasını oluşturmuştur¹⁹¹. Bu da önce farklı pazarlar olarak görülen bilgi teknoloji, telekomünikasyon ve medyanın iç içe geçmesine neden olmuştur. Çünkü hizmetlerin yakınsaması, her bir hizmet için ayrı bir altyapının gerektiği ve telefon hizmetinin ana hizmet olduğu geleneksel elektronik haberleşme pazar yapısını değiştirmiştir¹⁹². Tüm bunların arabağlantı bakımından önemi ise ve düzenlenmesini gerektirmesidir. Bu gereklilik paralelinde doktrinde *Atalı* arabağlantıyı şebeke teknolojisinden ve sunulan hizmetten bağımsız olarak tanımlayarak “iki farklı telekomünikasyon şebekesinin birbirine bağlanması” olarak ifade eder¹⁹³.

Günümüzde internet ve onunla birlikte ortaya çıkan yeni nesil şebekeler sayesinde elektronik haberleşme hizmetleri şebeke türünden bağımsız bir şekilde kullanıcıya sunulabilmektedir. Bu durumun sonucu olarak, 406 sayılı Kanun’da yapılan telefon şebekelerine özgülenen çağrı iletimine yönelik “geleneksel arabağlantı” tanımı yetersiz kalmıştır¹⁹⁴.

Genişbant teknolojisinin gelişmesiyle birlikte kullanıcılara aynı şebeke üzerinden internet, ses ve medya iletimi gibi birçok hizmet aynı anda sunulabilmektedir¹⁹⁵. Yaşanan bu teknolojik gelişmeler sonucu, şebekeler arasında arabağlantı kurulması, sadece temel telekomünikasyon hizmeti olan ses iletiminin değil, katma değerli

[duzenleyici-incelemeler-ve-ulke-deneyimleri.pdf](#), Erişim tarihi: 5.7.2019; Müberra Güngör vd., Yakınsama: **Telekomünikasyon ve Medya Sektörleri Açısından Düzenlemelere Etkileri**, s. 18 vd., s. 23 vd.

¹⁹¹ Müberra Güngör vd., Yakınsama: Telekomünikasyon ve Medya Sektörleri Açısından Düzenlemelere Etkileri, s. 23 vd.

¹⁹² Civelek, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁹³ Murat Atalı, “Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: X, S: 1-2, Y: 2006, s. 318.

¹⁹⁴ Söz konusu tanım basit bir arabağlantı modelini esas aldığı hakkında bkz. M. Bilal Ünver, AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri, (Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Düzenleyici Otoritelerin Rolü, Olması Gereken Hukuk Açısından Öneriler), **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Y. 2007, s. 102, 103.

¹⁹⁵ Şahin Ardiyok, **Yerel Telekomünikasyon Hizmetlerinde Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2004, s. 7.

hizmetlerin sunulması bakımından da önem arz etmiştir. Buna paralel olarak arabağlantı, günümüzde yürürlükte bulunan EHK’da daha kapsayıcı olarak yeniden tanımlanmıştır.

EHK’nın “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlıklı 3. maddesinde arabağlantı, *“Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı”* olarak tanımlanmıştır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere EHK’da yapılan arabağlantı tanımı, aralarında arabağlantı kurulan şebeke yapısından ve bu şebekelerden son kullanıcılara sunulan hizmet türünden bağımsız bir şekilde yapılmıştır. Aralarında arabağlantı kurulacak şebekeler belirli şebekelere özgülenmemiş, *“elektronik haberleşme şebekeleri”* denilerek kapsayıcı bir ifade tercih edilmiştir. Bu ifadenin tercih edilme nedeni, hızla gelişen elektronik haberleşme teknolojisine ve bu kapsamda sunulabilecek yeni elektronik haberleşme hizmetlerine uyumlu bir hukuki altyapı yaratmaktır¹⁹⁶. Bu tanım, 2002/19/EC sayılı AB Erişim Direktifinde yer alan tanımla bire bir aynıdır¹⁹⁷. Tanımdan anlaşıldığı üzere arabağlantının, kullanıcıların birbiriyle irtibatlandırılması bir başka deyişle iletişim kurmalarının mümkün kılınması ve kullanıcıların kendi işletmecisi dışındaki işletmeciler tarafından sunulan farklı hizmetlerden yararlanmasının sağlanması olarak iki amacı vardır¹⁹⁸.

EHK’da yer alan arabağlantı tanımında arabağlantının amacına ilişkin olarak irtibatlandırılan ya da kendi şebekesi dışındaki şebekelerin sunduğu hizmetlerden yararlanan kişilerin kullanıcı olduğu belirtilmiştir. Tanımda özellikle

¹⁹⁶ Aynı yönde bkz. Ahmet Bülter, “Telekomünikasyon Hukukunda Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri”, **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010, s. 54.

¹⁹⁷ 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinde yer alan arabağlantı tanımı şu şekildedir: *“‘interconnection’ means the physical and logical linking of public communications networks used by the same or a different undertaking in order to allow the users of one undertaking to communicate with users of the same or another undertaking, or to access services provided by another undertaking.”*

¹⁹⁸ Ünver, AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri, s. 103.

abone veya son kullanıcı ifadesinden kaçınan kanun koyucunun bu iki kavramı da kapsayan bir üst kavram olan kullanıcıyı tercih etmesinin nedeni haberleşme hizmeti alan tarafın en kapsayıcı şekilde ifade edilmek istenmesidir. Arabağlantı sayesinde abone olup olmadığına bakılmaksızın tüm kullanıcıların ve işletmecilerin dahi elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanabilmesi söz konusudur¹⁹⁹. Çünkü EHK m. 3/cc uyarınca kullanıcı “*Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi*” son kullanıcı ise EHK m. 3’te “*Elektronik haberleşme hizmeti ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlamayan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmaktadır. Kullanıcıyı son kullanıcıdan ayıran özellik yararlandığı elektronik haberleşme hizmetini üçüncü kişilere tekrardan sunabilmesidir²⁰⁰. Bu bağlamda kurulan arabağlantıdan yararlanan kişilerin daha sonra bu hizmeti üçüncü kişilere sağlamasında bir kısıtlama bulunmamaktadır.

Dolayısıyla biz de arabağlantıyı EHK m. 3’te yapılan tanıma benzer bir şekilde bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla haberleşmesi veya diğer işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişebilmesi amacıyla şebeke türünden ve sunulan hizmetten bağımsız olarak elektronik haberleşme şebekeleri arasında gerçekleşen fiziksel ve mantıksal bağlantı olarak tanımlamayı uygun buluyoruz.

B. Arabağlantı Kavramının Unsurları

Yukarıda ele aldığımız tanımından anlaşılacağı üzere arabağlantının bir teknik bir de amaçsal iki unsuru bulunmaktadır²⁰¹. Teknik unsuru elektronik haberleşme şebekelerinin birbirine fiziksel ve mantıksal olarak bağlanmasıdır. Amaçsal unsuru ise söz konusu bu bağlantının şebeke kullanıcılarının birbiriyle

¹⁹⁹ Aynı yönde bkz. Şükrü Kutlu, “Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2012, s. 59.

²⁰⁰ Mustafa Göktürk Yıldız, **Son Kullanıcı ile Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 13.

²⁰¹ Sven Erik Heun, “H. Zugangsregulierung und besondere Missbrauchsaufsicht”, **Handbuch zum TK Recht**, Ed. Sven Erik Heun, 2. Bası, 2007, Kn. 63.

irtibatı veya başka işletmeciler tarafından sunulan hizmetlere erişebilmesi amacına yönelik olarak yapılmasıdır. Arabağlantının bu iki unsuru aşağıda sırasıyla incelenecektir.

1. Arabağlantının Teknik Unsuru: Elektronik Haberleşme Şebekelerinin Birbirlerine Fiziksel ve Mantıksal Olarak Bağlantısı

Tanımından da anlaşılacağı üzere arabağlantının temelinde elektronik haberleşme şebekelerinin birbiriyle bağlantısı söz konusudur. EHK’da elektronik haberleşme şebekesi “*bir veya daha fazla nokta arasında elektronik haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar da dâhil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağı*” olarak tanımlanmıştır. Elektronik haberleşme şebekesi tanımı kullanılacak teknolojiden ve fiziksel iletim ortamından bağımsız olarak yapıldığı için kapsayıcı ve yeni teknolojik gelişmelere ayak uydurabilecek bir yapıdadır²⁰². Tüm elektronik haberleşme şebekelerinin kendileri ve birbirleri arasında bu şebekelerin fiziksel ve mantıksal bağlantısını sağlayacak şekilde arabağlantı yapılması, bu bağlamda şebeke ve üzerinden sunulan hizmetin türüne bakılmaksızın sabit karasal telefon şebekeleri, mobil telefon şebekeleri, internet ve uydu şebekeleri arasında arabağlantı kurulması mümkündür.

Şebekelerin fiziksel bağlantısından fiziksel iletim araçlarının (genellikle kablolar) birbirlerine fiziken bağlanması, mantıksal bağlantısından ise şebekeler arasında gerçekleşen sinyal iletimi anlaşılmaktadır²⁰³. Arabağlantı, şebekeler birbirine fiziksel olarak bağlandığında kurulmuş sayılmamaktadır. Arabağlantı, şebekeler birbirlerine fiziksel olarak bağlandıktan sonra bunlar arasında kullanıcıların birbiri ile haberleşmelerine imkân verecek şekilde sinyal iletiminin gerçekleştirilebilmesinin gerekli teknik düzenlemeler yapılarak sağlanmasıyla

²⁰² Bülter, **a.g.e.**, s. 54; Günümüzde ortaya çıkan Yeni Nesil Şebekeler (New Generation Networks) sayesinde öncesinde tek veya sınırlı sayıda hizmetin sunulmasına yarayan geleneksel şebekelerin aksine tüm hizmetler tek bir şebeke üzerinden sunulabilmektedir. Elektronik haberleşme şebekelerinin türlerine ve özelliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Civelek, **a.g.e.**, s. 6-14.

²⁰³ Heun, **a.g.e.**, Kn. 78.

kurulmuş olur²⁰⁴. Arabağlantı, şebekeye bağlı kullanıcılardan biri diğer şebekeye bağlı bir kullanıcıyla iletişim kurmak istediği anda kurulması gerektiği için; yalnızca şebekelerin birbirine bağlanmasını değil, bunun ötesinde ayrıca arabağlantı kuran şebekelere ilişkin bağlantı noktalarının karşılıklı olarak hazır tutulması ve bu şekilde muhafaza edilmesini de gerektirmektedir²⁰⁵.

Arabağlantının teknik unsuru olan şebekelerin fiziksel ve mantıksal bağlantısı kapsamında iki önemli sonuç karşımıza çıkmaktadır. Bu sonuçlardan ilki, arabağlantının bir elektronik haberleşme şebekesi üzerinden elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler arasında mümkün olacağıdır²⁰⁶. EHK’da yer alan arabağlantı tanımında, arabağlantının “*işletmeci tarafından kullanılan*” şebekelerin arasında olmasını öngördüğünden, arabağlantının kurulması için işletmecilerin kullandıkları şebekeler üzerinde mülkiyet ya da diğer ayni haklara sahip olmaları aranmamaktadır. Kullanma ifadesi, şebeke üzerinde hâkimiyet sağlama durumu bir nevi doğrudan zilyetlik hali olarak yorumlanmaya daha uygundur²⁰⁷. Bir şebekenin maliki o şebeke üzerinde doğrudan zilyet olabilir; ancak o bu hakimiyetini bir kira sözleşmesiyle şebeke üzerindeki kullanım hakkını bir üçüncü kişiye devretmek suretiyle kaybetmiş de olabilir²⁰⁸. Bu bağlamda işletmeci açısından şebeke üzerinde hakimiyet kurduğu müddetçe işlettiği şebekenin kendisine ait olması ya da başkasından kiraladığı bir şebeke olması bir fark yaratmayacaktır²⁰⁹.

²⁰⁴ Martin Geppert/ Thorsten Atterdorn, **Beck’scher TKG Kommentar**, Ed. Martin Geppert, Raimund Schütz, 4. Bası, 2013, Art. 16, Kn. 36.

²⁰⁵ Heun, **a.g.e.**, Kn. 78.

²⁰⁶ Elektronik haberleşme şebekesi olmaksızın elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin arabağlantı dışındaki diğer erişim türlerinden yararlanabileceği hakkında bkz. Heun, **a.g.e.**, Kn. 75.

²⁰⁷ Ernst Georg Berger, *Netzzusammenschaltungen von Telekommunikationsunternehmen im nationalen, europäischen und internationalen Regelungszusammenhang*, Aachen, Shaker Verlag, 2000, s. 72-73; Heun, **a.g.e.**, Kn. 74.

²⁰⁸ Geppert/Atterdorn, **a.g.e.**, Kn. 24.

²⁰⁹ Alman hukuku uyarınca da arabağlantı yalnızca şebeke işleten işletmeciler arasında yapılmaktadır. Bu durum Alman Telekomünikasyon Kanunu’nda (TKG) § 3 Nr. 34 S. 2’de “*arabağlantı sözleşmesi kamusal şebeke işletmecileri arasında kurulur*” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Bkz. TKG § 3 Nr. 34 S. 2 https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/_3.html; Matthias Röhl, **Die Regulierung der Zusammenschaltung**, Dresdner Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1, Peter Lang, 2002, s. 87.

Bu sonuçlardan ikincisi ise tanımda yer alan “*aynı veya farklı*” işletmeciler ifadesinden çıkmaktadır. Arabağlantı için iki farklı telekomünikasyon şebekesinin varlığı aranmakla birlikte, iki farklı işletmecinin bulunması şart değildir. Bir başka ifadeyle arabağlantı iki ayrı elektronik şebekeye sahip bir işletmecinin bu şebekeleri arasında da gerçekleştirebileceğinden, tanımda aynı veya farklı şebeke kullanıcılarının birbirleriyle irtibatından söz edilmiştir²¹⁰. Bir işletmecinin kendi kullanıcıları arasında iletişimin sağlanması için kendi şebekelerini doğrudan irtibatlandırması da arabağlantıdır. Ancak bu şekilde aynı işletmecinin farklı şebekeleri arasında gerçekleşen arabağlantı bir sözleşmenin konusunu oluşturmadığı²¹¹ gibi hukuki yönden de herhangi bir uyuşmazlık konusu teşkil etmeyecektir. Bir başka deyişle arabağlantı sözleşmeleri farklı işletmecilerin şebekeleri arasında kurulan arabağlantıyı konu edinmektedir.

2. Arabağlantının Amaçsal Unsuru: Farklı İşletmelerin Kullanıcılarının Birbirleriyle İletişiminin Sağlanması ve Kullanıcıların Farklı İşletmeciler Tarafından Sunulan Hizmetlerden Yararlanması

EHK'daki tanımda yer aldığı üzere şebekeler arasında arabağlantı kurulmasının iki amacı vardır. Bunlardan ilki bir işletmecinin kendi kullanıcıları arasında ve kendi kullanıcıları ile başka şebekelerin kullanıcıları arasındaki iletişimin sağlanmasıdır²¹². Arabağlantının bu ilk amacı sayesinde tüm kullanıcılar

²¹⁰ Ferhat Topkaya, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın no: 108, 2003, s. 36; Atalı, **a.g.e.**, s. 319.

²¹¹ A.y. bkz. Özge Yücel, “Dolaşım ve Arabağlantı Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1380.

²¹² Örneğin, farklı şebeke kullanıcılarının birbirlerini arayabilmesi ya da birbirlerine kısa mesaj (SMS) gönderebilmesi bu kapsamdadır. Rekabet Kurulu’nun 05-78/1052-294 sayılı ve 10.11.2005 tarihli Kararı’nda bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “[...] Ancak, bilindiği üzere birden fazla operatörün olduğu piyasalarda, operatörlerin abonelerinin birbirlerine mesaj gönderebilmeleri ve birbirlerini aramaları için şebekeler arasında arabağlantının teknik olarak sağlanmış olması ve operatörlerin arabağlantı ücreti üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. [...] Diğer şebekeye yönelmiş bir çağrı, şebekeden çıkacağı noktaya kadar çağrıyı başlatan operatör tarafından ve bu noktadan sonra aranan operatör tarafından taşınmakta ve sonlandırılmaktadır[...]” (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=ef43530d-ca59-4ff1-80ac-987376c4d189> (Erişim Tarihi: 5.7.2019).

arasında iletişimin mümkün olması anlamına gelen noktadan noktaya iletişimin (point to point connection) gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.

Arabağlantının EHK’da belirtilen ikinci amacı, kullanıcıların yalnız kendi işletmecilerinin değil aynı zamanda başka işletmecilerin de sundukları hizmetlerden yararlanabilmesini sağlamaktır. Bu hizmetler çeşitli konularda sunulan bilgi servisleri olabileceği gibi işletmeci tarafından sunulan çeşitli müzik veya video platformları gibi katma değerli hizmetler veya internet üzerinden sunulan hizmetler de olabilir²¹³.

Bu iki amacın gerçekleştirilmesine uygun olmayan şebekeler arası bağlantı arabağlantı olarak adlandırılmayacaktır²¹⁴. Dolayısıyla şebekeler arasındaki her türlü fiziksel ve mantıksal bağlantı EHK kapsamında arabağlantı teşkil etmemektedir. Arabağlantı ile kastedilen şebekeler arasındaki fiziksel ve mantıksal bağlantının özellikli bir halidir. Bu özellikli hal de söz konusu şebekeler arası bağlantının kullanıcıların birbiriyle irtibatına elverişli kılacak veya farklı şebekeler tarafından sunulan hizmetlere erişimini sağlamasıdır.

II. Arabağlantı Çeşitleri

A. Genel Olarak

Arabağlantı çeşitleri, arabağlantı kapsamında irtibatlandırılan şebekelerin türüne, coğrafi konumuna²¹⁵ (çağrının başladığı ve sonlandırıldığı yere) ve arabağlantının kuruluş şekline göre üç ayrımda incelenebilir. Bunun yanı sıra arabağlantıyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte arabağlantı yapan işletmecilerin

²¹³ Geppert/Atterdorn, **a.g.e.**, Kn. 43.

²¹⁴ Bu amaçlardan yalnızca birinin gerçekleştirilmesinin yeterli olacağı hakkında bkz. Schütz, **Beck’scher TKG Kommentar**, Ed. Martin Geppert / Raimund Schütz, 4. Bası, 2013, Art 18, Kn. 26.

²¹⁵ Şebekelerin coğrafi konumuna göre yapılan ayırım uyarınca arabağlantı ulusal ve uluslararası arabağlantı şeklinde sınıflandırılmaktadır. Tezimizin kapsamı yalnızca ulusal arabağlantı olduğundan aşağıda bu ayırım kapsamında açıklama yapılmayacaktır.

piyasa güçlerine göre bir başka deyişle etkin piyasa gücüne²¹⁶ sahip olup olmamasına göre dördüncü bir ayrıma da gidilebilir²¹⁷.

B. İrtibatlandırılan Şebekelerin Türüne Göre

Kullanıcıların birbiriyle iletişim kurması kapsamında arabağlantı aynı tür veya farklı tür elektronik haberleşme şebekeleri arasında yapılabilir²¹⁸. Keza arabağlantı, aynı pazarda faaliyet yürüten işletmecilerin yanı sıra farklı pazarda veya farklı platformlar üzerinden hizmet sunan işletmeciler arasında da kurulabilir²¹⁹. Sabit şebekeler arasında (PSTN-PSTN) ve mobil şebekeler (GSM-GSM) arasında yapılan arabağlantı aynı tür haberleşme şebekeleri arasında yapılan arabağlantıya örnekken, bir sabit şebeke ile bir mobil şebeke ya da bir sabit şebekeyle bir uydu şebekesi arasında yapılan arabağlantı ikinci gruba girer. Bu sayılanların yanı sıra internet servis sağlayıcıları arasında da arabağlantı kurulması mümkündür²²⁰. İnternet servis sağlayıcıları arasında yapılan arabağlantının özel bir formu olarak kabul edilen sözleşmeler, “*Peering*” ve “*Transit*” sözleşmeleri olarak iki çeşittir²²¹. Bu sözleşmelerden Peering kapsamında karşılıklı trafik taşıma

²¹⁶ Etkin piyasa gücü kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. “Üçüncü Bölüm: I. C. 5. b. Etkin Piyasa Piyasa Gücü Kavramı ve Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesi” adlı başlık.

²¹⁷ Märkl, **a.g.e.**, s. 42.

²¹⁸ Telecommunications Regulation Handbook, 2011, s. 119, 120.

²¹⁹ Ünver, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, s. 48; Hermann-Josef Piepenbrock, Ulf Müller, “Verträge über besonderen Netzzugang”, **Vertragshandbuch Telemedia**, Ed: Fabian Schuster, Verlag C.H. Beck, München, 2001, s. 337-338; Simon Faivre, **Der Telekommunikationsvertrag**, Stämpfli AG, Publikationen, Bern, 2005, s.52.

²²⁰ “[...] BTK tarafından internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş yedi teşebbüs [...] arasında akdedilen sözleşme ile birbirlerine arabağlantı yaparak üyeler arasında IP bazlı trafik değişimi amacıyla TNAP isimli iletişim ağı oluşturulmuştur. [...]” bkz. Rekabet Kurulu’nun 12-53/1480-509 sayılı 1.11.2012 tarihli kararı.

²²¹ Fabian Schuster, “§ 32 WAN- und VPN-Verträge”, **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**, Ed. Astrid Auer-Reinsdorff/Isabell Conrad, 2. Auflage, München, C.H.Beck, 2016, Kn. 13; James B. Speta, “A Common Carrier Approach to Internet Interconnection”, **Federal Commisison Law Journal**, Volume 54, 2002, s. 231; Peering sözleşmelerinde tarafların birbirlerine ücret ödememe nedeni aralarında gerçekleşen internet trafiği değişim miktarının aynı ya da birbirine çok yakın olmasından kaynaklanmakta olup, sözleşmenin tarafı internet servis sağlayıcıları arasında taşınan trafik miktarında önemli bir farklılık olması durumunda sözleşme kapsamında ücret ödenebileceğine ilişkin olarak bkz. J. Scott Marcus, “Interconnection on an IP-Based NGN Environment”, s. 23, (Çevrimiçi) <https://www.itu.int/ITU->

sayıları birbirine yakın olan internet servis sağlayıcıları birbirlerinin müşterilerinin trafiğini taşımayı kural olarak bedelsiz olarak üstlenirler²²². Transit sözleşmesi de yine iki internet servis sağlayıcı arasında gerçekleşmekle birlikte bunlar arasında kapasitesi diğerine göre daha küçük olan servis sağlayıcı kapasitesi daha büyük olana internet trafiğinin taşınması için bir bedel ödemektedir²²³.

Bir sabit telefon şebekesi ile bir mobil telefon şebekesi veya bir internet şebekesi üzerinden kullanıcıya sunulan hizmete göre şebekeler arasında kurulan arabağlantı kapsamında işletmeciler arasında sunulacak hizmet değişecektir. Örneğin iki sabit telefon şebeke işletmecisi arasında kurulan arabağlantının konusu bir işletmecinin şebekesinde başlatılan çağrının diğerinin şebekesine iletimi ve onun şebekesinde sonlandırılması olurken iki mobil telefon şebekesi arasında kurulan arabağlantının konusu kapsamına çağrı iletimi ve sonlandırılması hizmetinin yanı sıra kısa mesaj iletim hizmeti de girecektir²²⁴.

Şebeke türlerinin değişmesiyle birlikte arabağlantının teknik koşulları değişecek ve bu da sözleşme hükümlerine yansımaktadır. Ayrıca şebeke yapısından kaynaklanan teknik farklılıklar, rekabet koşullarını etkileyerek ileride bahsedeceğimiz üzere bir şebeke işletmecisinin arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenip belirlenmemesinde rol oynayacaktır. Bu bağlamda örneğin ülkemizde ve dünyada internet şebekeleri arasındaki arabağlantı regüle edilmezken, şebeke yapıları gereği doğal tekel niteliğindeki sabit şebeke ve mobil şebeke arabağlantısı regülasyona tabidir.

[D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR07/discussion_papers/JScott_Marcus_Interconnection_IP-based.pdf](D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR07/discussion_papers/JScott_Marcus_Interconnection_IP-based.pdf) (Erişim Tarihi: 5.7.2019.)

²²² Schuster, a.g.e., Kn. 13; Y.y., **Geleneksel Arabağlantıdan IP Arabağlantıya Geçiş Sürecinde Türkiye Değerlendirmesi**, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2012, s. 26 vd..

²²³ Y.y., **Geleneksel Arabağlantıdan IP Arabağlantıya Geçiş Sürecinde Türkiye Değerlendirmesi**, s. 27.

²²⁴ Sabit Telefon Hizmetine İlişkin Hizmet Kalitesi Tebliği (R.G. 27.08.2011/28038) m.4'te sabit telefon hizmeti "Teknoloji sınırlaması olmaksızın sabit karasal telefon şebekesi üzerinden kullanıcılara/abonelere temel ve katma değerli telefon hizmetlerinin sunulması" olarak tanımlanmıştır. GSM Mobil Telefon Hizmetlerinde Hizmet Kalitesi Ölçütlerinin Elde Edilmesine İlişkin Tebliğ'de (R.G. 17.4.2012/28267) Kısa Mesaj Hizmeti, GSM mobil telefon hizmeti kapsamında sayılmıştır.

C. Arabağlantının Teknik Olarak Yapılış Şekline Göre

Bu ayırım arabağlantının teknik olarak kurulma şekline göre yapılmış bir ayırımdır. Buna göre şebekeler birbirlerine basit, geçişli, transit ve transit geçişli (by-pass) olmak üzere dört farklı biçimde irtibatlandırılabilir²²⁵.

Basit ve geçişli arabağlantıda iki işletmeci, transit ve transit geçişli arabağlantıda ise üç işletmeci söz konusudur. Çağrı iletimi üzerinden bir örnek verecek olursak, basit arabağlantıda birinci işletmecinin kullanıcısı tarafından başlatılan çağrı, arabağlantı noktasına kadar taşınmakta (çağrı başlatma), bu noktada çağrı ikinci işletmeci tarafından devralınmakta ve kendi şebekesine bağlı olan kullanıcıda sonlandırılmaktadır (çağrı sonlandırma)²²⁶. Burada sözleşmenin her iki tarafı da çağrı trafiğini karşılıklı olarak taşımayı üstlendiğinden basit arabağlantıya çift yönlü arabağlantı da denilmektedir.

Geçişli arabağlantıda işletmeci diğerinin müşterisine ait çağrıyı onun adına kendi şebekesinde başlatmakta ve sonlandırmaktadır.

Transit ve transit geçişli arabağlantıda ise birbiriyle iletişim kuracak kullanıcıların şebekeleri arasında doğrudan fiziksel ve mantıksal bir bağlantı kurulmaz. Bu şebekeler arasındaki arabağlantı her birinin fiziksel ve mantıksal bağlantı gerçekleştirdiği üçüncü bir şebeke üzerinden sağlanmakta olduğundan “transit” ya da “dolaylı” olarak adlandırılmaktadır²²⁷.

Transit arabağlantıda ise üçüncü bir şebeke çağrı iletimi hizmeti vererek birinci şebekeden başlatılan çağrılar çağrının sonlandırılacağı ikinci şebekeye

²²⁵ Bu dört arabağlantı türünün görsellerle anlatımı için bkz. Ünver, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, s. 45, 46.

²²⁶ Ünver, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, s. 44.

²²⁷ Ünver, **AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri**, s. 101; Romy Förster, “§ 4 Technische Grundlagen der Telekommunikation”, **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**, Ed: Astrid Auer-Reinsdorf, Isabell Conrad, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2016, s. 148; Joachim C. Haas, **Essential Facilities Doctrine und offene Netze**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, s. 51; Andreas Imping, **Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter**, Ed: Gerald Spindler, Köln, Otto-Schmidt Verlag, 2000, s. 12.

iletilmektedir. Burada hem çağrının başlatıldığı birinci şebeke ile hem de sona erdirildiği ikinci şebeke ile üçüncü şebeke arasında arabağlantı kurulmaktadır.

Son olarak üç işletmecinin bulunduğu transit geçişli arabağlantıda ise üçüncü işletmecinin müşterisi adına birinci işletmeci tarafından çağrı başlatılmaktadır. Bu çağrı kendisi değil de üçüncü işletmeci tarafından taşınmakta ve ikinci işletmeci tarafından onun müşterisinde sonlandırılmaktadır.

Yukarıda yapılan dörtlü ayırım teknik bir ayırım olup bu ayırım kapsamında yer alan arabağlantı türlerinin tamamı arabağlantının kullanıcıların birbiriyle irtibatlandırılması ve farklı şebekeler kapsamında sunulan hizmetlere erişiminin sağlanması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğu için EHK'nın arabağlantı tanımını kapsamına girmektedir²²⁸.

D. Arabağlantı Kuran İşletmecilerin Piyasa Güçlerine Göre

Arabağlantının tarafı olan işletmecilerin piyasadaki güçlerine göre sözleşmenin kurulması bakımından üç olasılık mümkündür. Sözleşme iki etkin piyasa gücüne sahip işletmeci arasında, iki etkin piyasa gücüne sahip olmayan (örneğin ikisi de piyasaya yeni girmiş işletmeci arasında) ya da son olarak etkin piyasa gücüne sahip bir işletmeci ile etkin piyasa gücüne sahip olmayan bir işletmeci arasında kurulabilir. Sözleşmenin taraflarına göre yapılan bu ayırım sözleşmenin kurulmasından yürütülmesine kadar birçok konuda belirleyici olmaktadır. Çünkü BTK tarafından etkin piyasa gücüne sahip olan işletmecilere, arabağlantı sözleşmesi yapma yükümlülüğünün yanı sıra Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde öngörülen ayırım gözetmeme, referans arabağlantı teklifi hazırlama, şeffaflık, tarifelerin maliyet esaslı belirlenmesi, hesap ayırımı yükümlülüklerinden biri ya da bazıları getirilebilmektedir.

²²⁸ Ünver, *Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri*, s. 47.

III. Sözleşmenin Önemi

A. Genel Olarak

. Arabağlantı, teknik olarak son kullanıcılar arasında noktadan noktaya haberleşmenin sağlanmasını mümkün kılmasıyla tüm dünyada elektronik haberleşme sektörünün en önemli konularından biridir²²⁹. Sektörde rekabetin sağlanması ve sürdürülmesi için gerekli olduğu için işletmecilerin sektörde var olmaları bakımından da hayati önem taşımaktadır²³⁰. Telekomünikasyon sektöründe işletmeciler arasındaki rekabetin varlığından en çok etkilenecek kişiler kullanıcılar olduğundan arabağlantı sözleşmesikullanıcıların alacağı hizmetin fiyat ve kalitesini de doğrudan etkilemektedir.

B. Arabağlantı Sözleşmesinin Kullanıcılar Bakımından Önemi

Elektronik haberleşme, elektronik haberleşme şebekeleri üzerinden sağlanmaktadır. Bir başka deyişle, kullanıcılar şebeke olarak adlandırılan iletim sistemleri ağı üzerinden birbirleriyle haberleşebilmektedirler. Bu yüzden şebeke kullanıcılarının haberleşmesi o şebeke üzerinde bulunan bağlantı noktalarıyla sınırlıdır. Bir şebeke kullanıcısının bir başka şebekenin kullanıcısıyla haberleşebilmesi için bu iki şebeke arasında arabağlantı kurulması gerekmektedir²³¹. Şebekeler arasında arabağlantı kurulması farklı şebeke

²²⁹ Ulusoy, Telekomünikasyon Hukuku, s. 79.

²³⁰ 4502 sayılı Kanun'un 6. maddesinin gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "[...] Arabağlantı telekomünikasyon sektörünün serbest rekabete açılması bakımından büyük önem arz etmektedir. Ara bağlantı liberal bir telekomünikasyon sektörünün can damarlarından biridir, zira ara bağlantı yükümlülüğü net, açık ve güvenceli bir şekilde oluşturulmamış sektöre, yeni bir işletmecinin girme ve telekomünikasyon hizmeti sunabilmesi, tüm ana telekomünikasyon şebekesini kendisi kurmadığı müddetçe fiziken ve teknik olarak imkansızdır. Hakim konumdaki mevcut şebekelerin işletmecilerinin ara bağlantı taleplerini makul şartlar dairesinde karşılamamaları halinde, hukuki tekellerin yerini fiili tekellerin alması söz konusudur. [...]".

²³¹ Berger, **a.g.e.**, s. 1; Ali Ulusoy, "Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği", **AÜHFD**, C. 50, S. 2, 2001, s. 148; Jürgen Kühling, Tobias Schall, Michael Biendl, **Telekommunikationsrecht**, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, C.F. Müller, 2014, s. 177, 178.

kullanıcılarının iletişim kurmasını sağladığı için haberleşme hürriyetini doğrudan etkilemektedir²³². Bu ihtiyaç, teknolojinin gelişmesiyle farklı şekillerde ortaya çıkmakla birlikte günümüzde de var olmaya devam etmektedir²³³. Tarihsel gelişimi gereği ilk olarak sabit şebekeler üzerinde çağrıların iletilmesine bir başka deyişle kullanıcıların birbiriyle telefon görüşmesi yapabilmesine olanak sağlayan arabağlantı, serbestleşmeye ve teknolojinin gelişmesine paralel olarak internet başta olmak üzere gelişmiş haberleşme sistemlerinden kullanıcıların yararlanmasını mümkün kılmaktadır²³⁴. Bir başka ifadeyle sunulan elektronik haberleşme hizmetinin türünden bağımsız olarak farklı şebeke kullanıcılarının birbirleriyle haberleşebilmesi ve kendi şebekeleri dışındaki şebekeler tarafından sunulan hizmetleri alabilmesi için arabağlantı kurulması şarttır²³⁵.

İnternet hizmeti bakımından her bir internet servis sağlayıcı²³⁶ kendi kullanıcılarının diğer bir internet servis sağlayıcılarının kullanıcılarının web sitelerine erişebilmesi veya onlara e-mail atabilmesi için söz konusu internet servis sağlayıcı ile arabağlantı kurmak zorundadır. Bir başka deyişle, arabağlantı olmasaydı bir şebekenin aboneleri diğer şebeke kullanıcılarını iletişim kuramazdı;

²³² Ünver, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, s. 70; Ünver, AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri, s. 104.

²³³ Berger, **a.g.e.**, s. 2.

²³⁴ Ünver, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, s. 44.

²³⁵ Rekabet Kurulu, 17.6.2003 tarihli 03-43/488-210 sayılı kararında şu tespitte bulunmuştur: “...Arabağlantı bir anlamda aynı veya farklı coğrafi alanlardaki, aynı veya farklı türdeki şebekelerin kullanıcılarının birbirleri ile görüşmelerini sağlamaya yönelik bir anlaşmadır...” (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=6e723dc9-2456-499e-b33d-d01508b06b02> Erişim Tarihi: 5.7.2019.; Rekabet Kurulu 16.04.2002 tarihli 02-24/241-96 sayılı kararında ise şu ifadeleri kullanmıştır “İki farklı iletişim şebekesi arasında haberleşme yapılabilmesi için, şebekelerin birbirleriyle bağlantısı olmalıdır. Şebekelerin bağlandıkları noktaya arabağlantı noktası denir. Birbirlerine çağrı trafiği olan bütün şebekelerin doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantıları ve arabağlantı noktaları vardır.”

²³⁶ İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti, abonelerinin/kullanıcılarının İnternet üzerinden sunulan elektronik haberleşme hizmetlerinden ve içerik hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak üzere, abonelerini/kullanıcılarını İnternet şebekesine erişirme hizmetini kapsar. “Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri” başlıklı doküman <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slugs/kurul-karari-i-le-beli-rlenecek-hususlar.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim: 7.5.2019).

ya da diğer şebekede bulunan internet üzerinden sağlanan içeriğe ulaşamazdı²³⁷. Bu yüzden arabağlantıya telekomünikasyonun var olduğu andan beri ihtiyaç olmuştur.

Arabağlantının kullanıcılar bakımından bir diğer önemi de sektörde rekabetin sağlanmasında önemli bir rol oynamasından kaynaklanmaktadır. Sektörde rekabetin varlığı işletmecilerin sektörde var olma mücadelelerini doğrudan etkilemekte bu da tüketicilerin aldıkları hizmetin çeşitliliğine, fiyatına ve kalitesine yansımaktadır. Rekabetin artmasının dolaylı amaçlarından biri de rekabetin varlığından etkilenen en geniş kitle olan son kullanıcıların daha kaliteli hizmeti daha ucuz fiyata satın almalarıdır²³⁸.

Arabağlantı kurulmazsa farklı şebekelerin son kullanıcıları arasında iletişim kurulamayacağından noktadan noktaya iletişim olarak adlandırılan her bir kullanıcı arasındaki iletişimin sağlanması hedefine ulaşamaz²³⁹. Bir örnek vermek gerekirse şebekeleri arasında arabağlantı kurulmaması durumunda farklı mobil şebeke işletmecilerinin son kullanıcıları birbirlerini arayamayacaklardır. Bu durumda her bir son kullanıcı yalnızca bağlı olduğu işletmecinin kullanıcıları ile görüşebileceğinden bir başka deyişle şebeke içi görüşme yapabileceğinden herkese ulaşmak isteyen bir kullanıcı her bir şebekenin kullanıcısı olmak zorunda kalacaktır. Bu durum ekonomik olarak kullanıcılar bakımından mantıklı olmadığından, daha çok kişiyle görüşebilme ihtimallerinin olması adına kullanıcılar, kullanıcı sayısı en çok olan işletmeciyi tercih etmeye yönelecektir. Bunun sonucunda da zaten daha fazla kullanıcısı olan işletmecinin kullanıcı sayısı artacak, piyasadaki durumu güçlenecek, piyasaya yeni bir işletmecinin girişi daha da zorlaşacaktır. Kullanıcıların tercih etmek zorunda kaldıkları işletmeci rakibi olmadığı için piyasada fiyatları dilediği gibi belirleyebilecek; bu durum da hem fiyat hem de hizmet kalitesi bakımından kullanıcının aleyhine bir sonuç

²³⁷ Tetrault, **a.g.e.**, s. 11; Kühling, Schall, Biendl, **a.g.e.**, s. 177.

²³⁸ İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku (Teori- Uygulama- Mevzuat)**, 5.Baskı, Bursa, Ekin, 2017, s. 8, 9; Bülter, **a.g.e.**, s. 49; Gökan Okan, Türkiye’de Arabağlantı Düzenlemeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İstanbul Bilgi Üniversitesi S.B.E.**, 2006, s. 41.

²³⁹ Ünver, **Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun ilgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi**, s. 812.

doğuracaktır. Çünkü alternatif bir işletmecinin olmadığı durumda kullanıcı var olan işletmeciden hizmet almak zorunda olduğu için işletmeci gelişen teknolojiye yatırım yapmayacaktır. Oysaki, aralarında arabağlantı sözleşmesi bulunması durumunda her iki işletmecinin şebekeleri üzerinden birbirlerine ulaşabilen kullanıcılar kendilerine en uygun fiyata en kaliteli hizmeti sunan işletmeciyi tercih etmeye yönelebileceklerdir.

C. İşletmeciler Bakımından Önemi

Sektör rekabete açılmadan önce devlet tekelinde yürütülen elektronik haberleşme kapsamında tüm kullanıcılar aynı işletmeciden hizmet alıyordu. Dolayısıyla ulusal telekomünikasyon piyasaları serbestleşmeden önce arabağlantı sözleşmelerine yalnızca ülkeler arası iletişimin sağlanması amacıyla ihtiyaç duyulmaktaydı²⁴⁰. Bu sebeple ilk arabağlantı sözleşmeleri ulusal şebekeleri birbirine bağlamak amacıyla farklı ülkelerin yerleşik işletmecileri arasında yapılmıştır²⁴¹. Bu dönemde yapılan sözleşmelerin tarafları yalnızca kendi ülkelerinde faaliyet gösteren tekel konumundaki işletmeciler olduğundan aralarında herhangi bir rekabet yoktu. Kurulan sözleşme sayesinde işletmecilerin son kullanıcıları uluslararası telefon görüşmesi yapabiliyor; bu da sözleşmenin her iki tarafının yararına bir durum yaratıyordu.

Teknolojik gelişmelerin akabinde piyasanın serbestleşmesiyle birlikte yeni işletmecilerin piyasaya girmesinin önü hukuken açılmıştır. Ancak ulusal piyasanın hukuken açılmış olması yeni işletmecilerin piyasada kendiliğinden fiilen de çalışabilecekleri sonucunu doğurmamıştır. Uluslararası arabağlantıdan farklı olarak

²⁴⁰ Norbert Nolte, **Das Recht auf Netzzugang nach dem Telekommunikationsgesetz**, Betriebs&Berater Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt, 1996, s. 2629; Arif Ogün Sarı, **Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004, s. 18; Peter N. Märkl, **Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, s. 44; Yusuf Yıldırım, **Telekomünikasyon Sektöründe Referans Arabağlantı Teklifleri, Sektör Açısından Önemi: Sorunlar ve Öneriler**, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Yayınları, 2005, s. 4; Ünver, **AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri**, s. 94.

²⁴¹ Yıldırım, a.g.e., s. 10.

bu durum yeni işletmecilerin fiilen piyasada var olabilmeleri için yerleşik işletmecilerle aralarında arabağlantı kurulmasını gerektirmiştir.

Bir işletmecinin kendi son kullanıcıları ile diğer işletmecilerin son kullanıcıları arasındaki elektronik haberleşmeyi sağlaması için kendi şebekeleri ile diğer işletmecilerin şebekeleri arasında arabağlantı kurması gerekmektedir²⁴². Haberleşmenin en yaygın örneklerinden biri olan aramanın gerçekleştirilmesi, eğer birbirlerini arayan kişiler farklı işletmecilerin kullanıcısı iseler o işletmeciler arasında gerçekleştirilen arabağlantı sayesinde mümkün olmaktadır. Keza, bir son kullanıcının kendi işletmecisi tarafından sunulmayıp başka işletmeciler tarafından sunulan elektronik haberleşme hizmetlerini alabilmesi kendi işletmecisinin şebekesi ile diğer işletmecilerin şebekesi arasında doğrudan ya da üçüncü bir işletmecinin şebekesi üzerinden dolaylı bir şekilde kurulan arabağlantı sayesinde mümkün olmaktadır²⁴³. Telefon hizmetleri bakımından örnek verilirse çağrı sonlandırma tekeli her bir numara için bir işletmeciye ait olduğundan, farklı işletmecilerin şebekeleri arasında arabağlantı yapılmadığı takdirde son kullanıcılar yalnızca o işletmecinin son kullanıcıları ile iletişim kurabilecek; diğer işletmecinin kullanıcılarını arayamayacaklardır. Makul hiçbir kullanıcı, piyasadaki son kullanıcıların çoğu ile iletişim kuramayacağı veya farklı hizmetler alamayacağını bilerek piyasaya yeni girmiş ve nispeten az sayıda kullanıcısı olan bir işletmeciye tercih etmeyecektir²⁴⁴. Böyle bir durumda ise piyasaya yeni girmiş işletmecinin ekonomik olarak ayakta kalma şansı yoktur. Dolayısıyla işletmeciler kendi şebekelerini kursalar dahi diğer işletmecilerin şebekeleriyle arabağlantı kurmak zorundadırlar. Bu bakımdan arabağlantı sözleşmesinin kurulması, piyasaya yeni girmiş işletmecilerin tercih edilmesi dolayısıyla var olması ve sektörde fırsat eşitliği sağlayan bir rekabet ortamının yaratılması için en önemli araçtır²⁴⁵.

²⁴² Yıldırım, **a.g.e.**, s. 5.

²⁴³ Sarı, **a.g.e.**, s. 19.

²⁴⁴ Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 79; Dilek Salman, “Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hâkim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011, s. 62.

²⁴⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 18; Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 80; Bülter, **a.g.e.**, s. 48; Nolte, **a.g.e.**, s. 2629.

Arabağlantının kurulmasıyla birlikte şebekeler bütünleşmekte; böylece her bir şebeke üzerinden iletişim kurulabilecek son kullanıcı sayısı artmaktadır. Bu durum da şebeke dışsallığı etkisi sayesinde şebekenin değerini arttırmakta²⁴⁶ ve aralarında arabağlantı sözleşmesi kurulan işletmecilerin kârını arttırarak her ikisinin de yararına olmaktadır²⁴⁷.

IV. Arabağlantı Sözleşmelerinin Düzenlenmesi Gerekliliği

Birinci bölümde elektronik haberleşme sektöründe işletmeciler arasında akdedilen erişim sözleşmelerinin regülasyona tabi olması gerektiğini gerekçeleriyle birlikte açıklamıştık²⁴⁸. Arabağlantı da erişimin bir türü olduğu için yukarıda belirttiğimiz gerekçeler arabağlantının regüle edilmesi kapsamında geçerliliğini korumaktadır. Arabağlantının düzenlenmesini gerekli kılan en önemli neden elektronik haberleşme sektörüne ilişkin bir piyasa aksaklığı olan pozitif şebeke dışsallığının giderilmesindeki rolüdür. Farklı işletmecilerin şebekeleri arasında arabağlantı kurularak bu işletmecilerin kullanıcılarına birbirleriyle haberleşme ve diğer şebeke tarafından sunulan hizmetlerden yararlanma imkânı sunulmaktadır. Bu durum sayesinde büyük şebekelerin işletmecilerinin küçük şebeke işletmecilerine karşı şebeke büyüklüklerinden kaynaklı sahip oldukları bir üstünlük olan pozitif şebeke dışsallığının yarattığı piyasa aksaklığını giderilmektedir²⁴⁹. Bu etkinin giderilmesi işletmeciler bakımından serbest rekabet ortamının oluşması için gerekliyken son kullanıcılar için de birbirleriyle haberleşmenin sağlanması için gereklidir.

²⁴⁶ Bir şebekeyi kullanan kişi sayısı arttıkça o şebekenin değerinin doğrudan ya da dolaylı olarak artması olarak tanımlanan şebeke dışsallığı kavramı ve etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Yenişen, **Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s. 15; Ayrıca elektronik haberleşme hizmetlerinin değerinin o hizmeti aşan birbirine bağlı abone sayısı ile orantılı olarak arttığına il. Rekabet Kurulu'nun ve 03-56/655-301 sayılı ve 14.8.2003 tarihli kararı için bkz. Salman, **a.g.e.**, s. 56 dn. 144.

²⁴⁷ Tetrault, **a.g.e.**, s. 11.

²⁴⁸ Bkz. "Birinci Bölüm: III. B. Elektronik Haberleşme Sektörünün Piyasa Yapısının Sonuçları: Sektörün Düzenlenmesi Gerekliliği" adlı başlık.

²⁴⁹ Ardıyok, **a.g.e.**, s. 16.

Telekomünikasyon sektörü devlet tekelindeyken bu hizmet doğrudan tek bir kurum tarafından sunulduğu için kullanıcıların başka alternatifleri yoktu. Tüm kullanıcıların birbiri ile görüşmesini mümkün kılan sistem, ulusal düzeyde tek bir kurumun elindeyken arabağlantı yine farklı şebekelerin birbirine bağlanması şeklinde gerçekleşiyordu. Ancak, tüm bu şebekeler tek bir kuruma ait olduğundan ulusal düzlemde arabağlantıya ilişkin herhangi bir hukuki veya ekonomik problem söz konusu değildi. Bu nedenle arabağlantı mevzuatı düzenlenmemiştir. Zaman içerisinde sektörün hukuken liberalleşmesi sonucu ulusal piyasamızda birden çok işletmecinin faaliyet göstermesi ile birlikte farklı işletmeciler arasında arabağlantı kurulması gerekliliği ve bu gereklilik sonucu arabağlantı sözleşmeleri yapılması zorunluluğu doğmuştur.

Piyasaya giren işletmecinin altyapısının gelişmiş olup olmamasından bağımsız olarak kullanıcılarına diğer işletmecilerin kullanıcıları ile iletişim kurma imkânı sağlamak için arabağlantı kurmaya ihtiyacı vardır. Çünkü her işletmecinin yalnızca kendi kullanıcılarına doğrudan erişimi vardır. İşletmeciler kendi kullanıcılarına doğru yapılan çağrıların sonlandırılmasında tekel gücüne sahiptir²⁵⁰. Kullanıcıların farklı şebeke kullanıcılarıyla iletişim kurabilmesi için aradıkları kullanıcının işletmecisinin çağrı sonlandırma hizmetini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu hizmet de aradıkları kullanıcının bağlı olduğu işletmenin şebekeleri dışında kimse tarafından verilemediği için şebekeler üzerinden kurulan arabağlantı “zorunlu unsur” teşkil etmektedir²⁵¹. Arabağlantı sayesinde şebekeler

²⁵⁰ Adnan Akgün, Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2007, s. 10.

²⁵¹ Zorunlu unsur doktrininin şebeke endüstrilerindeki en önemli uygulama alanının arabağlantı olduğu hk. bkz. Ölmez, **a.g.e.**, s. 46; BTK’nın yayınladığı 2012 tarihli Mobil Çağrı Sonlandırma Pazarı Pazar Analizi Nihai Dokümanında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “[...] Arabağlantı yükümlülüğü getirilmesinin teorik gerekçeleri arasında, elektronik haberleşme sektöründe yüksek giriş engellerinin varlığı ve bu engellerin alternatif işletmecileri pazara girmekten vazgeçirmesi yer almaktadır. Teknik olarak çağrı sonlandırma hizmetlerinin arz ve talep ikamesinin bulunmadığı ve buna bağlı olarak da mobil işletmecilerin kendi şebekelerinde sonlandıracakları çağrılar üzerinde tekel gücüne eşdeğer bir piyasa gücüne sahip oldukları dikkate alındığında, diğer işletmecilerin abonelerine sağlayacakları elektronik haberleşme hizmetlerinde çağrı sonlandırma hizmetleri zorunlu unsur kapsamında değerlendirilebilecektir. Söz konusu hizmetlerin zorunlu unsur niteliğini haiz olmasından ötürü bu hizmetlerin mobil elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren tüm mobil işletmeciler tarafından sunulması gereklilik arz etmektedir. [...]” (Çevrimiçi) bkz.

arasında bağlantı kurulduğundan her bir şebeke kullanıcısı bağlı olduğu şebekenin yanı sıra diğer şebeke kullanıcılarını da arayabilecektir. Böylece her bir kullanıcının birbiriyle iletişim kurması sağlanacaktır. Bu kadar önemli işlevleri olan arabağlantının kurulması arabağlantı kuran işletmeciler arasında şebekesi diğerinden büyük olan taraf bakımından daha az yararlıdır. Çünkü şebekesi daha büyük olduğundan onun kullanıcılarının arayabileceği kişi sayısı daha az artmaktadır. Bu nedenle şebekesi diğerine göre daha büyük durumda olan işletmeci arabağlantı kurmak istemeyebilecektir. Yerleşik işletmeci ile piyasaya yeni girmiş işletmecinin pazarlık gücü arasında piyasaya yeni girmiş işletmeci aleyhine bir dengesizlik mevcuttur. Kendisinden arabağlantı talep edilen yerleşik işletmeci, perakende pazarda rakibi olan arabağlantı talep eden işletmeciye karşı bu pazarlık gücünü de kullanarak doğrudan sözleşme yapmayı reddedebilecektir. İşletmeciler bazı durumlarda da doğrudan arabağlantı taleplerini reddetmeyip bunu dolaylı olarak kendisiyle sözleşme yapmayı talep eden işletmecinin kabul edemeyeceği kadar aleyhe ve ağır sözleşme şartları öne sürerek yapmaktadır²⁵². Bu bağlamda yüksek arabağlantı ücretleri önerme veya uygun arabağlantı kapasitesini sağlamama, sözleşmenin yapılması için arabağlantı hizmetinin yanında farklı hizmetlerin satın alınmasını şart koşma, sözleşmenin kurulmaması yönünde irade gösterme veya sözleşmenin kurulmasını geciktirme gibi yöntemlere başvurulması akla gelebilir²⁵³. Bu şekilde davranan yerleşik işletmeci zaten serbest rekabetin oluşmasını engellemektedir²⁵⁴. Arabağlantı talebi reddedildiği için arabağlantı kuramayan ve ilgili pazara giriş yapamayan bir işletmeci ticari anlamda zarara uğrayacağı gibi, son kullanıcılar da piyasada rekabetin olmaması dolayısıyla kendisinden hizmet almaya mecbur kaldıkları işletmeciye yüksek bedeller ödeyip zarara uğrayabileceklerdir. Ayrıca piyasaya yeni giren işletmeci ile arabağlantı

<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/mobilcagrisonlandirma-pa-nd-2012.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

²⁵² M. Bilal Ünver, “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2016, s. 2.

²⁵³ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 10; Telecommunication Regulation Handbook, 2001, s. 122; Gunter Knieps, “Interconnection and Network Access”, **Fordham International Law Journal**, S. 23, 2000, s. 104.

²⁵⁴ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 10.

kurulmaması sonucu bu işletmecinin son kullanıcıları diğer işletmecinin son kullanıcılarını arayamayacaklarından, kullanıcıların Anayasa m. 22’de güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü de dolaylı da olsa kısıtlanmış olacaktır. Arabağlantı sayesinde noktadan noktaya iletişim sağlandığı ve kullanıcılar başka işletmecilerin hizmetlerine erişebildiği için kullanıcılar arasında elektronik haberleşme hizmetlerine erişim bakımından eşitlik sağlanmaktadır. Saydığımız bu sebeplerle kamusal yönü de bulunan arabağlantı, sektör için yapılan bu düzenlemelerin önemli bir kısmına konu olmuştur²⁵⁵. Söz konusu sakıncaları gidermek ve şebeke endüstrisi nedeniyle doğal tekel özelliği gösteren elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek adına piyasa aksaklıklarının öncül (ex-ante) düzenlemeler yapılarak önüne geçilmesi gerekmektedir²⁵⁶.

Yukarıda açıkladığımız tüm bu gerekçelere dayanarak belirtilebilir ki, piyasa ilk rekabete açıldığında taraflar arasında arabağlantının serbestçe müzakere edilerek kurulmasını beklemek gerçekçi bir durum değildir. Bu sakıncaların ve işletmecilerin keyfi davranışlarının önüne geçmek adına arabağlantı regüle edilerek, elektronik haberleşme sektöründeki işletmecilere EHK m.16/f. 2 uyarınca arabağlantı sağlama yükümlülüğü ve sonrasında da arabağlantı sözleşmesinin şartlarına ilişkin olarak EHK m. 16/f. 5’te yer alan eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kâra dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sunma yükümlülüklerinden biri ya da birkaçı getirilebilmektedir²⁵⁷.

²⁵⁵ Bkz. EHK m. 16, EAY m. 8-16.

²⁵⁶ Bu aşamada rekabet kurallarının uygulanabileceği gündeme gelse de rekabet kurallarının serbest rekabetin bulunmadığı piyasalarda uygulanmasının rekabetin tesis edilmesi bakımından tek başına yeterli olmayacaktır (İçöz, **a.g.e.**, s. 60).

²⁵⁷ Bu müdahalelerin neler olduğu ve ne şekilde gerçekleştirildiğine, işletmecilere arabağlantı sözleşmesi kapsamında ne tür yükümlülükler getirilebileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi aşağıda tezimizin üçüncü bölümünde verilecektir.

V. Sözleşmenin Tabi Olduğu Hukuki Rejim

A. Genel Olarak

Sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim bakımından değerlendirilmesi gereken husus arabağlantı sözleşmesinin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğudur. Sözleşmenin nitelendirilmesine göre tabi olduğu hukuk kuralları ve uyuşmazlık çıktığında başvurulacak yargı yolu değişeceğinden yapılacak nitelendirme büyük önem arz etmektedir.

Bir sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim doğrudan kanunda öngörülmesi olabilir. Bu durumda sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin kural olarak ek bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak arabağlantı sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak yürürlükteki mevzuatımızda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimi belirlemek için bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Arabağlantı sözleşmeleri, hukukumuzda ilk olarak 406 sayılı Kanunun 10. maddesini değiştiren 4502 sayılı Kanunun 6. maddesiyle girmiştir. Arabağlantı sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tartışılmasının nedeni, sözleşmenin iki işletmeci arasında yapılacağının öngörülmesiyle birlikte Telekomünikasyon Kurumu'nun sözleşmeye ilişkin müdahale yetkisinin bulunmasıdır. Bu müdahale yetkisi kapsamında sözleşme tarafların serbest müzakereleriyle kurulmadığı durumlarda Telekomünikasyon Kurumu sözleşmeyi kurmakta ve sözleşmenin hükümlerini belirleyebilmekteydi²⁵⁸. 406 sayılı Kanun'u ilga eden ve günümüzde yürürlükte olan EHK m. 18/f. 1'in birinci cümlesi uyarınca da arabağlantı sözleşmelerinin

²⁵⁸ 406 sayılı Kanun m. 10/f. 4 şu şekildedir: “Ara bağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, Kurum, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir. Kurum'un bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum tarafından bir dört hafta daha uzatılabilir olan altı haftalık bir süre içinde tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu ara bağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılıncaya kadar geçerli olur.”

işletmeciler arasında serbestçe müzakere edilerek kurulması kuraldır. Ancak EHK m. 18/f. 1 uyarınca işletmeciler arasındaki arabağlantı sözleşmesi bu şekilde kurulmadığı takdirde, BTK tarafından taraflardan birinin talebi üzerine uzlaştırma prosedürü işletilecek; bu prosedürün sonunda da taraflar anlaşamazlarsa anlaşamadıkları hususlar hakkında BTK tarafından belirleme yapılarak sözleşme kurulacaktır. Her ne kadar arabağlantı sözleşmelerinin taraflarca serbest müzakere edilerek kurulması kural olsa da BTK'nın istisna olarak öngörülen bu müdahalesi özel hukuk bağlamında TBK m. 1 uyarınca tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamasıyla kurulan sözleşmeye yabancı bir durumdur²⁵⁹. Bunun yanı sıra günümüzde sadece anonim şirket statüsünde olan işletmeciler arasında yapılan arabağlantı sözleşmeleri geçmişte aynı zamanda daha özelleştirilmeden önce 233 sayılı KHK'ya tabi bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekom ile özel hukuk kişisi olan işletmeciler arasında da yapılmaktaydı. Tüm bu durumlar kapsamında arabağlantı sözleşmesinin geçmişte ve günümüzde özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğu değerlendirilmelidir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için hepsini birlikte sağlaması gereken üç ölçüt bulunmaktadır. Bu ölçütler, sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin bulunmasıdır²⁶⁰.

Organik ölçüt olarak da adlandırılan taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olma şartı, Türk hukuku bakımından mutlak olarak kabul edilmektedir²⁶¹.

²⁵⁹ Bu durum akla hâkimin müdahalesini getirirse de buradaki müdahale sözleşmenin kurulmasından hükümlerinin belirlenmesine, sözleşme kapsamında bir uyumsuzluk çıktığında o uyumsuzluğun giderilmesini de içine alan kapsamlı bir müdahaledir. Geniş anlamda hâkimin müdahalesi kavramından ise kurulmuş ve mevcut olan bir sözleşmenin yorumlanması, tamamlanması ve uyarlanması kapsamında hükümlerinin değiştirilmesi; sözleşmelerde sözleşme boşluğu olduğu durumlarda bu boşluğun tamamlanması anlamına gelir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kaplan, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 19.

²⁶⁰ M. Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", **AÜHFD**, s. 192-204 vd.; Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İkinci Tab, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960, s. 1217-1220; İsmet Giritli vd., **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 1131; Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 394; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 304-308.

²⁶¹ Pertev Bilgen, **Uyumsuzluk Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1970, s. 33; İsmet Giritli vd., **a.g.e.**, s. 1134; Fransa'da

Dolayısıyla hukukumuzda iki özel hukuk kişisi arasında yapılan bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu bağlamda kamu hizmeti imtiyazlı özel hukuk kişinin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeler ile idarenin taraflardan biri olarak yer almadığı ancak dışarıda -örneğin fiyat tespiti- sözleşmenin koşullarına müdahale ettiği sözleşmeler de idari sözleşme olarak kabul edilmemektedir²⁶². İdari sözleşmelerin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması, gerekli önkoşul olmakla birlikte, bu şart sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli değildir. İdari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması dışındaki diğer şartları sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olması ve sözleşmenin kamu tüzel kişisi olan tarafına özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması gerekmektedir. Bu sebeple diğer iki ölçüte bakılmalıdır. Maddi ölçütler olarak da adlandırılan sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olma şartı ve sözleşmede özel hukuku aşan şartların da bulunmasıyla birlikte sözleşme idari sözleşme olur. İdari sözleşmelerde sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin görülmesidir. Ancak bu şart da tek başına yeterli değildir. Çünkü kamu hizmetinin yürütülmesinde kamusal yürütüm ve özel yürütüm olmak üzere iki farklı biçim mevcut olup kamusal yürütümde idare hukuku kuralları uygulanmakta ve idari yargı görevli olmakta; özel yürütümde özel hukuk kuralları uygulanmakta ve çıkan uyuşmazlıklar adli yargıda görülmektedir²⁶³. Kamu hizmetinin kamusal yürütümünde ise hizmetin yürütülmesinde kamu yararı ön planda olduğu için idareye sözleşmenin diğer tarafına karşı özel hukuk sözleşmelerindeki hükümleri aşan üstün hak ve yetkiler verilmekte, bu durum

bazı durumlarda devlet hesabına hareket etmeleri ve sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması durumunda aralarındaki sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirildiğine ancak Türk hukukunda bu ölçütün mutlak olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayın no. 2956, Hukuk Fakültesi Yayın no. 648, s. 431; Tekinsoy, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, s. 194 ve dn. 34.

²⁶² Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 184-187; Turan Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 396.

²⁶³ Tekinsoy, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, s. 199, 200.

sonucunda kamu hizmetinin yürütümü için yapılan sözleşme idari sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁶⁴.

B. 4502 sayılı Kanun Öncesi Dönemde Yapılan Arabağlantı Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi

Telekomünikasyon sektörünün serbestleşmeye açıldığı ilk zamanlarda devletin hizmeti bizzat sunan taraf olma pozisyonundan çıkıp hizmetin sunulmasına ilişkin düzenleme ve denetim yapan konumuna geçmesi bir anda gerçekleşmemiştir. Bu geçiş döneminde piyasa serbestleşmeye açılmış ve özel sektör aktörleri piyasaya dâhil olmuştur. Ancak telekomünikasyon altyapısını elinde bulunduran Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesi ise 4502 sayılı Kanun ile olmuştur. 4502 sayılı Kanun öncesi Türk Telekom 233 sayılı KHK'ya tabi bir kamu iktisadi kuruluşuydu. 4502 sayılı Kanunla birlikte Türk Telekom özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olmuştur. 4502 sayılı Kanun öncesi dönemde mobil şebeke (GSM) işletmecileri Turkcell ve Telsim²⁶⁵ ile Türk Telekom arasında arabağlantı sözleşmeleri yapılmıştır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kapsamında aldıkları yetkilendirmeye dayanarak mobil haberleşme faaliyeti sunulması için Turkcell ve Telsim, 24.04.1998 tarihinde ayrı ayrı olmak üzere Türk Telekom A.Ş. ile o zamanki adıyla “*Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği*” sözleşmesi imzalamıştır. Bu iki sözleşme ülkemizde imzalanan ilk arabağlantı sözleşmeleridir²⁶⁶. Bu sözleşmeler bakımından yukarıda açıkladığımız ölçütler kapsamında değerlendirme yapıldığında sözleşmenin tarafı Türk Telekom A.Ş. 233 sayılı KHK'nın ekinde belirtildiği üzere kamu iktisadi kuruluşudur. Türk Telekom A.Ş. kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu için idari sözleşmenin organik ölçütünü

²⁶⁴ Sıddık Sami Onar, **a.g.e.**, s. 1214; Günday, **a.g.e.**, s. 186.

²⁶⁵ Turkcell ve Telsim Ulaştırma Bakanlığı'yla yaptıkları imtiyaz sözleşmesi uyarınca mobil haberleşme alanında faaliyet göstermeye başlamışlardır.

²⁶⁶ Hukukumuzda arabağlantı sözleşmesi kavramı ilk olarak, Turkcell ve Telsim ile Türk Telekom A.Ş. arasında imzalanan sözleşmelerden sonra, 27.1.2000 tarihinde 4502 sayılı Kanun ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10'uncu maddesine eklenen “*Şebekeler arasında arabağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar, bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata uygun olarak taraflar arasında imzalanır ve gerekli teknik hükümleri, koşulları ve ücretleri de ihtiva eder. Bu tür tüm anlaşmalar ile bunların ekleri ve değişikliklerinin bir tasdikli sureti Kurum'a sunulur*” hükmü ile getirilmiştir.

sağlamaktadır²⁶⁷. Bu ölçüt sözleşmenin idari sözleşme sayılması bakımından gerekli bir ölçüt olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Sözleşmenin konusu işletmecilerin kullanıcılarının birbiriyle irtibatlandırılması olup telekomünikasyon hizmetleri kapsamında değerlendirilebilecektir. Telekomünikasyon hizmeti de 406 sayılı Kanun dönemindeki mevzuat kapsamında kamu hizmeti niteliğindedir²⁶⁸. Bu şartın gerçekleşmesiyle birlikte bakılması gereken arabağlantı sözleşmesinde özel hukuku aşan şartların bulunup bulunmadığıdır. Her ne kadar 4502 sayılı Kanun öncesi dönemde, sektör tamamen rekabete açılmadığı ve sabit telefon hizmetleri bakımından arabağlantı yükümlüsü özel işletmeciler bulunmadığı için kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekom ile sözleşme yapılsa da sözleşmede Türk Telekom’a kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin tanınması söz konusu değildir²⁶⁹. Tarafların müzakere ederek serbest iradeyle sözleşmeyi kurması esas olduğundan tarafların eşit konumda olduğu söylenebilir²⁷⁰. Sözleşmenin taraflarından biri Türk Telekom iken de ancak tarafların kendi rızalarıyla bir anlaşmaya varamamaları durumunda Telekomünikasyon Kurumu’nun müdahale etme yetkisi bulunuyordu. Dolayısıyla, EHK yürürlüğe girmeden önceki dönemde de Telekomünikasyon Kurumu’nun sözleşmeye müdahalesi ikincil nitelikte bir müdahaleydi. Kurumun bu müdahalesi dışarıdan bir müdahale olup kurumu sözleşmenin tarafı konumuna getirmemekteydi.

Türk Telekom’un Telsim ve Turkcell ile ayrı ayrı akdettiği Arabağlantı (Şebekelerarası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmesi’nin hukuki niteliği yargı önünde de tartışılmış olup Ankara 9. İdare Mahkemesi tarafından söz konusu sözleşmeler idari

²⁶⁷ Ramazan Çağlayan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S: 7, Y: 2016, s. 377.

²⁶⁸ 406 sayılı Kanun’un 4502 sayılı Kanun m.2 ile değişik hali uyarınca Telekomünikasyon Kurumu “... kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir.” denilerek telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu dolaylı olarak belirtilmiştir. (Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 16-20.)

²⁶⁹ Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 83.

²⁷⁰ **A.e.**, s. 86.

sözleşme olarak kabul edilmiştir²⁷¹. Karara konu kronolojik olay silsilesini kısaca anlatacak olursak, Elektrik Mühendisleri Odası tarafından Türk Telekom A.Ş.'ye karşı tarafların yaptığı arabağlantı sözleşmesi uyarınca birbirlerine ödeyecekleri çağrı sonlandırma ücretlerinin simetrik olmaması ve bu durumun kamu yararına aykırı olması nedeniyle söz konusu sözleşmelerin iptali istemiyle Danıştay'da dava açılmıştır. Bu dava ile birlikte arabağlantı sözleşmesinin niteliği mahkemeler tarafından ilk defa değerlendirilmiştir. Danıştay, taraflar arasında imzalanan Şebekeler Arası İşbirliği ve Arabağlantı Sözleşmesinin "*imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayan idari sözleşme*" olduğu yönünde bir tespitte bulunmuş ancak önüne gelen bu uyuşmazlığa ilişkin idare mahkemelerinin görevli olduğunu belirterek görevsizlik sebebiyle davayı reddetmiştir²⁷². Daha sonra Ankara 9. İdare Mahkemesi önüne gelen davada arabağlantı sözleşmelerinin gelir paylaşımına ilişkin kısmını kamu yararına aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme kararında "*imtiyaz sözleşmelerine dayalı olarak yapılan idari sözleşmelerin kamu yararına aykırı olamayacağı, uyuşmazlık konusu ara bağlantı sözleşmesinin çağrı sonlama ücretleriyle ilgili (Ek-D çizelge 1 ilave 1.A.1) bölümünde öngörülen paylaşımın eşit olmadığından kamu yararına aykırı olduğu*"nu belirtmiştir. Tarafların temyiz etmemesi üzerine karar kesinleşmiştir. Kesinleşen bu iptal kararı üzerine Türk Telekom A.Ş. taraflardan eşit arabağlantı ücreti talebinde bulunmuştur. Turkcell ve Telsim, Türk Telekom A.Ş.'nin bu talebini yerine getirmek istememeleri üzerine söz konusu uygulamanın durdurulmasını sağlamak için ihtiyati tedbir talebi için ve sonrasında bu talebin uzatılması için mükerrer defa asliye ticaret mahkemesine başvurmuşlardır²⁷³. Asliye ticaret mahkemesi hem ihtiyati tedbire hükmetmiş hem de davayı kabul etmiştir²⁷⁴. Bu kararın Türk Telekom A.Ş tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay arabağlantı sözleşmesinin bir idari sözleşme olduğunu ve

²⁷¹ Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 4.10.2000 tarihli ve E. 1999/577, K. 2000/831 sayılı kararına referans veren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.2.2004 tarihli ve E. 2004/19-64, K. 2004/102 sayılı kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim tarihi: 5.7.2019.

²⁷² Danıştay 10. D, 11.3.1999 tarihli ve E. 1998/6754, K. 1999/830 sayılı kararı. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Atalı, **a.g.e.**, s. 325.

²⁷³ İlgili davalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, **a.g.e.**, s. 326.

²⁷⁴ Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, 15.11.2001 tarihli ve E. 2001/152, K. 2001/733 sayılı kararı. (Karar yayınlanmamıştır.)

bu nedenle sözleşmenin gelir paylaşımına ilişkin iptal edilen kısmının düzenlenmesinde idari yargının görevli olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine önüne gelen uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu vurgulayarak idare mahkemesi tarafından iptal edilen sözleşme hükümleri nedeniyle oluşan boşluktan doğan uyuşmazlığın giderilmesinin de idari yargının görevine gireceğine hükmetmiştir²⁷⁵.

Yukarıda gerekçeleriyle açıkladığımız şekilde biz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin Türk Telekom A.Ş.'nin Turkcell ve Telsim ile akdettiği sözleşmelerin idari sözleşme olduğu konusundaki nitelemesine katılmamaktayız²⁷⁶. Çünkü yukarıda belirttiğimiz üzere bu sözleşmeler yapıldığı sırada Türk Telekom A.Ş. her ne kadar, 233 sayılı KHK'ya tabi bir kamu iktisadi kuruluşu olarak 406 sayılı kanun uyarınca tüm telekomünikasyon işlerini devlet adına tekel olarak yürütmekle görevli kılınmış²⁷⁷ olsa da sözleşmenin diğer tarafları olan Turkcell ve Telsim ile sözleşmenin kurulması bakımından eşit konumdaydı. Bu bağlamda idari sözleşmeye ilişkin ölçütler bakımından değerlendirildiğinde bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için gerekli ilk ölçüt olan sözleşmenin

²⁷⁵ Kararda bu durum şu gerekçeyle açıklanmıştır: “İptal davaları objektif ve genel nitelikte olduğundan, iptal hükmü o davanın tarafları yanında iptal edilen tasarrufla ilgisi olan herkesi ve her durumu kapsar. Anayasanın 138 /son maddesi hükmü karşısında, kesinleşen İdare Mahkemesi kararının, yasama ve yürütme organları ile bütün mahkemeleri ve davanın tarafları yanında, iptal edilen sözleşme hükümleriyle ilgisi olan GSM işletmecisini de bağlayacağı açıktır. Bu durumda, GSM İşletmecisi ile Türk Telekomünikasyon A.Ş. arasında akdedilen Ara Bağlantı Sözleşmesinin, çağrı sonlanma ücretlerine ilişkin esasları düzenleyen bölümün İdare Mahkemesince iptal edilmesi sonucu idari sözleşmede oluşan boşluk nedeniyle doğan uyuşmazlığın çözümünün de idari yargının görevine gireceği belirgindir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.2.2004 tarihli ve E. 2004/19-64, K. 2004/102 sayılı kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim tarihi: 5.7.2019.

²⁷⁶ Sözleşmenin idari sözleşme olduğu görüşüne ilişkin bkz. Atalı, **a.g.e.**, s. 328; Alvina Gojayeve, “Türk Hukukunda Arabağlantı Sözleşmeleri”, **AÜHFD**, 61 (3) 2012, s. 1072; K. y. olarak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin bkz. Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2002, s. 86; Bilge Uz, “Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi”, **Telekomünikasyon Kurumu**, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2005, s. 80.

²⁷⁷ 406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanunla değişik m. 1/f. 6 hükmü şu şekildeydi: “Türk Telekom, bu Kanun çerçevesinde her türlü telekomünikasyon hizmetlerini yürütmeye ve telekomünikasyon altyapısı işletmeye yetkilidir.”

taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması ölçütü sağlanmıştır. İkinci ölçüt olan sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ölçütü de sözleşme sayesinde kullanıcılara elektronik haberleşme hizmeti sağlandığından gerçekleşmiştir²⁷⁸. Ancak üçüncü ölçüt olan sözleşmede özel hukuku aşan şartlar bulunması şartı bulunmamaktadır. Sözleşmede Bakanlığa tanınan fesih yetkisi, Bakanlık sözleşmenin tarafı olmadığı için bu durumu değiştirmemekte, söz konusu durum 1998 yılında sözleşmenin imzalandığı sırada sektörel düzenleyici otorite olan Telekomünikasyon Kurumu’nun henüz kurulmamış olması dolayısıyla sektörün Bakanlık tarafından regüle edilmesinden kaynaklanmaktadır²⁷⁹. Turkcell ve Telsim mobil haberleşme alanında hizmet sunmak için Ulaştırma Bakanlığı ile yapılan imtiyaz sözleşmeleriyle yetkilendirilmiştir. Söz konusu imtiyaz sözleşmelerinde Telsim ve Turkcell’in Türk Telekom A.Ş. ile aralarındaki Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği” kurulmasının öngörülmüş olması da bu durumu değiştirmemektedir. Bir başka açıdan düşünüldüğünde ise özel hukuk kişileri arasında da akdedilebilen arabağlantı sözleşmesini bu durumda özel hukuk sözleşmesi; aynı şartlarla akdedildiği halde taraflarından biri Türk Telekom olduğu durumda ise idari sözleşme olarak nitelenmek çelişkili bir sonuç doğuracaktır²⁸⁰.

Açıkladığımız tüm bu gerekçeler ışığında biz, Ankara 9. İdare Mahkemesi’nin kararına katılmamakla birlikte Türk Telekom A.Ş.’nin 233 sayılı

²⁷⁸ Telekomünikasyon hizmetlerinin niteliği mevzuatta açıkça belirtilmemiştir. Ancak yetkilendirme olmaksızın kişisel telekomünikasyon tesisleri aracılığıyla kişi veya kurumların kendi kullanımlarına özgülenmiş üçüncü kişilere sunulmayan telekomünikasyon hizmetleri dışında kalan telekomünikasyon hizmetleri bakımından yasakoyucunun iradesi olsa da Danıştay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarından yasakoyucunun iradesinin yetkilendirmeye tabi olmayan kamu hizmeti olarak düzenlenmesi yönünde olduğu hk. bkz. Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 21 vd.; Eser Us, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 76-78.

²⁷⁹ Sözleşmede Bakanlığa tanınan fesih yetkisinin sözleşmenin idari sözleşme olduğunu ortaya koyduğu yönünde bkz. Atalı, **a.g.e.**, s. 328; Uz, **a.g.e.**, s. 84. Bülter, **a.g.e.**, s. 68.

²⁸⁰ Aynı yönde Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 84; Türk Telekom ile Turkcell ve Telsim arasındaki arabağlantı sözleşmelerinin idari sözleşme olarak kabul edilmesi halinde iki özel hukuk kişisi işletmecisi arasında yapılan arabağlantı sözleşmelerinin de idari sözleşme olması gibi bir sonuç ortaya çıkacağı ve bu durumun idari sözleşmelerde mutlak olarak kabul edilen sözleşme taraflarından en az birinin idare olması gerektiğine ilişkin şartın yerine getirilmemesi dolayısıyla kabul edilemez olduğuna ilişkin bkz. Tekinsoy, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, s. 195.

KHK'ya tabi bir kamu iktisadi kuruluşu iken de Telsim ve Turkcell ile imzaladığı arabağlantı sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz²⁸¹.

C. 4502 sayılı Kanun Sonrası Dönemde Yapılan Arabağlantı Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi

EHK m. 16/2 uyarınca arabağlantı sözleşmesinin her biri anonim şirket olan işletmeciler arasında kurulacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan aslında idari bir sözleşmenin ön şartı olan taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması koşulu sağlanmadığı için sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi hukukumuzda mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla sözleşmenin konusunun kullanıcıların elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanması olduğu için bir yönüyle kamu hizmeti olması da bu sonucu değiştirmemektedir²⁸². Özel hukuk sözleşmelerinin idari sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayan kıstaslardan en önemlisi, sözleşme tarafları arasındaki eşitliktir. Sözleşme denince akla ilk gelen özel hukuk sözleşmeleri olup bu sözleşmeler eşit müzakere gücüne sahip olduğu kabul edilen taraflar arasında serbestçe kurulmaktadır. Taraflar sözleşme serbestisine sahip olup sözleşme kurup kurmayacakları veya ne şekilde kuracakları konusunda kural olarak özgürdürler. Arabağlantı sözleşmelerinde de kural, sözleşmenin tarafların özgür iradesiyle kurulmasıdır. Bu durum hem EHK hem de ikincil mevzuatı olan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde açıkça belirtilmiştir. Gerçekten, hem EHK m. 18/f. 1 de²⁸³ hem de Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği m. 17'de arabağlantı sözleşmelerinin ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte taraflar, sözleşmenin kurulması konusunda anlaşamazlarsa BTK, arabağlantı sözleşmesinin kurulup kurulmayacağını ve kurulacaksa hükümlerini tek başına belirleyebilmektedir. Sözleşme müzakereleri sonucu taraflardan birinin

²⁸¹ Bülter, **a.g.e.**, s. 66.

²⁸² Murat Sezginer, İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler), **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 1592, 1594.

²⁸³ EHK m. 18/f. 1/ c.1 şu şekildedir: “Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır.”

sözleşme kurmak istememesi ya da tarafların sözleşme kurmak isteyip de şartlar üzerinde anlaşamamaları durumunda BTK, taraflardan birinin kendisine başvurması üzerine harekete geçmektedir. BTK'nın, kendisine yapılan başvuru üzerine uzlaştırma kararı alması durumunda taraflar sözleşme masasına tekrar oturtularak aralarındaki ilişkiyi anlaşılarak serbestçe belirlemesi konusunda bir şans daha verilir. Tarafların bunun üzerine de anlaşamaması durumunda anlaşamadıkları hususları kendisi belirlemektedir. EHK m. 18/f. 2 son cümle uyarınca BTK tarafından belirlenen hükümlerin işletmeciler tarafından aksi kararlaştırılınca kadar uygulanacağı belirtilmiştir²⁸⁴. Bir başka deyişle BTK tarafından belirlenen hükümler taraflar için her durumda bağlayıcı değildir. Taraflar BTK tarafından belirlenen hükümlerin geçerli olmadığı ya da bu hükümlerden farklı hükümlerin aralarındaki sözleşmede geçerli olacağını kararlaştırabilir.

BTK'ya verilen bu müdahale yetkisi klasik özel hukuk sözleşmelerinin yapısına yabancı bir yetkidir. Bununla birlikte söz konusu müdahale yetkisinin re'sen kullanılamaması ancak tarafların anlaşamaması üzerine ve taraflardan birinin BTK'dan uzlaştırma sürecinin başlatılması yönünde bir talepte bulunması üzerine kullanılabilmesi BTK'ya verilen bu yetkinin ikincil nitelikte olduğunu göstermektedir. Burada sözleşmenin dışında olan BTK, sözleşmenin kurulmasında ve hükümlerinin belirlenmesinde iradesini ortaya koymaktadır. BTK, söz konusu müdahale ile sözleşmenin tarafı konumuna gelmemektedir. BTK'nın müdahalesi adeta bir hakem müdahalesi gibi harici bir müdahaledir²⁸⁵.

BTK'nın sözleşmeye müdahale edebilmesinin dayanağı EHK ile kendisine verilen yetkidir. EHK m. 16/f. 2 uyarınca BTK, anlaşamamaları durumunda

²⁸⁴ EHK m. 18/2: "Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılınca kadar uygulanmasına devam olunur." Aynı şekilde Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği m. 18/f. 10: "*Müteakip Kurum düzenlemeleri aksini gerektirmedikçe veya ilgili mevzuat çerçevesinde işletmecilerin mutabakatıyla aksi kararlaştırılmadıkça, Kurumun belirlediği hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasına devam olunur*".

²⁸⁵ Ünver, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, s. 62; Ünver, **Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu'nun ilgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi**, s. 824; Kutlu, **a.g.e.**, s. 22.

tarafllara arabağlantı yükümlölüğü getirebilecek, yine EHK m. 18/f. 2 uyarınca sözleşmenin kurulması sürecinde ya da mevcut bir sözleşme kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin tarafların talebi üzerine başlatılacak uzlaştıırma sürecinde tarafların uzlaşamaması durumunda uyuşmazlık konusu hüküm, koşul ve ücretleri kendisi belirleyebilecektir. BTK'nın uyuşmazlık konusu hükümleri belirlemesi idari işlem teşkil eden kararları sonucu gerçekleşmektedir. Sözleşmenin her iki tarafı da işletmeci olup ticari amaçlarla bu sözleşmeyi akdetmektedirler. Ancak sözleşmenin konusunun kullanıcılara elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması olması dolayısıyla kamu hizmetini doğrudan ilgilendirmesi sonucu BTK, taraflardan birinin talebi üzerine sözleşmeye müdahale etme yetkisine sahiptir. EHK m.16/f.4 uyarınca BTK tarafından arabağlantı sözleşmelerini de içine alan erişim sözleşmelerine ilişkin olarak *“rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik”* gerekli düzenlemeler yapılabilecektir. Arabağlantı sözleşmelerine ilişkin olarak BTK düzenlemeleriyle önceden bir çerçeve çizilmiş de olabilir. İşletmecilere getirilen arabağlantı yükümlölükleri bu kapsamdadır. Arabağlantı sözleşmeleri bakımından da iki özel hukuk kişisi arasında akdedilmesi dolayısıyla özel hukuku aşan hükümler bulunmamakla birlikte sözleşme önceden belirlenmiş bir çerçeveye tabi olup bu çerçeve kapsamında bir müdahale gerçekleşmektedir. Bu durum doktrinde *“özel hukuku aşan rejim”* olarak isimlendirilmektedir²⁸⁶. Bu durum arabağlantı sözleşmesinin özel hukuk rejimine tabi olması sonucunu değiştirmemekle birlikte, sözleşmeyi nitelikli bir özel hukuk sözleşmesi yapar. Sözleşmeyi nitelikli kılan unsur, sözleşmenin tarafı olmayan idarenin sözleşme hükümlerine müdahale edebilmesidir²⁸⁷.

²⁸⁶ Özel hukuku aşan hükümler sözleşme içinde yer alırken özel hukuku aşan rejim sözleşme içinde bulunmamakla birlikte sözleşme taraflarının uymakla yükümlü olduğu önceden belirlenmiş çerçeveyi, kurallar bütününü ifade etmektedir. Sezginer, **İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri**, s. 1593.

²⁸⁷ Bu bağlamda Sezginer, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini değiştirmemekle birlikte, bazı durumlarda sözleşme hükümlerini sözleşmenin tarafı olmayan idarenin idari yargı denetimine tabi idari işlemle belirlemesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu tespitiıne dayanarak sözleşmede idarenin iradesinin de rol oynadığı ve dolayısıyla birleşik iradeli *“birleşme*

BTK'nın sözleşme hükümlerini idari işlem teşkil eden kararları sonucu doğrudan belirlemesi ve iradesinin sözleşmenin kurulmasında bazı durumlarda kurucu irade olarak ortaya çıkmasının mümkün olmasının nedeni sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olmasıdır. Buradaki müdahalenin amacı taraflar arasında arabağlantının kurularak kullanıcılar arasında elektronik haberleşmenin sağlanması ve işletmecilerin piyasada var olmaya devam etmesidir. Bunun yanı sıra tarafların serbest iradeyle sözleşme kurması kural olup BTK'nın yalnızca sözleşmenin bu şekilde kurulamaması durumunda tarafların talebi üzerine sürece dâhil olabilmesi ve tarafların aralarında anlaşarak BTK tarafından belirlenen hükümleri daha sonra değiştirmelerinin mümkün olması göz önünde bulundurulduğunda arabağlantı sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliğini koruduğu sonucuna varılmalıdır²⁸⁸.

VI. Arabağlantı Sözleşmesinin Benzer Kavramlarla İlişkisi

A. Erişim ile Arabağlantı Kavramlarının Karşılaştırılması

İlgili mevzuat incelendiğinde erişim ve arabağlantı kavramlarının pek çok yerde birlikte kullanıldığı görülmektedir²⁸⁹.

EHK m. 3 uyarınca erişim “*elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁹⁰.

sözleşme” olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Sezginer, **İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri**, s. 1593-1599.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 341; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 935; Enerji mevzuatında yer alan enerji sözleşmelerine yönelik kamu hukukundan kaynaklı düzenlemelerin ve EPDK'nın sözleşmeler üzerindeki müdahale yetkisinin enerji sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu değiştirmeyeceği yönünde bkz. Hasan Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 140.

²⁸⁹ EHK'nın 3. bölümünün başlığı “*Erişim ve Arabağlantı*”; erişim sözleşmelerine ilişkin ikincil mevzuatın başlığı da “*Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği*” şeklindedir. Keza, “*İşletmecilerin hak ve yükümlülükleri*” başlıklı EHK m. 12/f. 2’ de işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler arasında arabağlantı b bendinde, ı bendinde yer alan erişim yükümlülüklerinden ayrı olarak “*Hizmetlerin birbiriyle uyumlu çalışabilmesi ve şebekelerarası arabağlantının sağlanması*” şeklinde yer almaktadır.

²⁹⁰ EHK’da yer alan erişim tanımı 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinde yer alan tanımla içerik ve kapsam bakımından aynıdır. Tek fark, 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinde erişimin elektronik

Tanımından da anlaşılacağı üzere bir elektronik haberleşme şebekesinin, altyapı veya hizmetinin üçüncü bir kişinin kullanımına açıldığı her durum erişimin kapsamına girmektedir. Herhangi bir şebeke altyapısı kullanmaksızın başkalarının şebekelerine erişim sağlayarak elektronik haberleşme hizmeti sunulması da mümkündür²⁹¹. Örneğin sanal mobil şebeke işletmecileri (Mobile Virtual Network Operator) kendi adlarına tahsis edilmiş herhangi bir şebeke ve frekans spektrumu olmamasına rağmen sözleşme yaptığı mobil şebeke işletmecisinin erişimine açtığı şebekeleri üzerinden elektronik haberleşme hizmeti sunmaktadır²⁹².

EHK m.15'te erişimin türleri teknolojik gelişmelere ayak uydurmak adına Kurum'a yeni erişim türleri tanımlama konusunda yetki vererek sınırlı sayıda olmamak üzere sayılmıştır^{293,294}.

Arabağlantı kurulduğunda elektronik haberleşme şebekeleri üçüncü kişilerin kullanımına sunulmaktadır. Dolayısıyla erişim arabağlantıyı da kapsayan

haberleşme hizmetlerinin sağlanması amacıyla diğer işletmecilere sunulduğunun belirtilmiş olmasıdır.

²⁹¹ Söz konusu işletmeciler şebeke altyapısı bulundurmadıkları için arabağlantı sözleşmeleri yapamayacaklardır (Nolte, **a.g.e.**, s. 2630).

²⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, s. 32 vd..

²⁹³ Nitekim, EHK m. 15 şu şekildedir:

“Elektronik haberleşme hizmetlerinde erişim kapsamında aşağıdaki hususlar yer alır:

- a) Yerel ağa ayrıştırılmış erişim ve veri akış erişimini de içerecek şekilde elektronik haberleşme şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişim.*
- b) Binalar, borular ve direkleri de içerecek şekilde mevcut erişim seçeneklerini de dikkate alarak fiziksel alt yapıya erişim.*
- c) İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde ilgili yazılım sistemlerine erişim.*
- ç) Numara dönüşümüne veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişim.*
- d) Sanal şebeke hizmetlerine rekabet durumunu da dikkate alarak erişim.*
- e) İki elektronik haberleşme şebekesi arasındaki arabağlantı.**
- f) Ulusal dolaşım da dahil olmak üzere sabit ve mobil şebekelere erişim.*
- g) Koşullu erişim sistemlerine erişim.*
- ğ) Yeniden satış amacıyla hizmetlerin toptan seviyede sunulması.*
- h) Kurum düzenlemeleri ile belirlenen diğer hallerdeki erişim.”*

²⁹⁴ Erişim türlerinin sınırlı sayıda olmaması EHK'nın gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Bu doğrultuda maddenin son bendinde, “Kurum düzenlemeleri ile belirlenen diğer hallerdeki erişim” ifadesine yer verilerek halihazırda öngörülemeyen erişim teknolojilerinin/platformlarının da erişimin kapsamına dahil edilmesine imkân tanınmıştır.”* (Çevrimiçi) http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=51fr2zp1a_14&pkanunlarno=68604&pkanunnumarasi=5809 Erişim Tarihi: 5.7.2019.

bir üst kavramdır²⁹⁵. Tersten ifade edilecek olursa arabağlantı erişimin özel bir türüdür²⁹⁶. 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi'nin²⁹⁷ 2. maddesinin b bendinde de arabağlantı, erişimin özel bir türü olarak yer almaktadır.

Arabağlantı erişimin bir türü olarak alt başlıklarından birini teşkil etse de önemi nedeniyle erişimin yanında zikredilmiş ve ayrıca düzenlemelere konu olmuştur²⁹⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında arabağlantı erişimin bir türü olduğu için mevzuatta erişime ilişkin olarak yer alan genel düzenlemelerin arabağlantı sözleşmelerine ilişkin olarak da bu konuda özel bir düzenleme bulunmadıkça uygulanacağı vurgulanmalıdır²⁹⁹. Mevzuata bakıldığında doğrudan kullanıcıların haberleşme hürriyetini etkilemesi ve kamusal yönü olması sebebiyle arabağlantı sözleşmesinin diğer erişim sözleşmelerine kıyasla elektronik haberleşme mevzuatında daha ayrıntılı olarak düzenlendiği ve taraf iradelerine daha fazla müdahale edildiği görülmektedir. Bunun nedeni genel anlamda işletmecilere erişim yükümlülüğü getirilmesindeki temel mantık piyasada etkin rekabetin sağlanması iken arabağlantının bunun yanı sıra zorunlu unsur teşkil etmedir³⁰⁰. Yerel şebekeye erişim gibi zorunlu unsur sayılan ve ekonomik olarak yapılması imkânsız alt yapı elemanları dışında diğer altyapı unsurları genellikle büyük yatırımlar yapılarak sağlanabilir. Ancak istenildiği kadar altyapı yatırımı yapılsın arabağlantı

²⁹⁵ Berger, a.g.e., s. 7; Imping, a.g.e., s. 12; Ünver, **AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri**, s. 95.

²⁹⁶ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 336, 337; Imping, **a.g.e.**, s. 12.

²⁹⁷ Directive 2002/19/EC of The European Parliament and of the Council. of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive) (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0019&from=EN> Erişim tarihi: 5.7.2019.

²⁹⁸ Ayrıca arabağlantının erişimin en yaygın türü olduğu hakkında bkz. Ünver, Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi, s. 807.

²⁹⁹ Bu durum EHK m. 15'in gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Arabağlantı ve ulusal dolaşım erişim kapsamında olup, erişim için öngörülen düzenlemelere tabidirler.*" Çevrimiçi http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=51fr2zp1a_14&pkanunlarno=68604&pkanunnumarasi=5809 (Erişim Tarihi: 5.7.2019).

³⁰⁰ McCormack, **a.g.e.**, s. 397.

kurulmadığı durumda işletmecinin kullanıcıları diğer işletmecinin kullanıcıları ile iletişim kuramayacaktır.

Arabağlantının, erişimin diğer türlerine kıyasla son kullanıcıların haberleşme özgürlüğünü doğrudan etkilemesindeki rolü, elektronik haberleşme mevzuatı kapsamında işletmecilere getirilen yükümlülöklere de yansımıştır. Yalnızca etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere erişim sağlama yükümlölüğü getirilirken, arabağlantı yükümlölüğü etkin piyasa gücüne sahip olmasından bağımsız olarak tüm işletmecilere getirilebilmektedir. Keza EHK m. 16/f. 2 uyarınca arabağlantı konusunda işletmecilerin talep gelmesi durumunda birbirleriyle müzakere etme yükümlölüğü bulunurken diğer erişim türleri için işletmecilere bu yönde bir yükümlölük getirilmemiştir.

B. Roaming ve Arabağlantı Kavramlarının Karşılaştırılması

Arabağlantı ve roaming (dolaşım) kavramları çoğu zaman karıştırılarak birbirleri yerine kullanılmaktadır³⁰¹. Bunun nedeni her ikisinin de erişimin bir türü olmasının yanı sıra 406 sayılı Kanun'un mülga 10. maddesinde roaming ve arabağlantı sağlama yükümlölüğünün birlikte düzenlenmesi de olabilir. Aşağıda, bu iki kavram karşılaştırmalı bir şekilde açıklanarak kavram karmaşası giderilmeye çalışılacaktır.

Roaming, 406 sayılı Kanunda değışiklik yapan 4502 sayılı Kanunla mevzuatımıza girmiştir. Ancak EHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte EHK m. 66/f. 3 uyarınca 4502 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığı için 406 sayılı Kanundaki roaminge ilişkin düzenlemeler de mülga olmuştur.

³⁰¹ Aynı eleştiri için bkz. Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 80. Bu durumun 406 sayılı Kanun'da yer alan roaming tanımından kaynaklandığına ilişkin olarak bkz. Pelin Şanlı, "Telekomünikasyon Hukukunda Roaming", **TAAD**, S:9, Y: 3, 2012, s. 323.

Yukarıda bahsedildiği üzere roaming, bir işletmecinin hali hazırda altyapısı kurulmuş başka bir işletmecinin altyapısından o işletmeciye ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında yararlanmasıdır³⁰². Mobil şebeke teknolojisinin gelişmesiyle ortaya çıkan roaming sayesinde mobil telefon kullanıcılarının ülke dışındayken de başka işletmeciler üzerinden başka işletmeciler üzerinden iletişim hizmeti almasını mümkün kılmıştır³⁰³.

Mülga 4502 sayılı Kanun ile 406 sayılı Kanunun 10. maddesinde roaminge ilişkin özel düzenleme getirilmiş ve kanunda arabağlantı sağlama yükümlülüğü ile birlikte roaming sağlama yükümlülüğünden bahsedilmişti³⁰⁴. Ancak 5809 sayılı EHK'nın yürürlüğe girmesiyle bu madde yürürlükten kaldırılmıştır. Roaming ulusal dolaşım adı altında EHK m. 15/f. 1'in (f) bendinde "*Ulusal dolaşım da dahil olmak üzere sabit ve mobil şebekelere erişim*" olarak erişim türleri arasında sayılmıştır. EHK'da ve ikincil mevzuatı niteliğindeki EAY'de roaming sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, roaming sözleşmelerine erişim sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemeler³⁰⁵ uygulanacaktır.

³⁰² Hizmeti sağlayacak olan işletmecinin hizmeti talep eden işletmeciye daha geniş bir alanda hizmet verme imkânı sağlaması kendi rakibine bir avantaj yaratması anlamına geleceğinden hizmet sağlayacak işletmeci genelde yüksek ücretler talep etmiştir. (Başak Deprem, "Roaming (Dolaşım) Sözleşmesi", **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006, s. 80, 87).

³⁰³ Kuddusi Yazıcı, Emin Sadık Aydın, **Uluslararası Dolaşım Hizmetinin Düzenlenmesi Avrupa Birliği ve Türkiye Uygulamaları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2008, s. 17.

³⁰⁴ 406 sayılı Kanun'un mülga 10. maddesinin 5. ve 6. fıkraları şu şekildedir: "*Bu Madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.*"

Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir."

³⁰⁵ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği (R.G. 8.9.2009/27343) m. 24 uyarınca Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Roaming talep eden işletmecinin kullanıcıları roaming sağlayan işletmeci tarafından kullanılan tanımlamayla donatılmakta ve böylelikle kendi cihazlarıyla roaming sağlayan işletmecinin şebekesine giriş yapabilmektedir³⁰⁶. İşletmeciler, günlük hayatta “çekmiyor” ya da “kapsama alanı dışında” olarak tabir edilen ağ veya altyapı yetersizliğini gidermek için roaming sözleşmesi imzalayarak altyapısı güçlü işletmecilerin şebeke altyapılarını kullanarak kullanıcılarına fiilen daha geniş bir kapsama alanında hizmet sunmaktadırlar. Böylece çok yüksek olan altyapı yatırım maliyetlerinin bir kısmından kurtulmuş olurlar. Bu durum aynı zamanda roaming sağlayan işletmeci için de -roaming sağladığı sözleşmenin karşı tarafından bir ücret alacağı için- altyapıya harcadığı yatırım maliyetinin bir kısmının karşılanmasını sağlar. Bunun yanı sıra hiç alt yapısı olmayan veya alt yapısı yetersiz olan bir işletmeci dahi roaming sözleşmesi yaparak kullanıcılarına hizmet sağlayabilecek ve sektöre girebilecektir³⁰⁷. Kısacası roaming sayesinde bir işletmeci, kendi ağ altyapısının olmadığı yerlerde de kullanıcılarına mobil iletişim hizmetlerini sağlamış olur.

Bu şekilde roaming sayesinde hem piyasaya yeni girişler teşvik edildiğinden hem de piyasada var olan işletmeci kapsama alanını genişleterek kullanıcılarına daha kaliteli bir hizmet sunacağından, roaming rekabetin sağlanmasını ve arttırılmasını sağlar³⁰⁸. Bu durum da son tahlilde tüketiciye yansımakta ve tüketicilerin daha uygun bir ücret karşılığı daha kaliteli hizmet almasına sebep olmaktadır.

Kapsadığı alana göre roaming bölgesel, ulusal ve uluslararası roaming olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bölgesel dolaşım aynı ülke içinde faaliyet gösteren ancak faaliyet gösterdikleri alanlar çakışmayan iki işletmeci arasında söz konusu olmaktadır. Federal bir devlet olduğu için mobil haberleşme (cep telefonu) işletmeciliğine ilişkin lisansın bölgesel olarak verildiği ABD’de eyaletler arasında

³⁰⁶ Deprem, **a.g.e.**, s. 88

³⁰⁷ Şanlı, **a.g.e.**, s. 317.

³⁰⁸ Deprem, **a.g.e.**, s. 87.

bölgesel dolaşım sözleşmeleri kurulmaktadır³⁰⁹. Bölgesel dolaşım sayesinde kullanıcılar, kendi işletmecisinin lisans bölgesi dışında da elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanabilmektedir. Bizim ülkemizde mobil haberleşme işletmeciliğine ilişkin kullanım izinleri ülke çapında verildiği için bölgesel dolaşıma ihtiyaç duyulmamaktadır.

Uluslararası roaming ise farklı ülkelerde faaliyet gösteren iki işletmeci arasında söz konusu olmaktadır. İşletmeciler kendi ülkeleri dışında kurulu şebeke altyapılarının bulunmamasından kaynaklı olarak abonelerine elektronik haberleşme hizmeti sunamamaktadır. Kullanıcılarına yurtdışında da hizmet sunmak isteyen işletmeciler, hizmet sunmak istedikleri ülkede faaliyet gösteren işletmecilerin şebeke altyapılarını kullanarak bu durumun önüne geçmektedirler Uluslararası roaming sayesinde bir işletmecinin aboneleri yurtdışında başka bir işletmecinin sunduğu altyapı hizmetlerinden o işletmecinin kapsama alanı içindeyken yararlanmaktadır³¹⁰. Kullanıcı, cep telefonundan müşterisi olduğu işletmecinin daha önceden uluslararası roaming sözleşmesi yaptığı yurtdışındaki işletmecilerden birini seçerek onun şebekesi üzerinden elektronik haberleşme hizmeti satın alır³¹¹. Uluslararası roaming bir kullanıcının yurtdışında iken cep telefonunu kullanarak görüşme yapabilmesini ve elektronik haberleşme hizmetlerinden faydalanabilmesini sağlar. Uluslararası roaming sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı ve sözleşme kapsamında roaming talep edenin roaming sağlayan işletmeciye ödeyeceği ücret Dünya Telekomünikasyon Örgütü tarafından belirlenmektedir³¹².

Bölgesel dolaşım ve uluslararası dolaşımda roaming sözleşmesi yapan iki işletmeci farklı coğrafi pazarlarda yetkili olduklarından aralarında rekabet kaygısı olmadığı için roaming sözleşmesi kurmak onlar için bir iş birliği anlamı taşımaktadır. Ulusal dolaşım sözleşmesinde ise böyle bir durum söz konusu

³⁰⁹ Deprem, **a.g.e.**, s. 79.

³¹⁰ Deprem, **a.g.e.**, s. 77; Okan, **a.g.e.**, s. 39.

³¹¹ Förster, **a.g.e.**, s. 141.

³¹² Şanlı, **a.g.e.**, s. 336.

değildir. Ulusal dolaşım sözleşmesi her ikisi de aynı ülke içerisinde faaliyet gösterdiğinden rakip olan iki işletmecisi arasında imzalanır. Aynı coğrafi pazarda faaliyet gösteren bir işletmecinin kullanıcıları diğer işletmecinin altyapı imkanlarından yararlanarak daha geniş bir alanda elektronik haberleşme hizmeti alma imkânı elde eder. EHK kapsamında yalnızca ulusal roaming düzenlenmiştir³¹³.

Roaming sadece mobil şebekeler arasında mümkünken arabağlantı mobil şebekelerin yanında sabit şebekeler, uydu şebekeleri³¹⁴ ve hatta IP arabağlantısı olarak internet³¹⁵ için dahi mümkündür.

Roaming ile arabağlantı arasındaki farkın netleşmesi adına bir örnek vermek gerekirse aynı ülkede faaliyet gösteren (ABC) adlı mobil haberleşme işletmecisi ile (XYZ) adlı mobil haberleşme işletmecisi aralarında roamingin bir türü olan ulusal dolaşım sözleşmesi imzalamış olsunlar. (ABC)'nin kullanıcısı, kendi şebekelerinin kapsama alanı dışında kalan ancak (XYZ) şebekesi tarafından kapsanan alanlarda (XYZ)'nin şebekesini kullanarak adeta (XYZ)'nin bir kullanıcısıymış gibi onun tarafından sağlanan elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanabilecektir. Burada (ABC) mobil işletmecisi kapsama alanı dışında kalan alanlarda devreden çıkmaktadır. Arabağlantıda ise kullanıcı cihazı ile kendi şebekesi üzerinden bir başka şebeke ile bağlantı kurarak o şebekenin kullanıcılarına erişebilmekte ya da hizmetlerinden yararlanmaktadır. Arabağlantı kurulmadığı takdirde farklı şebeke kullanıcılarının haberleşmesinin imkânı yoktur. Roaming sözleşmesi kapsamında kullanıcı cihazı ile kendi operatörünün şebekesi dışında üçüncü bir operatörün şebekesine bağlanarak o üçüncü operatörün sunduğu hizmetlerden yararlanmaktadır. Bu bağlamda bir işletmecisi başka bir işletmecisi ile roaming

³¹³ Mobil haberleşmeye ilişkin kullanım izni ülke çapında verildiğinden bölgesel dolaşım ülkemizde söz konusu değildir. Uluslararası dolaşım sözleşmeleri de Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (International Telecommunication Union) tarafından belirlenen kurallara tabi olduğundan EHK kapsamında yalnızca ulusal dolaşımın düzenlenmesi yerindedir.

³¹⁴ Simon Faivre, **Der Telekommunikationsvertrag**, Stämpfli AG, Publikationen, Bern, 2005, s.52.

³¹⁵ Müberra Güngör, Gökhan Evren, **İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri**, Telekomünikasyon Kurumu Tarifeler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2002, s. 18 (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/internet-sektoru-ve-turkiye-incelemeleri.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

sözleşmesi yaparak kendi aboneleri arasındaki iletişimi de roaming sağlayan işletmecinin altyapısı üzerinden gerçekleştirebilir³¹⁶. Roaming sağlayan operatör kendi altyapısı üzerinden haberleşme sağlayan kullanıcının diğer işletmecilerin kullanıcılarıyla iletişimini de kurduğu arabağlantı sözleşmeleri sayesinde gerçekleştirir.

Roaming sözleşmesi imzalanmadığı takdirde bu durum roaming talep eden işletmeci bakımından yalnızca ekonomik anlamda bir mağduriyet yaratacaktır³¹⁷. Çünkü roaming talep eden işletmeci yüksek maliyetli altyapı yatırımları yapmak zorunda kalarak şebekesinin kapsama alanını genişletme imkânına sahiptir. Ancak böyle bir durumun söz konusu işletmecinin ekonomik olarak zararına yol açması da mümkündür. Dolayısıyla roaming de bir erişim türü olduğu için yukarıda bahsettiğimiz erişim yükümlülüğü kapsamında etkin piyasa gücüne sahip bir işletmeciye, kendisine yapılan roaming teklifini kabul etmemesinin sonucunun rekabet ortamının oluşumunu engellediği öne sürülerek BTK tarafından roaming sağlama yükümlülüğü getirilebilecektir.

Arabağlantı bakımından durum farklıdır. Bir işletmeciye arabağlantı sağlanmadığı takdirde bu durumda işletmecinin kullanıcıları diğer şebekelerin kullanıcıları ile iletişime geçemeyeceğinden, her iki işletmecinin kullanıcısının haberleşme özgürlüğü kısıtlanacaktır. Arabağlantı kurulmasında karşı tarafın şebekesi ile işletmecinin şebekesi arasında bir irtibatlandırma söz konusu olduğundan arabağlantı talep eden işletmecinin gerekli yatırımları yaparak kurabileceği altyapısal bir alternatifi yoktur. Dolayısıyla, Roaming sözleşmeleri ticari kaygılarla yapılırken arabağlantı sözleşmelerinin hem ticari hem de kamusal yönü mevcuttur. Bu kritik önemi yüzünden kanun koyucu arabağlantıyı diğer erişim türlerinden farklı olarak ayrıca düzenlemiştir.

³¹⁶ Şanlı, **a.g.e.**, s. 325.

³¹⁷ A.y. Ulusoy, **a.g.e.**, s. 87.

VII. Arabağlantı Sözleşmesinin Unsurları

A. Genel Olarak

Arabağlantı kavramı, EHK’da isim olarak zikredilmekle birlikte arabağlantı sözleşmesi ifadesi yalnızca Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin “*Erişim ve Arabağlantı Sözleşmelerinin Kuruma Sunulması ve Aleniyeti*” başlıklı 19. maddesinde yer almaktadır. İsim olarak yer almakla birlikte Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde de EHK’da olduğu gibi sözleşmenin esaslı unsurlarının neler olduğuna ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

Herhangi bir kanunda esaslı unsurları düzenlenmiş bir sözleşme, isimli sözleşme olarak nitelendirilmektedir³¹⁸. Buna karşılık, kanunda sadece ismen zikredilip esaslı unsurları (*essentialia negotii*) düzenlenmemiş bir sözleşme isimli sözleşme olarak kabul edilemeyeceğinden³¹⁹ arabağlantı sözleşmesinin tipik veya isimli sözleşme olarak kabulü mümkün değildir³²⁰. İsimsiz bir sözleşme olması ve esaslı unsurlarını tayin etmeye yarayacak kanuni düzenleme bulunmaması nedeniyle arabağlantı sözleşmesinin esaslı unsurlarını tespit etmek için arabağlantı

³¹⁸ Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHFİM**, C. LV, 1996, s. 263; Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 5. Ayrıca yazar, *isimli-isimsiz* sözleşme ayrımının *tipik-atipik* sözleşme ayrımından farklı olduğunu vurgulayarak, ilk ayırmada sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunda düzenlenmiş olup olmadığının, ikinci ayırmada ise sözleşmenin tipleşmiş olup olmadığının esas alındığını belirtmektedir. Dolayısıyla herhangi bir kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmenin uygulama kapsamında aynı tipte yapılması sonucu tipikleşebileceğini belirtmektedir. Bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 9 vd..

³¹⁹ Bir sözleşmenin isimli sözleşme sayılması için sözleşmenin kanunda isminin geçmesi yeterli olmadığı; sözleşmenin en azından esaslı unsurlarının kanunda düzenlenmiş olması gerektiği hk. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 4; Oktay, **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği**, s. 264; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C:1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 4.

³²⁰ Aynı yönde bkz. Bülter, **a.g.e.**, s. 138; 5809 sayılı EHK öncesinde yürürlükte bulunan 406 ve 2813 sayılı kanunlarda da arabağlantı sözleşmesinin tanımı yapılmadığı gibi tarafların hak ve yükümlülüklerine dair hüküm bulunmadığından arabağlantı sözleşmesinin bir isimsiz sözleşme olduğu tespitine ilişkin bkz. Ünver, **Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi**, s. 825.

teriminin teknik karşılığında yararlanmak iş hayatı uygulamasındaki sözleşme düzenlemelerine bakmak gereklidir³²¹.

Arabağlantı sözleşmesi farklı işletmecilerin kullanıcıları arasında elektronik haberleşmenin sağlanması ve kullanıcıların kendi işletmecileri dışında başka işletmeciler tarafından sunulan elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanması amacıyla yapılmaktadır. EHK m. 3'teki tanım uyarınca elektronik haberleşme ile *“Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması”* ifade edilmektedir.

Tanımdan çıkan iki önemli sonuç vardır. Bunlardan ilki elektrik sinyallerine dönüştürülebildiği sürece her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve veri elektronik haberleşmenin konusu, bir başka deyişle ileti olabileceği; ikincisi ise iletinin taşınacağı iletim araçlarının sınırlı sayıda olmadığıdır. Bu bağlamda elektronik haberleşmenin en eski ve temel şekli olan ses hizmetinin yanı sıra kısa mesaj gönderimi, görüntülü çağrı iletimi, internet üzerinden veri iletimi de elektronik haberleşme kapsamında arabağlantı hizmetinin konusu olabilir. Uygulamada arabağlantı yaygın olarak sabit ve mobil telefon şebekesi işletmecileri arasında yapıldığından arabağlantı sözleşmelerinin büyük çoğunluğunun konusunu telefon hizmetlerinin³²² sunulması oluşturmaktadır. Telefon şebeke işletmecileri arasında kurulan arabağlantı sözleşmelerinde sözleşmenin konusu şebekeler arası arabağlantı kurulması ve sözleşme süresi boyunca arabağlantı hizmetleri olan çağrı trafiğinin taşınması, çağrının başlatılması, iletilmesi veya sonlandırılması edimlerinden birinin veya bazılarının gerçekleştirilmesi şeklinde olabilir³²³. Taraf

³²¹ İsimsiz sözleşmelerin esaslı unsurlarının tespiti hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 165; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 250.

³²² Telefon hizmeti, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği m. 3'te “Elektronik Haberleşme şebekelerindeki bir noktadan başlayan ve/veya bu şebekelerdeki bir noktada sonlanan ve kamuya ticarî olarak sunulan ses hizmetleri” olarak tanımlanmıştır.

³²³ Arabağlantının çağrı başlatma, iletmeye (transit) ve çağrı sonlandırılması şeklinde gerçekleştirilmesi devre anahtarlamalı şebeke (circuit switched networks) sistemlerinde geçerlidir. Devre anahtarlamalı şebekeler sabit ve mobil telefonlarda kullanılan teknolojilerdir.

iradeleri uyarınca sözleşme yalnızca bir tarafın çağrı trafiğini iletmesi ve karşı tarafın bunun karşılığında bir bedel ödemesi taahhütlerinde bulunmaları şeklinde kurulabileceği gibi; iki tarafın da birbirine karşılıklı olarak çağrı trafiğinin iletilmesi ve karşılığında bedel ödeme taahhüdünde bulunması şeklinde de kurulabilir³²⁴.

Doktrin ve uygulamada yalnızca sözleşmenin bir tarafının arabağlantı hizmeti sağlama borcu altına girdiği arabağlantı sözleşmelerine tek taraflı; her iki tarafının da birbirine arabağlantı hizmeti sağlama borcu altına girdiği sözleşmelere ise çift taraflı arabağlantı sözleşmeleri denmektedir³²⁵. Bu kullanım, sözleşme taraflarının yalnız birinin ya da her ikisinin birden borç altına girmesine göre yapılan tek taraflı çift taraflı sözleşme ayrımını, tam ifadesiyle tek tarafa borç yükleyen – iki tarafa borç yükleyen sözleşme ayrımını çağrıştırdığı için karışıklığa yol açabilecektir. Zira, bir arabağlantı sözleşmesinde arabağlantı hizmetinin sağlanmasının yalnızca sözleşmenin taraflarından birinin borcunu teşkil ettiği durumlarda dahi karşı taraf bir bedel ödeme borcu altında bulunduğu için iki tarafa borç yükleyen, hatta bu borçlar birbirlerine karşılıklı taahhüt edildiği için karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Dolayısıyla herhangi bir kavram karmaşasına yol açmamak adına biz, yalnızca bir tarafın arabağlantı hizmeti sağlama borcu altına girdiği arabağlantı sözleşmelerine “*tek yönlü arabağlantı sözleşmesi*”; her iki tarafının da birbirine arabağlantı hizmeti sağlama borcu altına girdiği sözleşmelere ise “*iki yönlü arabağlantı sözleşmesi*” demeyi tercih ediyoruz³²⁶.

İnternet şebekeleri ise paket anahtarlama şebekeleri (packet switched networks) olup, bu şebekelerdeki arabağlantı ise IP interconnection olarak adlandırılmakta internet sağlayıcılarının birbirlerinin kullanıcılarına ve birbirlerinin şebekelerinde sunulan içeriklere ulaşmalarını sağlamaktadır. Bkz. McCormack, **a.g.e.**, s. 400-403.

³²⁴ Ünver, Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi, s. 826.

³²⁵ Ünver, Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi, s. 830.

³²⁶ Benzer şekilde *Yücel* de, sözleşmenin bir tarafının diğerinin elektronik haberleşme ve/veya şebeke altyapısından yararlandığı erişim sözleşmelerini tek yönlü her iki tarafının da birbirinin diğerinin elektronik haberleşme ve/veya şebeke altyapısından yararlandığı erişim sözleşmelerini çift yönlü sözleşmeler olarak adlandırmaktadır. Bkz. *Yücel*, **a.g.e.**, s. 1385.

Gerek uygulamadaki sıklığı gerek hukukun teknolojik gelişmeler karşısında geriden gelerek ayak uydurması nedeniyle arabağlantı sözleşmesinin konusu doktrinde çağrı trafiğinin iletilmesi olarak belirtilmiş olup sözleşmenin edimleri de buna göre değerlendirilmiştir. Arabağlantının yalnızca telefon şebekelerine özgü bir kavram olmadığını ve EHK’da yapılan arabağlantı tanımının şebeke teknolojisinden bağımsız bir şekilde tüm elektronik haberleşme şebekelerini kapsadığını yukarıda belirtmiştik³²⁷. Dolayısıyla telefon şebekelerinin yanı sıra örneğin internet şebekeleri arasında da arabağlantı kurulması söz konusudur. İnternet şebekeleri söz konusu olduğunda sözleşmenin konusu internet servis sağlayıcıları arasındaki trafiğin taşınması olmaktadır. Yapıldığı şebeke türüne ve bu şebeke üzerinden sunulan hizmete göre arabağlantı sözleşmesinin konusu ve sözleşmenin edimleri değişeceğinden şebeke türünden ve sunulan hizmetten bağımsız bir şekilde sözleşmenin unsurları belirlenmelidir.

Görüldüğü gibi arabağlantı sözleşmesinde işletmeciler bir bedel karşılığında tek yönlü veya iki yönlü olarak kullanıcılarının birbirleriyle iletişimini sağlamak için şebekeleri arasında bağlantı kurmak ve buna ilişkin hizmetleri yerine getirmek konusunda anlaşmaktadırlar. Böylece arabağlantı sözleşmesinin asli edimleri, şebekeler arasında arabağlantı kurulması ve arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi ile bunların mukabilinde ödenen ücrettir. Sözleşmenin tek yönlü ya da iki yönlü şekilde yapılması mümkün olup; tek yönlü olarak yapıldığında sözleşme taraflarından birinin edimi şebekeler arası arabağlantının kurulması ve arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi iken karşı tarafın edimi sadece ücret ödemektir. Sözleşme iki yönlü şekilde yapıldığında ise taraflar karşılıklı olarak birbirlerine arabağlantı hizmeti sağlamakta ve ücrete hak kazanmaktadırlar.

³²⁷ Bkz. “Birinci Bölüm: I. A. Genel Olarak Arabağlantı Kavramı” adlı başlık.

B. Şebekeler Arası Arabağlantının Kurulması ve Sözleşme Süresi Boyunca Şebekelerin Arabağlantı Kurulmuş Şekilde Muhafaza Edilmesi

Arabağlantının gerçekleştirilmesi şebekelerin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlanması olarak ifade edilebilir. Şebekelerin birbirlerine fiziksel olarak bağlandığı noktalara arabağlantı noktaları denmektedir³²⁸. Arabağlantının gerçekleştirilmesi, arabağlantı noktalarının birbirine fiziksel olarak bağlanmasından sonra, iletilerin doğru noktalara taşınması/yönlendirilmesi ve istenen kullanıcıya ulaşması için mantıksal bağlantının kurulmasını da kapsar³²⁹. Çünkü EHK’da yer alan arabağlantı tanımında da vurgulandığı üzere arabağlantının gerçekleştirilmesinin amacı, kullanıcıların irtibatının sağlanması ve şebeke hizmetlerine erişimdir. Bu kapsamda şebekeler arasında arabağlantının gerçekleştirilmesi tek başına yeterli değildir. Gerçekleştirilen arabağlantı belirli bir nitelikte olmalıdır. Şebekeler arasında kurulan arabağlantının bu niteliği, kullanıcılar arasında iletişimin sağlanmasına ve kullanıcıların kendi şebekeleri dışındaki şebekeler tarafından sunulan elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanmasını sağlamaya elverişli olmasıdır³³⁰. Bu yüzden işletmeciler gerçekleştirilen arabağlantı kapsamında, kullanıcı sayısına göre oluşması beklenen haberleşme trafiği miktarını dikkate alarak bu trafiği taşıyabilmek için gereken şebeke kapasitesini sağlamakla da yükümlüdür.

³²⁸ Bülter, **a.g.e.**, s. 134.

³²⁹ Şebekeler arasındaki mantıksal bağlantının kurulması için arabağlantı sağlayan tarafından gerekli programlamaların yapılması (konfigürasyon) gerekmektedir. Bkz. Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 346.

³³⁰ Bülter, **a.g.e.**, s. 158; Doktrinde Ünver, telefon şebekeleri arasında kurulan arabağlantıya ilişkin olarak kurulan arabağlantı sözleşmelerinde sözleşmenin asli edimini çağrılarının iletilmesi olduğu, çağrılarının iletilmesi için yapılacak her türlü işlemin yan edim yükümlülüğü olduğunu belirterek arabağlantının gerçekleştirilmesini sözleşmenin asli edimi olarak kabul etmemiştir. Bkz. Ünver, **Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi**, s. 830. Yan edim yükümlülükleri de asli edimler gibi ifa talebine tek başlarına konu olabileceği için bu niteleme arabağlantı ediminin gerçekleştirilmesinin ifasının tek başına talep edilebilmesi sonucunu değiştirmeyecektir. Ancak yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi durumunda arabağlantının gerçekleştirilmesi edimi sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.

Tarafların şebekeleri arasında fiziksel bağlantının gerçekleştirilmesi için taraflara ait şebeke ve diğer bir takım teknik ekipmanların birbirlerine yakın mesafede bulunması gerekmektedir³³¹. Bu yüzden durumlarda sözleşme taraflarından biri diğerine belirli bir ücret karşılığında fiziksel arabağlantı sağlanması amacıyla kullanması için belirli bir yer tesis eder. Bu durum “*ortak yerleşim*” olarak adlandırılmaktadır³³². Burada, tesis edilen yer bakımından taraflar arasındaki ilişki kira ilişkisine benzer³³³. Çünkü sözleşme taraflarından biri, arabağlantı süresi boyunca bir mekânın kullanımını ivaz karşılığında diğerine bırakmaktadır. Ortak yerleşimde genelde kendisinden arabağlantı talep edilen işletmeci kiralayan, arabağlantı talep eden işletmeci ise kiracı konumundadır³³⁴.

Arabağlantı sağlayan tarafın bir kere fiziksel ve mantıksal arabağlantıyı gerçekleştirmesi gerekmele birlikte sunulan arabağlantı hizmeti sürekli edim niteliğinde olduğundan gerçekleştirilen arabağlantı sözleşme süresi boyunca bu şekilde muhafaza edilmelidir. Bir başka deyişle yalnızca ani edim niteliğindeki arabağlantının gerçekleştirilmiş olması arabağlantı talep eden tarafın sözleşmeden beklediği menfaatler bakımından yeterli değildir³³⁵. Sözleşme kapsamında arabağlantı sağlayan işletmeci veya işletmecilerin edimi sözleşme süresi boyunca kullanıcının kendisinden talep ettiği her an kullanıcıların aralarındaki haberleşmenin gerçekleşmesi ve şebeke kapsamında sunulan hizmetlerin kullanıcıya sunulmasıdır. Dolayısıyla gerçekleştirilen arabağlantı, arabağlantı hizmetlerinin sağlanmasına hazır bir biçimde sözleşme süresi boyunca muhafaza edilmelidir.

³³¹ Bülter, **a.g.e.**, s. 147, 148; Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 352.

³³² Ejder Oruç v.d., **Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı**, Telekomünikasyon Kurumu, (Çevrimiçi), <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/ortak-yerlesim-ve-tesis-paylasimi.pdf> (Erişim tarihi: 5.7.2019).

³³³ Piepenbrock, Müller, **a.g.e.**, s. 346.

³³⁴ Märkl, **a.g.e.**, s. 309.

³³⁵ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 347.

C. Arabağlantı Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi Taahhüdü

Arabağlantı sözleşmesinin kurulmasının amacı genel olarak arabağlantı hizmetlerinin gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla şebekeler arasında arabağlantının gerçekleştirilmiş olması sözleşmenin amacına ulaşmak için gereken bir adımdır. Bu nedenle sözleşmesinin konusu arabağlantının gerçekleştirilmesinin yanında gerçekleştirilen arabağlantı kapsamında arabağlantı hizmetlerinin kullanıcılara sunulmasını da kapsamaktadır. Söz konusu arabağlantı hizmetleri kullanıcıların diğer kullanıcılarla iletişiminin sağlanması için sunulan her türlü hizmet ile kullanıcılara diğer işletmecinin şebekesi üzerinden sunulan tüm hizmetlere erişimi kapsar.

Aralarında arabağlantı kurulan şebekeler üzerinden son kullanıcıya hangi elektronik haberleşme hizmeti sunuluyorsa, arabağlantı kapsamında da şebekeler arasında bu hizmete ilişkin bir faaliyet gerçekleşecektir. Örneğin, işletmeciler arasında kurulan arabağlantı sözleşmesinin konusu ses iletim hizmetlerine yönelik sabit telefon şebekeleri arasında gerçekleşen arabağlantı ise sözleşme kapsamında işletmeciler birbirlerine çağrı başlatma, çağrıların iletilmesi ve sonlandırılması hizmetlerini sunacaklardır. Arabağlantının en geleneksel hali olan ses iletimine özgülenmiş sabit telefon şebekeleri arasındaki şekline göre arabağlantı sağlayan işletmeci tarafından sunulacak hizmet bu üç edimden birine veya ikisine özgülenebilir. Örneğin, iki telefon şebekesi işletmecisinin şebekeleri arasında kurulan “basit arabağlantı” kapsamında taahhüt edilen, tarafların kendi şebekelerinde başlattıkları çağrıları arabağlantı noktasına kadar taşıdıktan sonra diğer işletmeci tarafından bu çağrının kendi şebekesine taşınarak çağrı sonlandırma hizmetinin gerçekleştirilmesidir. Telefon şebekeleri arasında kurulan “transit arabağlantı” kapsamında ise üçüncü bir şebeke çağrı iletimine dahil olmakta ve çağrının başlatıldığı şebekeden çağrının sonlandırılacağı şebekeye çağrıyı taşımaktadır.

Sözleşmenin konusu mobil şebekeler arasında kurulan arabağlantı ise işletmecilerin şebekeleri arasında iletimi gerçekleştirilen ses formundaki iletilerin

yanı sıra kısa mesaj (SMS), fotoğraf, video gibi görüntü içeriği (MMS), görüntülü çağrı gibi iletilerin sunulması söz konusu olacaktır. Bu örnekler her bir şebekeye ve üzerinden sunulan hizmete göre çoğaltılabilir. Bu bağlamda sözleşme kapsamında yerine getirilen arabağlantı hizmeti tek bir elektronik haberleşme hizmetine özgülenez. Teknolojik gelişmelere paralel olarak elektronik haberleşme şebekeleri üzerinden sunulacak yeni hizmetler de şebekeler arasında kurulan arabağlantı kapsamında işletmeciler tarafından birbirlerine sunulacaktır.

Arabağlantı sözleşmelerinde taraflardan birinin diğerine ya da her ikisinin birbirlerine karşı sözleşme süresi boyunca sözleşme kapsamında kararlaştırılmış arabağlantı hizmetlerini yerine getireceğine ilişkin taahhüdü genel bir taahhüttür. Daha açık bir ifadeyle sözleşmede özel olarak hangi elektronik haberleşme iletilerinin (ses, görüntü, veri vb.) ne zaman ve hangi yönde iletileceğine ilişkin bir kararlştırma yapılmamaktadır. Böyle bir hususun kararlştırılması da işin niteliği gereği mümkün değildir. Çünkü sözleşme kurulurken taraflar hangi iletilerin iletileceğini bilmemektedirler ve bilebilecek durumda da değildirler. Bir işletmecinin kullanıcısının diğer işletmecinin kullanıcısıyla ne zaman ve ne şekilde bir elektronik haberleşme kurmak isteyeceği işletmeciler arasında arabağlantı sözleşmesi kurulduğu sırada belli değildir ve belirlenmesi de imkânsızdır. Örneğin, A mobil şebeke işletmecisinin kullanıcısı (X)'in ne zaman B sabit telefon işletmecisinin kullanıcısı (Y)'yi arayacağı belli değildir. Dolayısıyla arabağlantı sözleşmesi kapsamında taraf olan işletmecilerden her biri, kendi kullanıcıları, diğer işletmecinin kullanıcısı ile iletişim kurmak istediğinde bunu gerçekleştirmek adına birbirlerine arabağlantı hizmeti sunmakla yükümlüdürler. Yukarıdaki örnek kapsamında (A) mobil şebeke işletmecisinin kullanıcısı (X), B sabit telefon işletmecisinin kullanıcısı (Y)'yi aradığı zaman B sabit şebekesi çağrı sonlandırma hizmetini yerine getirerek çağrının gerçekleşmesini sağlamalıdır.

Arabağlantı sözleşmeleri incelendiğinde sözleşme kapsamında sunulacak hizmetlerin belirli kalite standartlarının bulunması gerektiğinin kararlştırıldığı

görülmektedir³³⁶. İşletmecilerin kullanıcılar bakımından tercih edilmek için onlara kesintisiz hizmet sunmak istemeleri doğaldır. Bu da yapacakları arabağlantının her bir kullanıcı arasında noktadan noktaya iletişimi sağlamasındaki başarısıyla ilgilidir.

D. Bedel

Arabağlantı sözleşmesi kapsamında yerine getirilen arabağlantı hizmeti karşılığında, sözleşmenin bu hizmeti yerine getiren tarafı ivaza hak kazanmaktadır. Dolayısıyla bedel sözleşmenin esaslı unsuru³³⁷ olup sözleşme kurulurken ücret belirlenebilir olmalıdır³³⁸.

Arabağlantı kapsamında arabağlantı sağlayan işletmeciye bir bedel ödenmesi gerektiği erişim tarifelerini düzenleyen EHK m. 4/ (1) bendi, m. 20 ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği m. 12 hükümlerinden anlaşılmaktadır. EHK m. 4/(1) bendinde ve Yönetmelik m. 12’de de işletmecilerin “*arabağlantı da dahil olmak üzere erişim tarifelerini*” kural olarak serbestçe belirleyecekleri ancak EHK m. 20’de de belirtildiği üzere erişim yükümlüsü işletmecilere, BTK tarafından erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme yükümlülüğü getirilebileceği yer almaktadır.

EHK’da ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde kullanılan “tarife” ve “ücret” ifadelerinden sözleşme bedelinin ifası kapsamında herhangi bir şeyin

³³⁶ Gerçekten de işletmecilerin referans arabağlantı teklifleri incelendiğinde tekliflerin ekinde “*Hizmet Seviyesi Taahhüdü*” bulunduğu görülecektir. Hizmet Seviyesi Taahhüdünde arabağlantı sağlayan işletmecinin şebekesinde yaşanacak ondan kaynaklanan arabağlantı kurulumunda yaşanan gecikmeler ve kurulduktan sonra ortaya çıkan arızalardan dolayı arabağlantı sağlayan işletmecinin üstlenmesi gereken ceza koşulları düzenlenmiştir. Bkz. 26.04.2017 tarihli Turkcell Referans Arabağlantı Teklifi, s. 60 (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/turkcell-rat-26-04-2017.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

³³⁷ Ünver, AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri, s. 126.

³³⁸ Gojayeve, **a.g.e.**, s. 1067; K.y. bkz. Genel olarak ivazlı sözleşmelerde, tarafların ücret ödeneceği hususunda anlaşmalarının ödenecek ücret miktarı olarak kararlaştırılmamış olsa da sözleşmenin kurulması için yeterli sayılacağı hk. bkz. Nomer, **Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi**, s. 2069.

teslimi değil, bir miktar paranın verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Söz konusu ücret arabağlantı sağlayan işletmeciye ödenecektir.

İki yönlü bir arabağlantı sözleşmesi söz konusu olduğunda her iki işletmeci birbirinden aldığı arabağlantı hizmeti kapsamında diğerine ücret ödeyecektir. Taraflar, bu durumda birbirlerine ödeyecekleri ücretlerin mahsup edilmesi durumunda kalan tutarı karşı tarafa ödemektedirler³³⁹.

Arabağlantı sözleşmesi kapsamında ödenecek ücret kalemlerini şebekeler arasında *arabağlantının kurulması için ödenen ücretler* ve *arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi için ödenen ücretler* olarak ikiye ayırabiliriz³⁴⁰.

Arabağlantının kurulması kapsamında ödenecek ücret, genel olarak şebekeler arasında teknik olarak arabağlantının gerçekleşmesi, iletim şebekelerinin hazırlanması ve bu şebekelerin talep eden işletmecinin kullanımına tahsis edilmesi nedeniyle oluşan masraflardır³⁴¹. Arabağlantının gerçekleşmesi için arabağlantı talep eden işletmeciye ait cihazlar arabağlantı sağlayan işletmecinin tesislerine konulmuşsa, arabağlantı talep eden işletmeci ayrıca arabağlantı sağlayan işletmecinin tesislerini kullanması durumunda fiziksel ortak yerleşim ücreti de ödeyecektir³⁴². Bu ücret kalemlerinden bir kısmı sözleşme kapsamında gerçekleştirilen asli edimlere ilişkin olmakla birlikte bir kısmı ise fiziksel ortam yerleşim ücretinde olduğu gibi yan edim yükümlülüklerine ilişkindir.

Arabağlantının kurulması kapsamında ödenecek ücretler önceden belirlenebilen sabit nitelikte masraf kalemleridir. Arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında ödenecek ücretler ise, kullanıcıların talebine bağlı olarak

³³⁹ Bülter, **a.g.e.**, s. 157.

³⁴⁰ Märkl, **a.g.e.**, s. 65.

³⁴¹ Klaus Riehmer, **Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter**, Ed: Gerald Spindler, Köln, Otto-Schmidt Verlag, 2000, s. 401.

³⁴² BTK tarafından işletmecilere arabağlantı sağladıkları işletmecilerin ekipmanlarını masraflarını ödemeleri karşılığında kendi tesislerine koymalarına izin verme yükümlülüğü getirilebilir. Bu duruma ilişkin EHK m. 17/f.2 şu şekildedir: “*Kurum, işletmecilere kendi tesislerinde, diğer işletmecilerin ekipmanları için maliyet esaslı bir bedel karşılığında, başta fiziksel ortak yerleşim olmak üzere her türlü ortak yerleşim sağlama yükümlülüğü getirebilir.*”

sunulan hizmete göre belirlendiğinden değişkendir. İşletmecilerin birbirine sundukları arabaağlantı hizmetleri kullanıcıların talepleri ile doğru orantılıdır. Uygulamada arabaağlantı ücret tarifesi ile kastedilen aslında arabaağlantı kurulması için ödenen sabit ücretler dışında kalan arabaağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin kısımdır. Arabaağlantı hizmetlerinin karşılığı olan ücretin arabaağlantı hizmeti sunan işletmeciye ne şekilde ödeneceğine ilişkin iki yöntem mevcuttur. Bunlar “*arayan tarafın şebekesi öder*” sistemi ile “*faturala ve sakla*” yöntemidir³⁴³.

Arayan tarafın şebekesi öder yönteminde yapılan aramaya ilişkin arabaağlantı ücreti, yapılan aramanın başlatıldığı şebeke tarafından aramanın sonlandırıldığı şebekeye ödenmektedir³⁴⁴. Bu sistemde aranan kullanıcının şebekesi tarafından hiçbir ücret ödenmemektedir³⁴⁵. Ülkemizde ve Avrupa’da uygulanan bu yöntemin sakıncası arabaağlantı sözleşmesinin güçlü tarafı konumundaki daha fazla aboneye sahip olan işletmecinin diğerinden yüksek çağrı sonlandırma ücreti talep etmesidir³⁴⁶. Bu durumun önüne geçmek adına EHK m. 20’de olduğu gibi düzenleyici kurum müdahalesi öngörülerek işletmecilere arabaağlantı ücretlerini maliyet esaslı belirleme yükümlülüğü getirilebilmektedir³⁴⁷.

Arayan tarafın şebekesi öder yönteminde tarafların sözleşme kapsamında birbirlerine ödeyecekleri arabaağlantı ücretlerinin hesaplanmasında “*gelir paylaşımı*” ya da “*dakika başına ücret*” modeli kullanılmaktadır³⁴⁸. *Gelir paylaşımı modelinde* işletmeciler çağrı iletimi kapsamında son kullanıcılardan elde ettikleri gelirlerin belirli bir oranını diğeriyle paylaşmaktadır³⁴⁹. *Gelir paylaşımı modelinde* taraflar birbirlerinin gelirlerine ortak olduğundan ortaya çıkabilecek riski de

³⁴³ Y.y., Geleneksel Arabaağlantıdan IP Arabaağlantıya Geçiş Sürecinde Türkiye Değerlendirmesi, s. 24; Bülter, a.g.e., s. 81, 82.

³⁴⁴ Bülter, a.g.e., s. 24.

³⁴⁵ Marcus, a.g.e., s. 15.

³⁴⁶ Philipp Lust, “Mobile Interconnection”, **International Journal of Communications Law and Policy**, Issue 7, Winter 2002/2003, s. 25; Civelek, a.g.e., s. 40.

³⁴⁷ Söz konusu yükümlülüğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. “Üçüncü Bölüm: I. C. 3. c. (2) Sözleşmede Uygulanacak Ücret Tarifelerini Maliyet Esaslı Belirleme Yükümlülüğü” adlı başlık.

³⁴⁸ Tetrault, a.g.e., s. 133.

³⁴⁹ A.e., s. 133.

bölüşmektedirler. Dakika başına ücret modelinde ise arayan tarafın şebekesi, çağrıyı sonlandıran tarafın şebekesine sonlandırdığı çağrının dakikası başına bir ücret ödemektedir³⁵⁰.

Ülkemizde telefon şebekelerinin arabağlantısına ilişkin geçmişte yapılan bazı sözleşmeler³⁵¹ kapsamındaki arabağlantı ücretinin belirlenmesinde gelir paylaşımı model uygulanmışsa da günümüzde dakika başına ücret modeli uygulanmaktadır³⁵². Bu durum, telefon şebekesi işletmecilerinin referans arabağlantı tekliflerinde de görülmektedir³⁵³.

Faturala ve sakla yönteminde ise her işletmeci arabağlantı hizmetlerinin sunulmasına ilişkin kendi maliyetini kendisi karşılamakta ve birbirlerine sunulan arabağlantı hizmeti için para ödememektedirler. Bu yöntem birbirlerine yakın veri iletim kapasitesine sahip internet şebekeleri arasında internet trafiğinin taşınması amacıyla yapılan Peering Sözleşmelerinde uygulanmaktadır³⁵⁴. Bu yöntemde işletmeciler sunulan arabağlantı hizmeti için birbirlerine para ödemeseler de hizmetin sunulmasından kaynaklanan maliyetlere katlandıkları için sözleşme bedeli, tarafların katlandıkları bu maliyet olarak düşünülmelidir.

E. Tarafların Sözleşmenin Unsurları Üzerinde Karşılıklı Anlaşması

Hukuki bir işlem olan sözleşme, TBK m. 1 uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bir sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun bu irade beyanlarının sözleşmenin esaslı

³⁵⁰ Bülter, **a.g.e.**, s. 82.

³⁵¹ Mobil telefon işletmecileri olan Telsim ve Turkcell ile PTT arasında yapılan sabit telefon şebekeleri ile mobil telefon şebekeleri arasında arabağlantı kurulmasına yönelik 20.8.1993 tarihli GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sözleşmesi'nde gelir paylaşımı modeli uygulanmıştır.

³⁵² Bülter, **a.g.e.**, s. 82. Bkz. Arabağlantı Ücretleri <https://www.btk.gov.tr/arabaglanti-ucretleri>

³⁵³ Bkz. 26.04.2017 tarihli Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ Referans Arabağlantı Teklifi, s. 25 (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/turkcell-rat-26-04-2017.pdf> (Erişim tarihi: 5.7.2019).

³⁵⁴ Y.y, Geleneksel Arabağlantıdan IP Arabağlantıya Geçiş Sürecinde Türkiye Değerlendirmesi, s. 28.

unsurlarının tamamını kapsaması gerekmektedir³⁵⁵(TBK m. 2). Sözleşmenin tarafları bir bedel karşılığında arabağlantının gerçekleştirilmesi ve arabağlantı hizmetlerinin sağlanması hususunda anlaşmalıdır.

Taraflar sözleşmenin esaslı unsurları konusunda anlaşamazlarsa kural olarak arabağlantı sözleşmesi kurulmaz. Ancak borçlar hukukunda temel kural olan sözleşme serbestisinden ayrılarak ve BK’da yer alan tipik sözleşmelerden farklı olarak arabağlantının haberleşme özgürlüğünü etkileyen kamusal yönü göz önünde bulundurularak BTK’ya sözleşmenin kurulamadığı durumlarda taraf iradelerinin yerine geçecek şekilde karar alarak sözleşme hükümlerini belirleme yetkisi verilmiştir³⁵⁶.

Tarafların serbest iradesiyle sözleşmenin kurulamadığı durumlarda sözleşmenin kurulması BTK’ nın bu yöndeki iradesiyle mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda BTK’ nın kararıyla sözleşmenin kurulması için taraflardan birinin uzlaştırma talebiyle BTK’ ya başvurması gerekmektedir (EHK m. 18/f.2). BTK ilgili talebi inceleyerek uzlaştırma sürecinin başlatılmasına karar verir ya da bu talebi reddeder. Talebin reddedildiği durumda taraflar arasında sözleşme kurulmaz. BTK, kendisine yapılan uzlaştırma talebini kabul ettiği takdirde uzlaştırma sürecini başlatır. Uzlaştırma süreci kapsamında taraflar yine anlaşamazlarsa, BTK tarafların üzerinde uzlaşamadıkları hükümleri belirleyerek sözleşmeyi kurar. Burada, BTK’nın iradesi sözleşmenin kurulması yönünde adeta sözleşmeyi kurmak istemeyen tarafın iradesi yerine geçmektedir³⁵⁷. Tarafların anlaşamadıkları konulara ilişkin ise BTK, dilerse bir tarafın görüşü yönünde veya tarafların o konudaki görüşlerinden farklı bir şekilde belirleme yapar. Sonuç olarak işletmeciler

³⁵⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 73; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 231; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 173. K.y. Sözleşme serbestisi gereği, esaslı bir nokta üzerinde hiç anlaşma sağlamasalar dahi eğer sözleşmenin kurulması için sonradan tamamlanması mümkün olmayan içerik üzerinde taraf iradelerinin uyuşması durumunda sözleşmenin kurulacağına ilişkin için bkz. Haluk Nami Nomer, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 1, İzmir Birleşik Matbaacılık Ltd. Şti, 2013, s. 2068.

³⁵⁶ EHK m. 18 kapsamında yürütülen uzlaştırma sürecine ilişkin açıklamalarımız için bkz. “III.A.3.e. İşletmeciler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Kapsamında BTK Tarafından İşletilen Uzlaştırma Prosedürü”.

³⁵⁷ Ünver, **AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri**, s. 129.

arabağlantı sözleşmesinin esaslı unsurlarında anlaşamaları dahi, BTK'nın müdahalesi ile sözleşmenin kurulması söz konusu olabilmektedir.

VIII. Arabağlantı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

A. Arabağlantı Sözleşmesinin Niteliğinin Belirlenmesi Kapsamında Tarafların Asli Yükümlölüklerinin Değerlendirilmesi

Tarafların sözleşme kurarken ileride karşılaşacakları sorunların tümünü öngörerek bunlara uygun çözümleri sözleşmede kararlaştırmaları mümkün değildir. Tarafların karşılaştıkları bir sorunla ilgili sözleşmede herhangi bir düzenleme öngörmemiş oldukları durumda bir sözleşme boşluğu söz konusudur. İsimli sözleşmelerde ortaya çıkacak muhtemel durumlar öngörölerek bunlar kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen, isimsiz sözleşmelerde bu yönde kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır.

Arabağlantı sözleşmesi bir isimsiz sözleşme olup, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespit edilebilmesi için sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu yapılırken de sözleşmenin hükümleri incelenerek tarafların asli edim veya edimlerinin neler olduğu tespit edilmelidir³⁵⁸. Asli edimlerden hareketle sözleşmenin niteliği belirlenmeli, sözleşmenin niteliği kapsamında da sözleşmeye uygulanacak hükümler bulunmalıdır.

Bir arabağlantı sözleşmesi incelendiğinde arabağlantı sağlamayı taahhüt eden tarafın ya da tarafların sözleşme kapsamında sözleşmenin amacı olan iletişim trafiğinin gerçekleştirilmesi için birçok işi yapmayı üstlendiği görölmektedir. Sözleşme kapsamında, işletmecilerin şebekelerinin arabağlantı noktalarından birbirine irtibatlandırılması ve bu irtibatlandırma için tarafların şebekelerinin uyumlu hale getirilmesi, taraf veya taraflarca arabağlantı hizmetlerinin sunulması ve bunun için gerekli çağrı ve/veya veri taşıma kapasitesinin hazır hale getirilmesi, arabağlantı talep eden tarafın veya tarafların çağrı ve/veya veri iletimi için diğerinin

³⁵⁸ Oktay, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği*, s. 264, 265.

altyapı unsurlarından sözleşme süresi boyunca yararlandırılması, ortak yerleşimin sağlanması, taraflarca karşılıklı bilgi verilmesi ve arıza bildirimi yapılması gibi bir çok edim karşımıza çıkmaktadır³⁵⁹. Bu edimlerin bir kısmı asli, bir kısmı yan edim yükümlülükleri olup bir kısmı da sadece yan yükümlülüklerdir. Sözleşmenin niteliğini tespit etmek bakımından yalnızca asli edimler dikkate alınacaktır. Sözleşmenin amacı da dikkate alındığında asli edimlerin, bir bedel karşılığında şebekeler arasında arabağlantının gerçekleştirilmesi ve taraflardan biri ya da her ikisi tarafından arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi olduğu görülecektir³⁶⁰. Bedel ödeme borcu sözleşmenin niteliğini tek başına belirlemeye yarayacak tipik bir edim niteliğinde olmadığından sözleşmenin niteliği bedel ödeme borcu dışında kalan asli edim veya edimlere göre belirlenecektir.

1. Arabağlantının Gerçekleştirilmesi ve Sözleşme Süresi Boyunca Şebekelerin Bu Şekilde Muhafaza Edilmesi Ediminin Değerlendirilmesi

Arabağlantının gerçekleştirilmesi kapsamında şebekelerin fiziksel ve mantıksal irtibatlandırılması bir iş görme edimidir. Gerek fiziksel arabağlantının gerçekleştirilmesi gerek çağrılarının doğru noktalara iletilmesi için gerekli programlama çalışmalarının yapılması sonuca yönelik iş görme edimleridir. Burada sonuç fiziksel ve mantıksal arabağlantının kurulmuş olmasıdır. Dolayısıyla

³⁵⁹ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 354-395.

¹⁹⁰ A.y. bkz. Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 346.; Arabağlantı sözleşmesinde arabağlantı sağlayan asli edimlerin neler olduğu hususunda doktrinde tam bir açıklık söz konusu değildir. Sözleşmede arabağlantı sağlayan tarafın asli edimlerinin arabağlantının teknik olarak gerçekleştirilmesi (arabağlantı talep eden tarafla sağlayan tarafın şebekelerinin birbirine bağlanması), arabağlantı sağlayanın kendi şebekelerinin kullanılabilmesi için gerekli altyapıyı ve yeterli kapasiteyi hazırlamak ve sözleşme süresi boyunca bunları diğer işletmecinin kullanımına hazır bulundurmak ve sözleşmenin karşı tarafının kullanıcılarından gelen çağrıları kendi şebekesi üzerinden son kullanıcılara iletmek olarak üçe ayırmıştır. Bkz. Märkl, **a.g.e.** s. 303; Ünver ise arabağlantı sözleşmesindeki asli edimin çağrıların belirli bir ücret karşılığında iletilmesi taahhüdü olduğunu belirtmektedir. Yazara göre çağrıların iletilmesi dışında kalan ve çağrıların iletilmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü teknik iş yan edim yükümlülüğüdür. Bkz. Ünver, **Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi**, s. 826.

arabağlantının gerçekleştirilmesi bir edim sonucu olarak görülebileceğinden 'eser' olarak kabul edilebilecektir^{361, 362}.

Fiziksel arabağlantının gerçekleşmesi kapsamında yapılan ortak yerleşim tek başına bir asli edim olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla ortak yerleşim kapsamında ortaya çıkan kira ilişkisi sözleşmenin niteliğinin tespitinde dikkate alınmayacaktır³⁶³.

Arabağlantı sözleşmesi kapsamında şebekelerin fiziksel ve mantıksal olarak irtibatlandırılmış olması ile arabağlantının gerçekleştirilmesi edimi tamamlanmaz. Arabağlantı kapsamında sunulan hizmetlerin sözleşme süresi boyunca kesintisiz biçimde sağlanabilmesi için gerçekleştirilen arabağlantının bu şekilde muhafaza edilmesi gerekmektedir. Arabağlantının gerçekleştirilmesi ani bir edim olsa da şebekelerin sözleşme süresi boyunca arabağlantı gerçekleştirilmiş bir şekilde muhafaza edilmesi sürekli edimdir. Bu durum arabağlantının gerçekleştirilmesi ediminin özgülendiği "eser" niteliğiyle ters düşmektedir. Çünkü eser sözleşmelerinde yüklenici iş görme faaliyeti sonucu bir eser teslim etmeyi dolayısıyla bir edim sonucunu borçlanır³⁶⁴. Eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir ve yüklenicinin borcu, bir işin görülmesi değil, o işin sonucu meydana gelen eserin teslim edilmesidir. Dolayısıyla arabağlantı sözleşmesinde şebekelerin birbirlerine bağlanarak arabağlantının kurulması ile bu sonuç edimi gerçekleştirilmiştir. Ancak arabağlantı sağlayan şebekeler arasında arabağlantının sağlanması edimi yanında şebekelerin sözleşme süresi boyunca arabağlantı kurulmuş bir şekilde şebekeler arası çağrı trafiğine hazır bulundurmakla da

³⁶¹ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 347, 348; Märkl, **a.g.e.**, s. 304.

³⁶² Mantıksal arabağlantının kurulması da bir edim sonucu olup eser olarak nitelendirilmelidir. Eser olarak ortaya çıkan sonucun mutlaka maddi bir varlığının bulunması gerekmemektedir. İş görme fiili sonucu ortaya çıkan edim sonucunun bir bütünlük arz ettiği, objektif olarak tespit edildiği ve belirli ölçüde bir cisme yansıtılabildiği durumlarda maddi varlığı bulunmasa dahi eser olarak nitelendirileceğine ilişkin bkz. Zekeriya Kurşat, "Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü", **İÜHFM**, C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 149.?

³⁶³ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 352.

³⁶⁴ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 9.

yükümlüdür³⁶⁵. Bu bağlamda sözleşme süresi boyunca şebekelerin bu şekilde bulunması için gerekli teknik desteği sağlamalı ve arabağlantı talep eden tarafa sözleşme süresi boyunca kesintisiz bir şekilde kendi şebekesine erişim sağlamalıdır³⁶⁶. Burada arabağlantı kurulması eser niteliğinde olsa da arabağlantı sözleşmesinin niteliği düşünüldüğünde belirleyici olan kurulmuş olan arabağlantının sözleşme süresi boyunca bu şekilde kalması olup, sürekli işgörme edimi niteliğindeki bu durum sözleşmeyi vekâlet sözleşmesine yaklaştırmaktadır³⁶⁷. Sonuç olarak arabağlantının gerçekleştirilmesi şeklindeki edim doğrudan tipik bir sözleşmenin asli edimine özgülmemektedir.

2. Arabağlantı Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi Ediminin Değerlendirilmesi

Arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi edimi kapsamında taraflar farklı şebeke kullanıcıları arasında elektronik haberleşmenin gerçekleşmesi adına kullanıcılar tarafından gönderilen elektronik haberleşme iletilerini şebekeler arasında taşımaktadırlar. Elektronik haberleşme iletilerinin taşınması bir işgörme edimidir. Taraflar, sözleşme süresi boyunca kullanıcılar bir ileti gönderdiğinde, bu iletiyi birbirlerinin şebekesi arasında taşıyacağına ilişkin birbirlerine taahhüt vermektedirler. Bir iletinin bir şebekeden diğerine taşınması işi tek başına değerlendirildiğinde bir edim sonucudur. Ancak sözleşme kapsamında taraflar arasında sözleşme kurulduğu sırada belirli elektronik haberleşme iletinin taşınmasına ilişkin bir taahhüt bulunmamaktadır. Aksine taraflar herhangi bir zamanda herhangi bir kullanıcı tarafından gönderilecek herhangi bir iletinin sözleşme süresi boyunca taşınmasını üstlenmektedirler. Bu sebeple burada eser sözleşmesinin tipik özelliği olan taahhüt edilmiş bir sonucun gerçekleştirilmesi unsurundan çok sürekliliğin ön planda olduğu bir işgörme borcu söz konusudur³⁶⁸. Edimin sürekliliği ve en başından belli olmaması bu edimi vekalet sözleşmesinde

³⁶⁵ Märkl, **a.g.e.**, s. 304.

³⁶⁶ Märkl, **a.g.e.**, s. 304; Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 346.

³⁶⁷ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 347.

³⁶⁸ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 350.

vekalet alanın iş görme edimine yaklaştırmaktadır. Örneğin sabit veya mobil telefon işletmecileri arasında yapılan bir arabağlantı sözleşmesinde, elektronik haberleşme iletisi olarak çağrılar taşıyan işletmeci vekalet verene, ise arabağlantı sözleşmesi kapsamında çağrılar taşıyan işletmeci ise vekile benzetilebilir.

Elektronik haberleşme iletilerinin taşınması edimine ilişkin değerlendirilmesi gereken bir husus daha vardır. Sözleşmenin unsurlarını incelerken belirttiğimiz üzere sözleşmede sunulacak arabağlantı hizmeti kapsamında yerine getirilen hizmete ilişkin bir başarı oranı kararlaştırılabilir³⁶⁹. Sözleşme kurulurken taraflar arasında gelecekte yapılacak her bir taşıma işleminin toplamı göz önünde bulundurularak başarılı olarak taşınan iletiler için bir oran verilmesi bir sonuç taahhüdü teşkil eder. Bu sonuç taahhüdüne uyulamaması ayıp teşkil edecektir. Çünkü taraflar birbirlerine verdikleri oranları hizmet kalitesi ile özdeşleştirmektedir. Dolayısıyla burada niteliği etkileyen nicelik söz konusudur. Eser sözleşmeleri ile vekalet sözleşmeleri arasındaki en önemli farklardan birisi eser sözleşmelerinde kötü ifa “ayıp” olarak nitelendirilirken, vekalet sözleşmelerinde bir sonuç taahhüdü olmadığı için ayıbın söz konusu olmamasıdır³⁷⁰. Vekalet sözleşmelerinde edim sadece özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. Arabağlantı sözleşmelerinde yer alan arabağlantı hizmetine ilişkin başarı oranı bu bağlamda vekalet sözleşmesine yabancı olup eser sözleşmesine ilişkin bir unsur olarak değerlendirilmelidir³⁷¹.

Görüldüğü üzere arabağlantı sözleşmesinin asli edimleri değerlendirildiğinde eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinden baskın olarak izler taşımakla birlikte doğrudan birine ait değildir. Daha doğru bir ifadeyle tek bir asli edimin yerine getirilmesi için hem sonuç borcu doğuran eser sözleşmesinden hem de sürekli işgörme borcu doğuran vekalet sözleşmesinden unsurlar

³⁶⁹ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 350.

³⁷⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 156.

³⁷¹ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 351; Arabağlantı sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen kendine özgü yapılanma içerisinde sürekli borç ilişkisi doğuran kendine özgü sözleşme olduğuna ilişkin bkz. Bülter, **a.g.e.**, s. 193-195;

görülebilmektedir. Ancak bu edimler ne eser ne de vekalet sözleşmesiyle tek başına açıklanabilmektedir. Dolayısıyla, burada isimsiz bir sözleşme söz konusudur.

İsimsiz sözleşmeler, “*kendine özgü (sui generis)*” ve *karma sözleşmeler*³⁷² olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır³⁷³.

Bir sözleşmenin, tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesiyle oluşması durumunda bu sözleşmenin karma sözleşme; herhangi bir kanunda düzenlenmeyen tümüyle isimli sözleşmelerin hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana gelmesi durumunda ise bu sözleşmenin kendine özgü (*sui generis*) sözleşme olduğu konusunda doktrinde fikir birliği mevcuttur³⁷⁴. Yapılan bu ayrımın pratik sonucu, sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir. Çünkü doktrindeki yerleşmiş görüşe göre, kanuni düzenlemeler ile arasında doğrudan bir bağ kurulması söz konusu olmayan kendine özgü sözleşmelere Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri doğrudan doğruya, özel hükümleri ise yapısına uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacaktır³⁷⁵. Ancak, karma sözleşmede bir sözleşme boşluğu olması durumunda uygulanacak hükümlere ilişkin olarak doktrinde temelde dört farklı görüş mevcuttur³⁷⁶. Bizim savunduğumuz ve doktrinde de baskın görüş

³⁷² Kuntalp, değişik sözleşme tiplerine ait unsurların tek bir sözleşme oluşturacak şekilde bir bütünlük içinde birleşmesine vurgu yapmak için doktrinde kullanılan “karma sözleşme” veya “karışık akitler” kavramları yerine “karışık muhtevalı akit” kavramını kullanmaktadır. Bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 36.

³⁷³ Kuntalp, **a.g.e.**, s. 13 vd.; Fikret Eren, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008 s. 91; Bu ikili ayrımın aksine doktrinde baskın görüş bağımsız isimli veya isimsiz sözleşmelerin kanunun öngörmediği bir biçimde ve bağımsızlıklarını koruyarak birbirlerine bağlanmasıyla oluşan bileşik sözleşmelerin de karma ve sui generis sözleşmelerin yanında isimsiz sözleşmeler kapsamında değerlendirmesi yönündedir. Bkz. Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 1, s. 5.

³⁷⁴ Kuntalp, **a.g.e.**, s. 14, 19; Eren, **İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar**, s. 91.

³⁷⁵ Haluk Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 13; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 22; Eren, **İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar**, s. 100.

²⁰⁷ Bu görüşlerden karma sözleşmelerin kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle bu sözleşmelere sadece BK’nın genel hükümlerinin uygulanabileceğini öngören “*dışlama*” görüşü dışında kalan diğer üç görüşün tamamı karma sözleşmelere BK’nın özel hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır. Karma sözleşmelere BK’nın özel hükümlerinin uygulanabileceğini öngören görüşlerin ayrıldığı nokta ise bu hükümlerin ne şekilde uygulanacağıdır. *İmtisaz (soğurma) görüşüne* göre, sözleşmenin içerdiği unsurlar arasında bir derecelendirmeye gidilmeli ve yalnızca bu unsurlardan en önemlisinin ait olduğu tipin hükümlerini sözleşmeye doğrudan doğruya uygulanmalıdır. *Birleştime (terkip) görüşüne* göre ise sözleşmenin içerdiği unsurların ait olduğu

olarak kabul edilen görüş karma sözleşmelere de tıpkı sui generis sözleşmelerde olduğu gibi genel hükümlerin doğrudan ve özel hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmasıdır³⁷⁷. Savunduğumuz bu görüş kapsamında arabağlantı sözleşmesinin karma sözleşme veya kendine özgü sözleşme olarak nitelendirilmesinin sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından pratik bir anlamı olmayacaktır. Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri sözleşmeye doğrudan, özel hükümleri ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacaktır. Sözleşmenin asli edimleri isimli sözleşmelerin unsurlarına özgülenebiliyorsa, bu durumda uygun düştüğü ölçüde kıyasen bu isimli sözleşmelere ilişkin hükümler arabağlantı sözleşmelerine uygulanacaktır.

B. Sözleşmenin Niteliğine İlişkin Kanaatimiz

Arabağlantı sözleşmesi içinde vekâlet ve eser sözleşmelerine ilişkin edimler bulunduran bir sözleşmedir.

Bu üç sözleşme tipinin yanı sıra doktrinde arabağlantı sözleşmesinin taraflar arasında adi ortaklık benzeri bir ilişki yaratıp yaratmadığı tartışma konusu olmuştur³⁷⁸. Arabağlantının gerçekleştirilmesi işi için sözleşmenin taraflarının birlikte hareket etmeleri ve birçok işi birlikte yapmaları gerekmektedir. Özellikle fiziksel arabağlantının gerçekleşmesinde taraflar koordine olarak birlikte çalıştığından eser sözleşmesinde olduğu gibi birine yüklenici birine iş sahibi demenin pek de mümkün gözükmediği fikri ileri sürülmektedir³⁷⁹.

sözleşme tiplerinin hükümleri sözleşmeye doğrudan doğruya uygulanmalıdır. Üçüncü ve son görüş olan *kıyasen uygulama görüşüne* göre ise karma sözleşmeler isimli sözleşmelerden olmadığı için isimli sözleşmelere ilişkin hükümler bu sözleşmelere ancak sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir. Bu görüşün temelinde yatan düşünce, karma sözleşmeler her ne kadar kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerin unsurlarını içerseler de, esas itibarıyla kanuna yabancı olmaları sebebiyle kanunda bir tipin tüm unsurlarını taşıyan sözleşmeler için öngörülen özel hükümlerin doğrudan bu sözleşmelere uygulanamayacağıdır (Kuntalp, **a.g.e.**, s. 228-234).

³⁷⁷ Kuntalp, **a.g.e.**, s. 32; Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 1, s. 5.

³⁷⁸ Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Märkl, **a.g.e.**, s. 305-307; Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 347; Bülter, **a.g.e.** s. 153, 154.

³⁷⁹ Märkl, **a.g.e.** s. 306.

Adi ortaklık sözleşmesinin temelinde yatan taraflarının ortak amacının bulunması hususu arabağlantı sözleşmeleri bakımından şüphelidir. Örneğin piyasaya yeni girmiş ve çok az kullanıcısı olan bir işletmeci piyasada etkin piyasa gücüne sahip işletmeci ile arabağlantı sözleşmesi akdederek şebeke kapasitesini arttırarak daha fazla kullanıcı sayısına ulaşmayı amaçlarken piyasada etkin piyasa gücüne sahip olan işletmecinin böyle bir amacı yoktur. Piyasaya yeni giren işletmeci, etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin sunduğu hizmetlerden başka hizmetler de sunmuyorsa, bu durumda sözleşmenin tarafı etkin piyasa gücüne sahip işletmecin bu sözleşmeyi kurmasında herhangi bir ekonomik yararı da yoktur³⁸⁰. Ancak tarafların adi ortaklığın kurulmasındaki niyetleri farklı olsa da sözleşmenin tarafları olarak adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan ortak amaçları şebekelerini bütünleştirerek daha büyük bir şebeke ağına sahip olmak ve böylece daha fazla kullanıcıya ulaşmaktır. Böylece tarafların ortak amaçlarının şebekeleri arasında arabağlantının kurulmasını ve işletilmesini sağlamak olduğu söylenebilir³⁸¹. Dolayısıyla doktrinde savunulan bir görüş uyarınca bu ortak amacın varlığına istinaden adi ortaklık hükümleri de uygulanmalıdır³⁸². Bu görüşün karşısında ise bir sözleşmenin adi ortaklık sayılması için tarafların sözleşme tarafları olarak ortak bir amacının bulunmasının yanında gereken karşılıklı güven ilişkisi ve denetim yetkisinin bulunmadığından hareketle adi ortaklık ilişkisi bulunmadığı öne sürülmektedir³⁸³. Bu görüşe göre tarafların her biri arabağlantıya ilişkin oluşacak ekonomik riski sözleşme hükümleri kapsamında kendisi taşımaktadır. Bunun yanı sıra arabağlantı sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisi ve birbirini denetim yetkisinden kaynaklanan karşılıklı yükümlülükler de sürekli edimli sözleşmelerde tarafların sahip olduğu önemli sebeple feshi hakkının kullanılmasına yönelik olan denetim yetkisinden öteye geçmemektedir. Bir başka deyişle adi ortaklık sözleşmelerinden aranan taraflar arasındaki yüksek derecedeki güven ilişkisi ve sadakat ve özen yükümlülüğünden kaynaklı denetim yetkileri

³⁸⁰ Märkl, **a.g.e.**, s. 308.

³⁸¹ **A.e.**, s. 308.

³⁸² Bülter, **a.g.e.**, s. 154; Märkl, **a.g.e.**, s. 309.

³⁸³ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 347; Märkl, **a.g.e.**, s. 307.

arabağlantı sözleşmesinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla bizim de katıldığımız bu ikinci görüşe göre arabağlantı sözleşmesi bir adi ortaklık sözleşmesi olarak görülemez ancak bir adi ortaklığın konusunun arabağlantı sözleşmesinin kurulması ve yürütülmesine özgülenmesi mümkündür³⁸⁴.

Sözleşmenin asli edimleri olan arabağlantının gerçekleştirilmesi ve sözleşme süresi boyunca şebekelerin bu şekilde muhafaza edilmesi ile arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi edimleri her biri içlerinde farklı işgörme sözleşmelerinin özelliklerini içeren edimlerdir. Sözleşmenin asli edimleri ayrı ayrı eser ve vekâlet sözleşmesine ait edimlere özgülenememekte, her bir edim her iki tipik sözleşmenin de unsurlarını taşımaktadır. Bu sebeple sözleşmenin karma sözleşme³⁸⁵ olarak değil de kendine özgü (sui generis) sözleşme olarak nitelendirilmesi uygundur. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş kapsamında kendine özgü sözleşmelere, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri doğrudan doğruya; Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri ise sözleşme kapsamındaki edimlere uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacağı için arabağlantı sözleşmesinin hükümleri bakımından da bu yönde bir uygulama söz konusu olacaktır.

³⁸⁴ Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 347.

³⁸⁵ A.y. bkz. Piepenbrock/Müller, **a.g.e.**, s. 354.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULMASI, GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLER VE SONA ERMESİ

I. Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin Özellikler: Sözleşme Serbestisinin Kısıtlanması

Arabağlantı sözleşmesinin kurulması bakımından temel ilke sözleşme serbestisi olmakla beraber, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması sebebiyle sözleşme özgürlüğünün sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler ve devamında BTK'nın müdahaleleriyle kısıtlandığı görülmektedir. Arabağlantı sözleşmesi bakımından sözleşme serbestisini ve bunun kısıtlandığı durumları aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Ancak bu incelemeye geçmeden kısaca borçlar hukukunda genel kural olan sözleşme serbestisini ve bunun kısıtlandığı durumlar incelenmiştir.

A. Borçlar Hukuku'nda Sözleşme Serbestisinin Genel Kural Olması

İrade özgürlüğü kapsamında kişiler hukuki ilişkilerini yapacakları hukuki işlemlerle serbestçe düzenler. Hukuki işlemler arasında en yaygını iki taraflı hukuki işlemler olan sözleşmeler alanında kişilerin irade özgürlüğü “sözleşme serbestisi” kavramı olarak ortaya çıkar^{386,387}. Sözleşme serbestisi kavramı, Anayasa m. 48/f.1'de³⁸⁸ temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Anayasal bir hak olan sözleşme serbestisi, Borçlar Kanunu m. 26'da “*Taraflar, bir sözleşmenin*

³⁸⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 314; Hasan Erman, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İÜHF**, Y. 1973, C. 38, S. 1-4, s. 602; Zekeriya Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 2003, s. 4.

³⁸⁷ İrade özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü kavramları çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Bunun nedeni kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin genel olarak sözleşmelere dayanarak düzenlenmesidir. (Eren, **Genel Hükümler**, s. 315)

³⁸⁸ Anayasa m. 48/f.1 şu şekildedir: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”.

içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla borçlar hukukunda kural sözleşme serbestisidir³⁸⁹.

Sözleşme serbestisi, temelde kişilerin sözleşme kurup kurmamakta serbestçe karar verebileceklerini ve sözleşme kurma yönünde karar vermeleri durumunda da kuracakları sözleşmenin hükümlerini hukuki sınırlar çerçevesinde diledikleri şekilde belirleyebileceklerini ifade etmektedir³⁹⁰. Dolayısıyla bu ilke hem sözleşme kurma hem de sözleşmeyi düzenleme serbestisi anlamına gelmektedir³⁹¹. Sözleşme serbestisi dar anlamda sözleşme yapma serbestisi olarak anlaşıp, bir kişinin sözleşme yapıp yapmama konusunda ve sözleşme yapılacaksa karşı tarafını belirleme konusunda özgürce karar vermesi anlamına gelmektedir. Ancak geniş anlamda sözleşmenin düzenlenmesini de içine alan sözleşme serbestisi kapsamında taraflar kurmaya karar verdikleri sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler. Bu bağlamda tarafların aralarında kurmak istedikleri sözleşmenin bir şekle tabi olup olmayacağına serbestçe karar verebilmeleri ve sözleşmenin hükümlerini belirleyip sonrasında ortak iradeleriyle değiştirmeleri ve sözleşmeyi ortadan kaldırabilmeleri sözleşme serbestisi kapsamındadır³⁹².

B. Sözleşme Serbestisinin Kısıtlanması

1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü Açısından Sözleşme Serbestisinin Sınırları

Sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak öngörülen TBK m. 27’deki genel sınırlama ve şekle ilişkin TBK m. 12/f. 1’deki istisna dışında sözleşme serbestisinin diğer görünümleri olan sözleşme yapıp yapmama ve bunun bir uzantısı olan sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğüne ilişkin genel bir kısıtlayıcı hüküm

³⁸⁹ Borçlar hukukunda kural sözleşme yapma özgürlüğü olmakla birlikte medeni hukukun diğer dalları olan aile, eşya ve miras hukuklarında sözleşme serbestisi ilkesi geçerli değildir. Aile, eşya ve miras hukukunda sözleşmelerde kanuni tipe bağlılık esastır.

³⁹⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 5.

³⁹¹ Erman, **a.g.e.**, s. 603.

³⁹² Eren, **Genel Hükümler**, s. 17.

Borçlar Kanunu'nda öngörülmemiştir³⁹³. Sözleşme yapma yapmama serbestisi yanında sözleşme yapma zorunluluğu istisnai bir durumdur. Bir kişinin, kendisine bu yönde gelen talep doğrultusunda sözleşmeyi kurmakla yükümlü olması sözleşmeyi kurma zorunluluğu olarak tanımlanabilir³⁹⁴.

Sözleşme yapma zorunluluğu kanundan ya da tarafların önceki bir taahhüdünden yani bu yönde kurdukları sözleşmeden (önsözleşme) kaynaklanabilir³⁹⁵.

a. Önsözleşmeden Kaynaklı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Önsözleşmenin varlığı sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı iki halden biri olup, bu halde taraflar kendi iradeleriyle ileride birbirleriyle ya da üçüncü bir kişiyle sözleşme yapma taahhüdünde bulunmaktadır³⁹⁶. Önsözleşmenin kurulmasıyla taraflardan birinin veya her ikisinin irade özgürlüğü, sözleşme kurma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşmenin muhtevasını belirleme bakımlarından sınırlandırılmaktadır³⁹⁷.

Önsözleşmenin kendisi de bir sözleşmedir. Ancak diğer sözleşmelerden farklı olarak sözleşmeyle borçlanılan edimin konusu bir sözleşmenin yapılmasıdır³⁹⁸. Önsözleşmeyi kuran taraflardan biri tek başına taahhütte bulunabileceği gibi her iki taraf da sözleşme kurma taahhüdünde bulunabilir. Önsözleşme ile ileride yapılması üstlenilen sözleşme, asıl sözleşme olarak

³⁹³ Böyle bir sınırlama öngörülmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalar için bkz. Fatma Çelik, "Medeni Hukukta ve Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, Ankara, 2008, s. 44.

³⁹⁴ Doktrinde yapılan diğer tanımlara ilişkin olarak bkz. Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 230- 232.

³⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu v.d., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 507, 508; Ayrancı, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**, s. 234; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 319; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 184.

³⁹⁶ Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, s. 189.

³⁹⁷ Bir ön sözleşmeden kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğu halinde, taraflar serbest iradeleriyle böyle bir yükümlülük altına girdikleri için aslında gerçek anlamda bir sözleşme kurma zorunluluğundan bahsedilemeyeceğine ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu v.d. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, s. 507; Erman, **a.g.e.**, s. 603; Hasan Ayrancı, **Ön Sözleşme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 52.

³⁹⁸ Ayrancı, **Ön Sözleşme**, s. 72.

adlandırılır³⁹⁹. Önsözleşmenin geçerliliği bakımından diğer sözleşmelerde aranan geçerlilik şartlarına ek olarak özellik arz eden iki durum söz konusudur. Bunlardan ilki, önsözleşmenin içeriğinden asıl sözleşmenin konusunun belirlenebilir olmasıdır⁴⁰⁰. İkincisi ise önsözleşmenin kural olarak asıl sözleşme için öngörülen şekil şartına uyularak yapılmasıdır (BK m. 29/f. 2). Bu iki şarttan birinin yerine getirilmemesi durumunda geçerli bir önsözleşmeden bahsedilemez.

Önsözleşme borçlusu, borcunu yerine getirmeyerek asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanında bulunmayabilir. Bu durumda alacaklı mahkemeye başvurarak borcun aynen ifasına karar verilmesini ya da aynen ifa yerine sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı şartları varsa tazminata hükmedilmesini talep edebilir. Aynen ifa talebinin kabulü halinde verilen hükmün niteliği konusunda doktrinde iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki ve öğretideki baskın görüş hâkimin vereceği aynen ifa kararının önsözleşme borçlusunun iradesi yerine geçerek asıl sözleşmeyi kuracağıdır⁴⁰¹. Diğer görüş ise, hâkimin kararının doğrudan doğruya asıl sözleşmeyi kuracağıdır⁴⁰².

Teorik olarak mahkeme kararı sadece asıl sözleşmenin kurulmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla önce aynen ifa talebinde bulunup sözleşmenin kurulması sonrasında da kurulan sözleşme kapsamında eda davası açılarak sözleşmeden doğan edimin ifasının talep edilmesi gerekecektir. Bu görüş, alacaklının asıl amacı olan asıl sözleşmenin ifası için süreci çok uzattığından pratik değildir. Usul ekonomisine uygun olan mahkemeden doğrudan asıl sözleşmeden doğan alacağın ifasının talep edilmesidir. Bu durumda hâkim tarafından verilecek hüküm sadece asıl sözleşmenin kurulması değil, aynı zamanda da asıl sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmesidir⁴⁰³.

³⁹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 324.

⁴⁰⁰ Ayrancı, **Ön Sözleşme**, s. 125.

⁴⁰¹ Oğuzman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, s. 190, 191; Satış vaadi sözleşmesinin varlığında sözleşmeyi ifadan kaçınan tarafın varlığında mahkemeden alınacak aynen ifa talebinin doğrudan sözleşmeyi kuracağı hk. bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1959, s. 162 vd.

⁴⁰² Ayrancı, **Ön Sözleşme**, s. 177.

⁴⁰³ Uygulamada önsözleşmenin en çok karşılaşılan örneği olan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da mahkeme kararının sadece irade beyanı yerine geçmesi

b. Kanundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Hukukumuz gibi liberal hukuk düzenlerinde sözleşme özgürlüğünün temel ilke olarak kabul edilmesinin altında toplumdaki bireylerin özgür olduğu ve kendi özgür iradeleriyle hayatlarını yönlendirerek bir borç veya yükümlülük altına girmeye ehil oldukları düşüncesi yatar. Tarafların eşit konumda oldukları varsayımından hareket eden bu ilke uyarınca özgür iradeleri ile serbestçe müzakereleri sonucu kurulan sözleşmenin şartlarını taraflar belirleyeceğinden bu sözleşmede tarafların menfaatleri en iyi şekilde yansıtılmış olacaktır. Bu durumda amaçlanan şey menfaat dengesinin gözetildiği adil bir sözleşme ortaya çıkmasıdır. Bireye hukuki ilişkilerini belirlemede sınırsız bir özgürlük tanıyan irade serbestisi, sözleşme yapanların sosyal ve ekonomik yönden eşit konumda olmaları durumunda adil sonuçlara yol açacaktır. Ancak tarafların eşit konumda olmadıkları serbest piyasa ekonomilerinde, güçlü olan taraf diğeri ile sözleşme yapmak istememekte veya istese bile kendi iradesi uyarınca karşı tarafın aleyhine şartlarla sözleşme kurulduğundan sözleşme serbestisi ile amaçlanan sözleşme adaleti sağlanamamaktadır⁴⁰⁴. Bu kapsamda hukuk sistemi bu adaleti sağlamak adına kanunda öngördüğü bazı durumlarda sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayarak sözleşme yapma zorunluluğu getirmiştir. Kanundan kaynaklanan bu sözleşme yapma yükümlülükleri kanun metninde açıkça öngörülmüş olabileceği gibi⁴⁰⁵ açıkça öngörülmediği durumlar da söz konusu olabilir. Kanundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu, sadece belirli bir sözleşmeyi yapmakla sınırlı

ya da asıl sözleşmenin kurulması sonucunu doğurması değil, doğrudan doğruya asıl sözleşmenin ifası olan mülkiyetin alacaklıya nakli sonucunu doğurduğu yönündedir. Bkz. 25.10.1971 tarih ve 1 /2 sayılı YİBK ve 6.7.1977 tarih ve 6-535/701 sayılı Yargıtay HGK. İlgili kararlar için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 397.

⁴⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu v.d., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, s. 506; Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **AÜHFD**, C. 53, S. 4, 2004, s. 101.

⁴⁰⁵ Kanuni sözleşme zorunluluğunun açıkça öngörüldüğü hallerden bir olarak bkz. TKHK m. 6/f. 1 uyarınca “*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.*”

olmayıp, sözleşme şartlarının makul bir şekilde belirlenmesi ve sözleşmenin haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmemesi yükümlülüklerini de içerir⁴⁰⁶.

Kanundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin kanunlardan kaynaklanabilir⁴⁰⁷.

(1) Kamu Hukukundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Kamu hukukuna ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu açıkça ilgili kanun hükmünde öngörülebileceği gibi kanunda bu yönde açık bir hüküm bulunmasa bile bazı durumlarda kamu hizmetinin genel ilkeleri kapsamında söz konusu olabilir. Kamu hizmeti gören ve toplumun hayati ihtiyaçlarını karşılayan elektrik, su, doğalgaz idareleri, demiryolları, posta idaresi gibi kurumların kamu hizmetinin gereklilikleri uyarınca sözleşmenin karşı tarafı gerekli şartlara sahip olduğu ve hizmetin yerine getirilmesi mümkün olduğu takdirde sözleşme yapmaktan kaçınamazlar⁴⁰⁸. Söz konusu kamu hizmetini yerine getiren kuruluşun bir kamu kuruluşu ya da özel hukuk kişisi olması bu durumu değiştirmeyecektir. Bunun yanı sıra söz konusu kuruluşlar sundukları hizmetler bakımından tekel konumunda bulunuyorlarsa sözleşme kurulmaması durumunun hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği ayrıca öne sürülebilir⁴⁰⁹.

İletim şirketlerine getirilen doğal gaz sistemine bağlanmak isteyen kullanıcıları 12 ay içinde sisteme bağlama yükümlülüğü doğal gaz sektöründe görülen sözleşme yapma yükümlülüğüne örnektir (Doğal Gaz Piyasası Kanunu⁴¹⁰ m. 4/f. 4 / b.(c-1)). Benzer şekilde elektrik sektöründe de bulundukları dağıtım bölgesindeki tüketicilerin başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi temin edememeleri durumunda dağıtım şirketlerine getirilen tüketicilere perakende satış

⁴⁰⁶ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 117.

⁴⁰⁷ Ayrancı, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**, s. 234.

⁴⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu v.d., **a.g.e.**, s. 508; Oğuzman, Öz, C: 1, **a.g.e.**, s. 184-185. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 304-305.

⁴⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu v.d., **a.g.e.**, s. 508.

⁴¹⁰ Kanun No: 4646, Kabul tarihi: 18.04.2011, RG. 2.5.2001/ S: 24390.

yapma zorunluluğu kamu hukuku kaynaklı kanundan doğan bir sözleşme yapma zorunluluğudur.

Kamu hizmetleri konuşumda sözleşme yapma zorunluluğunun elektronik haberleşme alanındaki görünümünden biri Evrensel Hizmet Kanunu'nda⁴¹¹ yer almaktadır. Evrensel Hizmet Kanunu m. 4/f. 1 uyarınca işletmecilere evrensel hizmet sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁴¹².

(2) Özel Hukuktan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Özel hukukta sözleşme yapma özgürlüğü esas olduğu için sözleşme yapma zorunluluğu öngören hükümler istisnaidir⁴¹³. Haklı bir sebep olmadıkça tüketiciye hizmet sunmaktan kaçınılamayacağına ilişkin TKMK m. 6/f. 2 ve taşımacıların taşıma hizmetlerini kabul edilebilir bir neden olmaksızın ve zorunlu haller dışında yapmak zorunda olduklarına ilişkin Karayolu Taşıma Kanunu m. 5/f. 6 özel hukukta sözleşme kurma zorunluluğu öngören açık hükümlerdir⁴¹⁴.

Sözleşme yapılmasına ilişkin açık hüküm bulunmayan hallerde, sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴¹⁵. Bu görüşlerin ilki kapsamında sözleşme kurma zorunluluğu, sözleşme yapmamanın MK m. 2/f. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil

⁴¹¹ Kanun No: 5369, Kabul tarihi: 16.6.2015, RG. 26.06.2005/25856.

⁴¹² Evrensel hizmet, Evrensel Hizmet Kanunu m. 5/f. 1 uyarınca a) Sabit telefon hizmetlerini, b) Ankesörlü telefon hizmetlerini, c) Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerini, d) Acil yardım çağrıları hizmetlerini, e) internet hizmetlerini, f) Ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetlerini, g) Deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetlerini kapsar. Ancak Evrensel Hizmet Kanunu m. 5/f. 2'de evrensel hizmet kapsamında sayılan hizmetler sosyal, kültürel, teknolojik ve ekonomik şartlar göz önünde bulundurularak üç yılı aşmamak kaydıyla belirli aralıklarla Cumhurbaşkanlığı tarafından yeniden belirlenebilecektir.

⁴¹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C:1, s. 185.

⁴¹⁴ Örnekler için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C:1, s. 185-186.

⁴¹⁵ Görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 521; Çelik, **a.g.e.**, s. 79 vd.

etmesinden kaynaklanır⁴¹⁶. Bu görüş kapsamında dürüstlük kuralı kapsamında bir hakkın kötüye kullanılması yasağını geniş değerlendirilerek sözleşme özgürlüğü kurumunun da kötüye kullanılmaması gerektiği savunulmaktadır⁴¹⁷. İkinci bir görüşe göre haklı sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kasten kaçınılması ahlaka aykırı bir fiil ile karşı tarafa zarar verilmesi anlamına gelir. Bu kapsamda TBK m. 49/f. 2 hükmü uyarınca sözleşme kurmaktan kasten kaçınan kişi sözleşmenin kurulmuş sayılacağı sonucuna ulaşılan aynen tazmine mahkûm edilir⁴¹⁸. Üçüncü ve son görüş ise sözleşme kurma zorunluluğunun temelde TBK m. 49/f. 2'den kaynaklandığını belirtmekle birlikte, bazı durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınmanın karşı tarafın kişilik haklarının ihlali şeklinde gerçekleşmesinden hareket eder. Bu görüş uyarınca, kişilik hakkı ihlal edilenin TBK m. 49/f. 2 hükmüne başvurmadan doğrudan TMK m. 25 hükmüne dayanarak saldırıya son verilmesi kapsamında sözleşmenin kurulmasını talebinde bulunacaktır⁴¹⁹.

Bizim katıldığımız görüş açık hüküm bulunmayan hallerde sözleşme kurma zorunluluğunun TMK m. 2/f. 2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklandığıdır. Özellikle, tekel konumunda olan ve kamuya mal ve hizmet arz eden işletme ve kamuya açık yerlerin sözleşme yapmaktan kaçınmaları sözleşme kurma özgürlüğünün kötüye kullanılması teşkil edecektir.

2. Sözleşme Kurma Zorunluluğunun Sonuçları

Sözleşme kurma zorunluluğunun varlığına rağmen bir taraf sözleşme kurmaya yanaşmıyorsa, bunun temel sonucu olarak sözleşme kurma yükümlüsünün aleyhine aynen ifa davası açılabilir. Açılan davada mahkemenin talebi kabul etmesi üzerine hâkimin kararı sözleşmenin kurulmasına ilişkin beyanda bulunmaktan

⁴¹⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C:1, s. 186; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 231.

⁴¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 510

⁴¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 510; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 275-276; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, s. 11

⁴¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 511, 512.

kaçınan tarafın kabul beyanı yerine geçecek ve sözleşme kurulmuş olacaktır⁴²⁰. Hatta usul ekonomisi ilkesi gereği dava açan tarafın sadece sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın bu yönde beyanda bulunmasını değil, bununla birlikte sözleşmenin ifasını da talep edebileceği kabul edilmektedir⁴²¹. Aynen ifa talebi yerine sözleşmenin kurulmaması yüzünden tazminat davası açılarak olumsuz zararın tazmini de talep edilebilir⁴²².

3. Sözleşme İçeriğinin Düzenlenmesine İlişkin Sözleşme Serbestisinin Sınırları

Sözleşme serbestisi kapsamında taraflara tanınan düzenleme özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir. TBK m. 26’da da belirtildiği üzere taraflar hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalarak sözleşmenin içeriğini belirleyebileceklerdir. TBK m. 27’de konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilerek sözleşme içeriğine ilişkin olarak genel bir hukuki sınır öngörülmüştür.

C. Arabağlantı Sözleşmesi Bakımından Sözleşme Serbestisinin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Arabağlantı sözleşmeleri bakımından kural sözleşme serbestisidir. Gerçekten, EHK m. 18/f. 2’de bu durum “*Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır.*” şeklinde belirtilmiştir. Sözleşme özgürlüğünün temeli tarafların serbest iradeleriyle müzakere edip kendi menfaatlerine uygun

⁴²⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C. 1, s. 187; Ayrancı, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**, s. 248, 249.

⁴²¹ Buz, **a.g.e.**, s. 119, 120.

⁴²² İster doğrudan ister dolaylı bir sözleşme yapma yükümlülüğünün mevcudiyetinin kabulü için karşı tarafın sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı müspet olumlu zararların tazminini talep etme imkanına sahip olması gerektiği hk. bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, vd., **a.g.e.**, s.514; K.y. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C. 1, s. 187.

şekilde taahhütte bulundukları zaman edim dengelerinin korunduğu varsayımına dayanır. Ancak tarafların fiili tekel oldukları durumda serbestçe müzakere etmelerini ve yapacakları sözleşmelerde edim dengesinin korunacağını beklemek oldukça zordur. Arabağlantı konusunda bugüne kadar yaşanan tecrübeler bu durumun genellikle mümkün olmadığını, ticari müzakerelerin sonuçsuz kaldığını göstermektedir⁴²³. Şebeke dışsallığının etkisiyle müzakere masasında eli daha güçlü olan ve kullanıcı sayısı daha fazla olan işletmeciyse arabağlantı kurmak isteyen piyasaya yeni girmiş ve kullanıcı sayısı daha az olan işletmeci arasında sözleşme serbestisi ilkesi katı bir şekilde uygulandığında zaten daha güçsüz durumda olan işletmecinin menfaatlerinin korunması mümkün olmayacak; aksine bu durum güçlü durumda olan işletmecinin elinde kendi durumunu daha da güçlendirmesi için bir araç haline dönüşecektir. Bunun yanı sıra arabağlantı kurulmamasının sonuçları yalnızca sözleşmenin taraflarını değil, son kullanıcıları da etkilemektedir. Arabağlantı sözleşmesi ayrıca piyasadaki serbest rekabetin varlığı bakımından da gereklidir. Dolayısıyla arabağlantı yükümlülüğü kapsamında işletmecilere getirilen sözleşme kurma zorunluluğu piyasa ekonomisinin zararlı etkilerini önlemek ve ekonomi düzeninin işlemesi açısından önem arz etmektedir⁴²⁴. Bu yüzden işletmecilere sözleşme serbestisini kısıtlayan birtakım yükümlülükler getirilebilmektedir.

Arabağlantı sözleşmeleri için kural olan sözleşme serbestisinin hem sözleşmenin kurulması hem de içeriğinin belirlenmesi bakımından kısıtlayan kanuna dayanan sözleşme yapma zorunlulukları söz konusudur. Sözleşmenin karakterini de belirleyen kamu hukuku kaynaklı sözleşme yapma zorunlulukları aşağıda detaylı bir biçimde incelenecektir⁴²⁵.

⁴²³ Y.y., Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2014, s. 30

⁴²⁴ Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, s. 256.

⁴²⁵ Uygulamada pek örneğine rastlanmasa da sözleşme serbestisinin taraf iradeleriyle kısıtlanması bir başka deyişle tarafların ileride arabağlantı sözleşmesi kuracaklarına dair önsözleşme kurmaları mümkündür. Arabağlantı sözleşmelerinin kurulması bakımından kanuni şekil şartı olarak adi yazılı şekil şartı öngörüldüğü için yapılacak önsözleşme de adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Yapacakları geçerli bir önsözleşme ile taraflar, arabağlantı sözleşmesi kurma

Tarafların iradesiyle ileride arabağlantı sözleşmesi kuracaklarına dair önsözleşme kurmaları mümkündür. Arabağlantı sözleşmelerinin kurulması bakımından kanuni şekil şartı olarak adi yazılı şekil şartı öngörüldüğü için yapılacak önsözleşme de adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Yapacakları geçerli bir önsözleşme ile taraflar, arabağlantı sözleşmesi kurma yönündeki sözleşme serbestilerini kısıtlayarak, önsözleşme yaptıkları kişiye karşı arabağlantı sözleşmesinin kurulması borcu altına girebilirler.

Erişim ve arabağlantı sözleşmeleri kapsamında sözleşmenin kuruluşundan sözleşmenin hüküm ifade etmesine kadar olan süreç, “Erişim ve Arabağlantı” başlığı altında EHK’nın ikinci kısım üçüncü bölümünde m. 15-21 arasında düzenlenmiştir. EHK’da ana hatlarıyla düzenlenen erişim ve arabağlantı yükümlülükleri, EHK’ya dayanılarak çıkartılan EAY’de ise daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Sözleşmenin kurulması ve içeriğine ilişkin yükümlülükler hakkında yapılacak genel açıklamalardan önce belirtilmelidir ki, arabağlantı sözleşmesinin tarafları yalnızca işletmeciler olabilmektedir⁴²⁶. Bu durumun nedeni arabağlantının elektronik haberleşme şebekeleri arasında kurulması ve şebekelerin de dahil olduğu her türlü elektronik haberleşme altyapısının kullanımı için işletmeci statüsünde olunması gerektiğidir. Bu durumda işletmeci statüsünde olmayan iki özel hukuk kişinin, şebekeleri arasında arabağlantı kurulmasına ve arabağlantı hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin konusu ve hükümleri arabağlantı sözleşmesi ile birebir aynı olan bir sözleşme yapması durumunda bu sözleşme arabağlantı sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir⁴²⁷.

yönündeki sözleşme serbestilerini kısıtlayarak, önsözleşme yaptıkları kişiye karşı arabağlantı sözleşmesinin kurulması borcu altına girebilirler.

⁴²⁶ EHK m. 12’de işletmecilere şebekeleri arasında arabağlantı sağlanmasının birbirlerine yükümlülük olarak getirilebileceğinin öngörülmesinden ve EHK m. 16/f. 2’de yer alan tüm işletmeciler için öngörülen talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakeresinde bulunma yükümlülüklerinden sözleşme taraflarının yalnızca işletmeciler olabileceği açıkça görülmektedir.

⁴²⁷ Yapılan sözleşme isimsiz bir sözleşme olacaktır. Ancak yetkilendirmeleri olmadığı halde elektronik haberleşme hizmeti verilmesi durumunda hizmeti veren kişilere idari yaptırım uygulanması gündeme gelebilir.

EHK ve EAY kapsamında getirilebilecek yükümlölükleri sözleşme özgürlüğünün hem sözleşmenin kurulması hem de içeriğinin belirlenmesine yönelik yükümlölükler olarak ikiye ayırabiliriz. İşletmecilerin erişim ve arabağlantı sağlamakla yükümlü kılınması işletmecilere getirilen sözleşme kurma zorunluluğu ile sözleşme serbestisinin kısıtlanmasının hukuki sebebini teşkil eder. Sözleşmenin karşı tarafına sağlanacak erişim ve arabağlantının koşullarının belirlenmesine ilişkin işletmecilere getirilebilecek ayırım gözetmeme, sözleşme ücret tarifelerinin maliyet esaslı belirlenmesi, hesap ayırımı yükümlölükleri ile sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine ilişkin olarak işletmecilerin sözleşme serbestisi kısıtlanmaktadır. Sözleşmenin içeriğine ilişkin bu yükümlölüklerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin denetlenebilmesi adına işletmecilere sözleşme koşullarını aleni hale getirme teknik tabiriyle şeffaflık ve referans erişim teklifleri hazırlama yükümlölükleri de getirilebilmektedir. Bu bağlamda genel olarak erişim sözleşmeleri ve arabağlantı özelinde sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının dayanağı Elektronik Haberleşme Kanunu'dur. Bu sistematik kapsamında aşağıda öncelikle arabağlantı kurma yükümlölüğü, daha sonra sözleşmenin içeriğine ilişkin yükümlölükler hakkında genel açıklamalar yapılacaktır.

Belirtilmelidir ki hem EHK'da hem de EAY'de işletmecilere getirilecek yükümlölükler tüm erişim sözleşmeleri esas alınarak düzenlenmiş; son kullanıcılar arasında noktadan noktaya iletişimin sağlanmasındaki öneminden dolayı iki hususta arabağlantı için diğer erişim türlerinden ayrık hükümler öngörölmüşür. İlk husus diğer erişim türlerinden farklı olarak arabağlantı sözleşmeleri bakımından işletmecilere getirilen sözleşme müzakerelerinde bulunma yükümlölüğüdür. İkinci husus ise arabağlantı yükümlölüğünün rekabet hukukundaki hâkim durum kavramının elektronik haberleşme sektöründeki görünümü olan etkin piyasa gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın tüm işletmecilere getirilebilmesidir. Erişim yükümlölüğü için aranan işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olması şartı işletmecilere getirilen arabağlantı yükümlölüğü bakımından aranmamaktadır. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, arabağlantı erişimin özel bir türü olduğundan arabağlantının önemi dolayısıyla farklı olarak düzenlenen bu iki durum dışında erişim sözleşmeleri için öngörölen mevzuat hükümleri arabağlantı sözleşmeleri için

de geçerlidir. Tezimizin kapsamı gereği biz yapacağımız tüm açıklamaları arabağlantı sözleşmesi üzerinden yapacağız. Ancak arabağlantı için belirttiğimiz iki ayrık durum dışında yapacağımız açıklamalar diğer erişim türlerine ilişkin sözleşmeler bakımından da geçerli olacaktır.

Sayılan bu yükümlülüklerden tarafların sözleşme müzakerelerinde bulunma yükümlülüğü doğrudan kanunla öngörülmüş olup EHK m. 16/f. 2’de yer almaktadır. Müzakere yükümlülüğünden farklı olarak taraflara getirilen arabağlantı sağlama, ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülükleri ile sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak getirilebilecek, ayırım gözetmeme, erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme, referans arabağlantı teklifi hazırlama, şeffaflık, hesap ayırımı ve/veya maliyet muhasebesi yükümlülükleri ise EHK m. 6/f. 1/b. (a)’da öngörüldüğü üzere BTK tarafından gerekli görüldüğü takdirde getirilebilecektir. Bir başka deyişle bu yükümlülükler BTK’nın piyasayı regüle etmesi kapsamında gerekli gördüğü takdirde getirilecektir.

Bu yükümlülüklerden arabağlantı sağlama ile ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülükleri işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olmalarından bağımsız olarak getirilecek bir yükümlülük iken diğer yükümlülükler yalnızca etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilebilecektir.

Saydığımız bu yükümlülüklerin dışında ve bu yükümlülüklerden bağımsız olarak BTK’ya verilen uzlaştırma yetkisini de aşağıda sözleşmenin kurulması kapsamında inceleyeceğiz.

Bu genel açıklamalar ışığında yukarıda belirttiğimiz sözleşmenin kurulması kapsamında kural olan sözleşmenin arabağlantı kurmak isteyen işletmecilerce özgürce kurulmasına istisna teşkil eden durumları tek tek inceleyeceğiz.

2. İşletmecilerin Arabağlantı Sözleşmesinin Kurulmasına Yönelik Sözleşme Müzakerelerinde Bulunma Hak ve Yükümlülüğü

Hukukumuzda kural olan sözleşme serbestisi gereği taraflar diledikleri kişilerle sözleşme müzakeresi yapıp yapmama kararını vermekte özgürdürler. Ancak arabağlantı sözleşmelerine ilişkin olarak tüm işletmecilere, kendilerine bu yönde bir talep gelmesi durumunda sözleşme müzakerelerinde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir (EHK m. 16/f. 2)⁴²⁸.

Müzakere yapma yükümlülüğü erişim türlerinden bir tek arabağlantı için öngörülmüştür. Bir işletmecinin arabağlantı müzakeresi yapma yükümlülüğünün doğması için başka bir işletmeciden bu yönde bir talep gelmesi gerekli ve yeterlidir.

Arabağlantı müzakerelerinde bulunulmasını talep etmek, talepte bulunan işletmeci için bir hak iken müzakere yapmak kendisinden müzakerede bulunması talep edilen işletmeci için ise bir yükümlülüktür⁴²⁹. Bu talebin ne şekilde yapılacağına ilişkin EHK m. 16/f. 2 hükmünde bir ifade bulunmadığından söz konusu talep muhatabın bilgisine ulaşacağı yazılı veya sözlü herhangi bir şekilde yapılabilecektir.

Müzakere yükümlülüğünün kapsamı ve içeriğine ilişkin olarak EHK'da ya da Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla tarafların müzakerede bulunma yükümlülüklerinin kapsamı EHK m. 1'de belirtilen etkin rekabetin tesisi ve tüketici haklarının gözetilmesi amaçlarıyla beraber MK m. 2'deki dürüstlük kuralı kapsamında yorum yapılarak tespit edilmelidir⁴³⁰. Dolayısıyla taraflar arasındaki müzakerelerin anlaşmaya yönelik olarak ciddi bir biçimde yapılması gerektiği söylenebilir. Bu ciddiyet, sözleşme müzakerelerinin başında tarafların sözleşme kurma niyetiyle müzakere masasında

⁴²⁸ EHK m. 16/f. 2 şu şekildedir: “Bu Kanun uyarınca, tüm işletmeciler, talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler.”

⁴²⁹ Aynı yükümlülük 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi m. 4/f. 1 ile AB üyesi devletlerdeki işletmecilere de öngörülmüştür.

⁴³⁰ A.y. Geppert/Attendorn, **a.g.e.**, Kn. 61.

oturmalarını gerektirir. Bu kapsamda taraflar, ciddi bir biçimde müzakerelere başlama ve sözleşme kuruluncaya veya uygun bir süre içinde kurulamayacağı anlaşıluncaya kadar ciddi bir biçimde müzakerelere devam etme yükümlülüğü altındadır⁴³¹. Müzakerelerinin başında hangi şart ve koşulda olursa olsun sözleşme kurma niyeti olmayan tarafın buna rağmen müzakerelerde bulunması bir başka deyişle yalnızca görünüşte müzakere ediyormuş gibi yapması durumunda bu yükümlülük yerine getirilmemiş olur.

Müzakerede bulunma yükümlülüğü, sözleşme kurma zorunluluğu doğurmaz⁴³². Dolayısıyla müzakerede bulunmakla yükümlü tarafın öneride bulunma yükümlülüğü olmadığı gibi kendisine yapılan öneriyi kabul etme yükümlülüğü de yoktur⁴³³. Bu noktada akla tarafların öneri (icap) yapılmaksızın ne şekilde müzakere edecekleri sorusu gelebilir. Taraflar sözleşmenin esaslı veya yan tüm unsurları hakkında ciddi bir biçimde görüşmeleri yeterlidir. Sözleşmenin unsurlarına ilişkin bu görüşme esnasında bağlanma iradelerinin bulunması şart değildir. Bu bağlamda hükümde belirtilmediği için müzakere yükümlülüğünün öneride bulunmayı kapsamadığını düşünmekteyiz. Çünkü sözleşme müzakereleri sırasında tarafların bağlanma iradesi aranmamaktadır⁴³⁴. Bu nedenle sözleşme görüşmesi yapma yükümlülüğü bulunan tarafın sözleşmeyle bağlanma iradesinin eksikliği sözleşme görüşmelerini icaptan ayırmaktadır. Dolayısıyla müzakere etme yükümlülüğü altındaki işletmecinin öneride bulunmaması müzakere yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamına gelmeyecektir. Ancak kendisinden müzakere talep edilen işletmecinin piyasa koşullarına uygun makul bir öneride

⁴³¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 169.

⁴³² Taraflar serbest iradeleriyle sözleşme müzakerelerinde bulunacaklarına ilişkin anlaşma yapabilir. Ancak sözleşme görüşmelerinde bulunma yükümlülüğünün kanunla öngörülmüş olması istisnai bir durumdur. Tarafların birbirleriyle sözleşme görüşmelerinde bulunacaklarına ilişkin yaptıkları anlaşmaların sözleşme kurma taahhüdü içermediği hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 169.

⁴³³ Alman Telekomünikasyon Kanunu'nun 16. maddesinde (TKG Art. 16) müzakerede bulunma yükümlülüğü kavramı yerine açıkça öneride bulunma yükümlülüğü kavramı yer alıyor. (Christiansen, **a.g.e.**, s. 19) Bizim düzenlememizde ise müzakere yapma yükümlülüğü ifadesinin tercih edilmesi kanun koyucunun bilinçli tercihi olarak değerlendirilmelidir.

⁴³⁴ Ayrancı, **Ön Sözleşme**, s. 88.

bulunması durumunda söz konusu müzakere yükümlülüğünü yerine getirdiği konusunda şüphe duyulmamalıdır.

Müzakere süresi olarak açıkça bir süre belirtilmemekle birlikte, BTK'ya başvurulması için müzakere talebinden sonra iki aylık süre içinde tarafların arabağlantı sözleşmesini kurma konusunda anlaşılamamaları gerekmektedir. Ancak hükümde sadece müzakere talebinden itibaren iki aylık bir süre geçmesinden bahsedildiği için bu dönemin müzakere edilerek ya da müzakere edilmeksizin geçirilmesinin bir farkı yoktur. Bu süre aslında sözleşme kurma niyeti bulunmaksızın müzakerelere devam eden kötüniyetli kişilerin müzakere ettikleri karşı tarafı oyalamalarını engellemek içindir. Müzakereler devam etse dahi müzakerelerin başlangıç tarihinden itibaren 2 ay geçtikten sonra sözleşme kurulamaması durumunda taraflardan her biri uzlaşma prosedürünü başlatmak için BTK'ya başvuruda bulunabilecektir⁴³⁵.

Arabağlantı sözleşmesi müzakerelerinde bulunmakla yükümlü olmaları taraflar için sözleşmeyi kurmaları yönünde bir yükümlülük doğurmaz⁴³⁶. Aksi bir düşünce taraflara sözleşme müzakereleri sonucunda sözleşmeyi kuramamaları halinde getirilebileceği öngörülen arabağlantı sağlama yükümlülüğü ile çelişecektir. Dolayısıyla sözleşme tarafları diledikleri zaman sözleşme görüşmelerini sonlandırabilecektir. Bu keyfiyetin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması müzakere etme yükümlülüğünün ihlalini teşkil edebilir. Çünkü taraflar, müzakereye girişmiş olmaktan kaynaklanan⁴³⁷ aralarında oluşan güven

⁴³⁵ Uzlaştırma prosedürüne ilişkin açıklamalarımız için bkz. "Üçüncü Bölüm: II. İşletmeciler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Kapsamında BTK Tarafından İşletilen Uzlaştırma Prosedürü" adlı başlık.

⁴³⁶ Neele Ann Christiansen, *Optimisierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht*, s. 20; Genel olarak sözleşme görüşmelerinde bulunmanın taraflara o sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir yükümlülük yüklemeyeceğine ilişkin bkz. Ümit Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 42.

⁴³⁷ Sözleşme görüşmelerinden sorumlu olunması sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla doğrudan başlamayacağı; durumun hal ve şartlarına göre sözleşme görüşmelerinde amaca ya da ulaşılacak istenen sonuca ne kadar yaklaşılırsa taraflar o kadar sorumluluk altına gireceği hk. bkz. Süleyman Yalman, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 83.

ilişkinine dayanan özen ve koruma borcunun gereklerini yerine getirmelidir⁴³⁸. Temelini dürüstlük kuralından alan bu özen ve koruma borcu kapsamında tarafların sözleşme kurma ve sözleşmenin şartları yönündeki iradelerini birbirlerine karşı dürüstçe açıklama, karşı tarafı aydınlatma, diğerlerinin şahıs ve malvarlığını koruma gibi asli edim yükümlülüğünden bağımsız yükümlülükleri mevcuttur. Bu bağlamda müzakerelerde bulunan taraflar sözleşme görüşmeleri esnasında bir gecikme ve aksaklık yaşanmaması adına önlem almalıdırlar.

Karşı tarafla sözleşme yapmama yönünde kesin bir iradesi olmasına rağmen bu niyetini açıkça söylemeden dolayı bir şekilde kabul edilemez şartlar öne sürmek müzakere yapma yükümlülüğünün ihlali olarak görülebilir. Çünkü bu durumda müzakereler sonunda sözleşme kurmak istemeyen taraf dürüstlük kuralına aykırı davranmaktadır. Bu ve bunun gibi dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde davranarak yükümlülüklerini ihlal eden tarafın, davranışları sonucu karşı tarafın zarara uğraması durumunda sözleşmenin kurulmuş olup olmamasından bağımsız olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁴³⁹. Sözleşme görüşmelerinin uzaması sebebiyle sözleşme kurulacağına güvenerek yapılan masraflar, kaçırılan fırsatlar karşı tarafın zararı olarak değerlendirilerek sorumluluk kapsamında talep edilebilecektir⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Taraflar arasında ilk sosyal temasla başlayan güven ilişkisi kapsamında borcun konusunu teşkil eden edimden bağımsız birtakım borçlar gündeme gelir. Bu borçlar sözleşme kurulması önceki aşamada taraflar arasında kurulan temas sonucu oluşan güven ilişkisiyle birlikte başlayıp, sözleşme sona erse de varlığını sürdürür. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri adı verilen bu borçlar, sözleşme kurma amacıyla bir araya gelen taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından bağımsız olarak doğar. *Culpa in contrahendo* da geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önceki safhada karşımıza çıkan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlalinin ifade etmektedir. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 142 vd.

⁴³⁹ Gezder, **a.g.e.**, s. 105; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C: 1, s. 478 vd..

⁴⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu v.d., **a.g.e.**, s. 169.

3. Arabağlantı Sözleşmesinin Kurulması Bağlamında İşletmecilere Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü Getirilmesi

a. Arabağlantı Yükümlülüğü Kavramı ve Arabağlantı Yükümlüsü İşletmecilerin Belirlenmesi

Kural olarak taraflar arabağlantı sözleşmesi yapıp yapmayacaklarını ve yapacaklarsa sözleşme hükümlerini müzakere ederek serbestçe belirleyeceklerdir. Kural sözleşme serbestisi olmakla birlikte taraflardan birinin veya her ikisinin arabağlantı yükümlüsü olması durumunda bu serbesti kısıtlanmaktadır. Arabağlantı yükümlüsü arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciyi ifade etmektedir (EHK m. 3/f. 1/b. (f)). Bu yükümlülük EHK m. 16/f. 1 uyarınca taraflara ortada somut herhangi bir müzakere talebi yokken BTK tarafından getirilebileceği gibi, EHK m. 16/f. 2 uyarınca tarafların yürüttüğü müzakere sonrası sözleşme kurulamaması durumunda da getirilebilmektedir. İkinci durumda müzakere eden taraflar baştan arabağlantı yükümlüsü kılınmadığı halde müzakereler sonucu sözleşme kurulamadığı durumda kendilerine bu yükümlülük getirilmektedir.

İşletmecilere getirilen arabağlantı kurma yükümlülüğünün kaynağı EHK'dır. Dolayısıyla arabağlantı bakımından kanunun açık hükmüyle öngörülen bir sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. Ancak EHK'da doğrudan hangi işletmecilerin yükümlü olacağı belirtilmemiş; yükümlü işletmecilerin BTK tarafından belirleneceği belirtilmiştir.

Bir işletmecinin arabağlantı yükümlüsü kılınması onun açısından iki türlü bir sözleşme özgürlüğü kısıtlaması anlamına gelir. Birincisi işletmecinin arabağlantı sözleşmesi yapma yükümlülüğünün söz konusu olması; ikincisi kurduğu sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünün elinden alınmış olmasıdır. Arabağlantı yükümlüsü kendisine makul şartlar dâhilinde yapılan arabağlantı sözleşmesinin kurulmasına ilişkin her öneriyi kabul etmekle yükümlüdür⁴⁴¹. Diğer

⁴⁴¹ Ünver, *Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, s. 70.

bir ifadeyle, arabağlantı yükümlüsünün sözleşme özgürlüğü sözleşme yapmama yönünde irade gösterememesi bağlamında kısıtlanmıştır.

Telekomünikasyon alanındaki yasal düzenlemelere bakıldığında arabağlantı yükümlülüğü olarak belirtilen sözleşme yapma zorunluluğunun ilk olarak 4502 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu m. 10'da yer aldığı görülmektedir⁴⁴². İlgili hükmün ilk fıkrası uyarınca *“Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların ara bağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Kurum tarafından belirlenir. Ancak, Türk Telekom her halde ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir. Kurum tarafından ara bağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve Türk Telekom ‘ara bağlantı yükümlüsü’ olarak anılır”*. Bu hükme göre Türk Telekom her halde arabağlantı yükümlüsü kılındığı, onun dışındaki diğer arabağlantı yükümlüsü işletmecilerin ise Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirleneceği ikili bir düzenleme söz konusuydu⁴⁴³.

406 sayılı Kanun'un 10. maddesini değiştiren 4502 sayılı Kanunla Türk Telekom'un her halükârda arabağlantı yükümlüsü kılınmasının nedeni, telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesi bakımından tekel haklarının devam ediyor olmasıydı⁴⁴⁴. Söz konusu tekel hakkı 31.12.2003 tarihinde

⁴⁴² Pelin Güven, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 24 Haziran 2004**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004, s. 8.

⁴⁴³ Bu durumun kamu hukukundan kaynaklı sözleşme yapma yükümlülüğü olduğu hakkında bkz. Çelik, **a.g.e.**, s. 71.

⁴⁴⁴ Tekel hakkının yasal dayanağı olan 406 sayılı Kanun m. 2/c bendi şu şekildedir: “Türk Telekom; telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihine kadar bu Kanun ve görev sözleşmesi çerçevesinde tekel olarak yürütür. Kişisel telekomünikasyon tesisleri ile telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri veya telekomünikasyon ruhsatları veya genel izinlerinde ilgili işletmeci tarafından kurulması öngörülen telekomünikasyon altyapısı hariç olmak üzere, tüm telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesi de tekel kapsamına dahildir”. Hükmün devamına 12.5.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4673 sayılı Kanunla “Ancak, Türk Telekomdaki kamu payı %50'nin altına düştüğünde, Türk Telekomun tüm tekel hakları 31.12.2003 tarihinden önce de olsa ortadan kalkmış olur.” cümlesi eklenmiş olmasına rağmen Türk Telekom'un kamu

sona ermiştir. Piyasada Türk Telekom'un yasal tekelinin sona ermesinin sonucu olarak EHK'da arabağlantı yükümlülüğünün belirlenmesine ilişkin Türk Telekom'un her halükârda arabağlantı yükümlüsü olduğu ve diğer arabağlantı yükümlülerinin de BTK tarafından belirlendiği ikili düzenleme terk edilmiştir. Dolayısıyla yürürlükte bulunan EHK'da doğrudan bir işletmeci veya işletmeciler arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenmemiştir. BTK, değişen pazar koşullarına göre yükümlü işletmecileri belirleyecektir.

Arabağlantının erişimin bir türü olduğunu ve dolayısıyla ayrıık hüküm bulunmadıkça erişim sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin arabağlantı sözleşmelerine de uygulanacağını yukarıda belirtmiştik. Arabağlantı yükümlüsü işletmecinin belirlenmesi de arabağlantının diğer erişim türlerinden ayrıık olarak düzenlendiği durumlardan birini teşkil etmektedir.

Bir işletmeciye erişim yükümlülüğü getirilmesi için aranan ön şart işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olmasıdır⁴⁴⁵. Ancak bu ön şart arabağlantı yükümlülüğü bakımından aranmamaktadır. Bir başka deyişle arabağlantı dışındaki erişim türlerine ilişkin sözleşme kurma yükümlülüğü yalnızca etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilebilmektedir. Erişim yükümlülüğü getirilmesi için öncelikle etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler belirlenir. Daha sonra farazi bir analiz yapılarak bu işletmecilerin kendilerine yapılan erişim taleplerini doğrudan ya da makul olmayan sözleşme şartları öne sürerek dolaylı olarak reddetmesinin rekabet ortamının oluşumunu engelleyip engellemeyeceği veya son kullanıcıların

payının bu oranın altına düşmesi 1.1.2004 tarihinden sonra gerçekleştiğinden Türk Telekom'un yasal tekel hakları 1.1.2004 tarihinde sona ermiştir.

⁴⁴⁵ Yalnızca etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere erişim yükümlülüklerinin getirilebileceğini öngören EAY m. 8/ f. 1 şu şekildedir: “*Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde belirtilen kapsamda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir.*” Erişim yükümlülüğünün muhatabının etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olması gerektiği EHK'da yer alması gerekirken EAY'de yer almaktadır. Erişim yükümlülüğünü düzenleyen EHK m. 16/f. 1'de bu durumun yer almaması erişim yükümlülüklerinin etkin piyasa gücüne sahip olmasa bile işletmecilere getirilebileceği şeklinde bir yanlış anlaşılmaya sebep olabileceğinden ölçülülük ilkesi bakımından bir tehdit oluşturmaktadır. (Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 158.)

aleyhine olup olmayacağı tespit edilir. Farazi analizin sonucunda erişim taleplerinin reddedilmesinin rekabeti engellediği ya da son kullanıcıların aleyhine olduğuna karar verilmesi durumunda etkin piyasa gücüne sahip işletmeciye erişim yükümlülüğü getirilecektir.

Erişimin bir türü olan arabağlantı yükümlülüğünün getirilmesinde diğer erişim türlerinden farklı olarak işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olması aranmamaktadır. Arabağlantı yükümlülüğünün muhatabı etkin piyasa gücüne sahip olsun olmasın tüm işletmeciler olabilir, yeter ki kendisine yapılan arabağlantı sağlama talebini reddetmesinin sonucunda rekabet ortamının oluşumu engellenmiş veya son kullanıcıların aleyhine bir durum yaratılmış olsun. Bu sonuçların oluşup oluşmadığı yapacağı farazi değerlendirmeler sonucu BTK tarafından belirlenir.

İşletmecilere arabağlantı yükümlülüğü getirilmesi iki şekilde olabilir. Birinci durumda BTK yükümlülüğü belirlerken işletmeciler arasındaki somut öneri kabul ilişkisinden hareket etmemekte, piyasa koşullarını göz önünde bulundurarak farazi değerlendirmeler yapmaktadır (EAY m. 9/f. 1). BTK yaptığı farazi analizde işletmecinin içinde bulunduğu piyasanın şartlarını göz önünde bulundurur. Eğer işletmecinin kendisine yapılan arabağlantı talebini doğrudan veya dolaylı olarak reddetmesi, rekabet ortamının oluşumunu engelleyecek veya ortaya çıkacak durum son kullanıcıların aleyhine olacaksa BTK söz konusu işletmeciyi arabağlantı yükümlüsü olarak belirler.

İkinci durumda ise BTK, arabağlantı sözleşmesi müzakereleri sonucu sözleşme kurulamaması durumunda müzakerede bulunan işletmecilere arabağlantı yükümlülüğü getirmektedir (EHK m. 16/f. 2 ve EAY m. 9/f. 2). Talep gelmesi durumunda her işletmeci diğeriyle müzakere yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesine rağmen tarafların

anlaşamamaları durumunda BTK tarafından işletmecilere arabağlantı yükümlülüğü getirilebilecektir⁴⁴⁶.

Bu kapsamda işletmecilere getirilecek arabağlantı yükümlülüğünün şartlarına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumda biz, EAY m. 9/f.1’de yer alan şartların göz önünde bulundurularak somut olaydaki arabağlantı talebinin reddinin rekabet oluşumunu engellediği veya ortaya çıkacak durumun son kullanıcılar aleyhine olduğu durumlarda arabağlantı yükümlülüğü getirilebileceği kanaatindeyiz.

Getirilecek arabağlantı yükümlülüğünün yalnızca taraflar arasında müzakere edilen sözleşmeye mi ilişkin olduğu diğer işletmecilerle yapılacak sözleşmeleri de kapsayacak bir yükümlülük olduğu belirtilmemiştir. Ancak hükmün ifadesinden işletmecilerin her ikisinin de arabağlantı yükümlüsü kılınmasından, işletmecilere getirilen yükümlülüğün müzakere ettikleri sözleşmeyi kurmakla sınırlı olduğunun anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Arabağlantı yükümlülüğü getirilirken işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olmasına bakılmamasının nedeni arabağlantının son kullanıcılar arasında noktadan noktaya iletişimin sağlanmasında oynadığı roldür⁴⁴⁷. Arabağlantı kurulamaması durumunda arabağlantı talebini reddeden işletmecinin piyasa gücünden bağımsız olarak onun son kullanıcıları ile diğer işletmecinin son kullanıcıları arasında elektronik haberleşme kurulamayacağından etkin piyasa gücünden bağımsız olarak işletmecilere arabağlantı yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁴⁸.

Arabağlantı yükümlülüğü etkin piyasa gücünden bağımsız olarak işletmecilere getirilebildiği için yükümlülüğün getirilmesi için pazar analizi

⁴⁴⁶ EHK m. 16/f. 2’de öngörülen bu durum yalnızca arabağlantı için geçerli olup erişimin diğer türleri için söz konusu değildir. (Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 194, dn. 429.)

⁴⁴⁷ Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 192.

⁴⁴⁸ Bu durum EHK m. 6 hükmüyle de uyumludur. Gerçekten de EHK m. 6’da “Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve **gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak**” şeklinde sayılmaktadır. Arabağlantı yükümlülüğü de EHK m. 6’da kastedilen gerekli hallerin kapsamına girmektedir.

yapılarak etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu duruma ilişkin olarak BTK, ilgili sektörde pazar analizi yapmadan 26.08.2009 tarih ve 2009/DK-07/440 sayılı kararıyla kendilerine yetkilendirme yapılan sabit telefon hizmeti sunan işletmecileri diğer işletmecilerden gelen çağrı sonlandırma taleplerini karşılamaları bakımından arabağlantı yükümlüsü kılıp şebekelerinde uygulayacakları çağrı sonlandırma ücretini belirlemiştir⁴⁴⁹.

Arabağlantı yükümlülüğü getirilecek işletmecilerde etkin piyasa gücüne sahip olma şartı aranmamaktadır. Ancak teknik yapıları gereği bazı elektronik haberleşme sistemlerinde çağrının sonlandırılması yalnızca abonenin çağrıyla sonlandıracak işletmeciyle arabağlantı yapmayan işletmecinin abonesine ulaşma imkânı yoktur⁴⁵⁰. Dolayısıyla teknik yapısı gereği çağrının sonlanması bakımından sabit ve mobil şebeke işletmecileri aynı zamanda etkin piyasa gücüne sahip işletmeci konumundadır⁴⁵¹. Bu bakımdan sabit ve mobil şebekelerde çağrı sonlandırma pazarı bakımından arabağlantı yükümlülüğü ile etkin piyasa gücüne sahip olma şartı örtüşmektedir ve bu pazarlarda tüm işletmeciler etkin piyasa gücüne sahip ve arabağlantı yükümlüsüdür. Bu durum BTK tarafından yapılan sabit şebekede ve mobil şebekede çağrı sonlandırılmasına ilişkin pazar analizlerinden⁴⁵² de görülmektedir.

⁴⁴⁹ BTK kararı için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/2013-arabaglanti-ucretleri.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁴⁵⁰ Furkan Civelek, **Yeni Nesil Şebekelerin Telekomünikasyon Düzenlemelerine Etkileri**, s. 45; Bu durum Sabit Şebekede Çağrı Sonlandırma Pazarı Pazar Analizi Raporun s. 27’de şu şekilde ifade edilmiştir. “Her bir sabit şebeke işletmecisi kendi şebekesinde çağrı sonlandırma pazarında %100 pazar payına sahiptir. Ayrıca, sabit telefon hizmetleri pazarına yeni bir işletmecinin girmesi ve söz konusu işletmecinin kendi şebekesi olması durumunda söz konusu işletmeci de sabit şebekede çağrı sonlandırma pazarında %100’lük bir pazar payına sahip olacaktır.” (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/elektronik-haberlesme-sektorunde-pazar-analizleri/sabitcagrisonlandirma-pa-nd-2016.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁴⁵¹ Ünver, Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, s. 192.

⁴⁵² BTK tarafından yapılan Sabit Şebekede Çağrı Sonlandırma Pazarı Pazar Analizi Nihai Dokümanında şu şekilde yer almaktadır: “İşbu pazar analizi kapsamında incelenen arabağlantı hizmeti, sabit şebekede çağrı sonlandırma hizmetinin sunulması için kurulacak arabağlantıdır. Her şebeke işletmecisinin kendi şebekesinde sonlanacak çağrılar bakımından tekeli haiz olduğu da düşünüldüğünde, erişim ve arabağlantı sağlama yükümlülüğü kapsamında, sabit şebeke işletmecileri, arabağlantı hizmetini talep eden diğer işletmecilere çağrı sonlandırma hizmeti ve arabağlantı sunmaları gerekmektedir. Arabağlantı yükümlülüğü getirilmesinin arka planında,

Sabit şebeke ve mobil şebekelerin aksine internet şebekelerinin yapısı gereği işletmeciler birbirlerinin kullanıcılarına diğer işletmeciler üzerinden ulaşabilmektedir⁴⁵³. Bu yüzden bir işletmeci arabağlantı talebi reddedilse dahi bir başka işletmeci ile arabağlantı kurarak talebini reddeden işletmecinin kullanıcılarına hizmet sunabilmektedir. Bir başka deyişle internet şebekeleri bakımından arabağlantı talebinin reddedilmesi halinde, serbest rekabet ortamının oluşumunun engellenmesi ya da son kullanıcılar aleyhine bir durum yaratılması söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle arabağlantı kapsamında şebeke işletmecilerine bir arabağlantı yükümlülüğü getirilmemiştir⁴⁵⁴.

b. Arabağlantı Yükümlülüğünün Sonuçları ve Yerine Getirilmemesi Durumu

Arabağlantı yükümlüsüne öneride bulunarak arabağlantı sağlanmasını talep eden işletmeci bakımından ise sözleşme yapılmasına ilişkin talepte bulunulması bir hak teşkil eder. Arabağlantı yükümlüsü işletmecinin sözleşme kurma zorunluluğu, hak sahibi işletmecinin bu hakkını kullanarak yükümlü işletmeciye sözleşme kurma

elektronik haberleşme sektöründe yüksek giriş engellerinin varlığı ve bu engellerin alternatif işletmecileri pazara girmekten Sabit Şebekede Çağrı Sonlandırma Pazarı vazgeçirme olasılığı yatmaktadır. Teknik olarak çağrı sonlandırma hizmetlerinin arz ve talep ikamesinin bulunmadığı ve buna bağlı olarak da sabit şebeke işletmecilerinin kendi şebekelerinde sonlandıracakları çağrılar üzerinde tekel gücüne eşdeğer bir pazar gücüne sahip oldukları dikkate alındığında, çağrı sonlandırma hizmetlerinin talep eden işletmecilere sunulması zorunlu unsur kapsamında değerlendirilebilecektir. [...] Bu çerçevede, sabit şebekede çağrı sonlandırma pazarında EPG'ye sahip olan Türk Telekom'a ve Kurum tarafından kendisine numara tahsis edilen STH işletmecilerine arabağlantı sağlama yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir”(Çevrimiçi)<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/elektronik-haberlesme-sektorunde-pazar-analizleri/sabitcagrisonlandirma-pa-nd-2016.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.; Keza aynı şekilde Aynı şekilde Mobil Çağrı Sonlandırma Pazarı Pazar Analizi Nihai Dokümanında mobil çağrı sonlandırma pazarı kapsamında tüm işletmecilerin arabağlantı yükümlüsü kılındığı şu şekilde yer almaktadır : Mobil Şebekede Çağrı Sonlandırma Pazarı Pazar Analizi Nihai Dokümanında da benzer ifadeler kullanılmıştır: “Bu çerçevede, mobil çağrı sonlandırma pazarı kapsamında ilgili mevzuat dikkate alındığında ve yukarıda bahsi geçen rekabet ihlallerinin ortaya çıkabileceği düşünüldüğünde, mobil elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren mobil şebeke işletmecileri ve bildirim veya kullanım hakkı kapsamında yetkilendirilmiş diğer mobil işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir”(Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/elektronik-haberlesme-sektorunde-pazar-analizleri/ek-1-mcspa-nd-2017.pdf> (Erişim Tarihi: 5.7.2019).

⁴⁵³ Civelek, a.g.e., s. 45

⁴⁵⁴ A.e., s. 45.

talebini iletmesiyle ortaya çıkar⁴⁵⁵. Böyle bir talep söz konusu olmadığında arabağlantı yükümlüsünün sözleşme kurma zorunluluğu doğmamış olur. Arabağlantı yükümlüsü kendisiyle sözleşme yapmak isteyen kişinin makul önerisini kabul etmediğinde, işletmeci uzlaştırma yoluna başvurarak BTK'dan uzlaştırma sürecinin başlatılmasını talep edebilir. Bunun yanı sıra önerisi kabul edilmeyen işletmeci sözleşmenin kurulmuş sayılması için aynen ifa talebiyle adli yargı mahkemeleri nezdinde dava açabilecektir. Mahkemenin verdiği karar arabağlantı yükümlüsü işletmecinin irade beyanı yerine geçerek sözleşmeyi kuracaktır. Sözleşmeyi kurma talebi reddedilen ya da bu talepte bulunmak istemeyen işletmeci tazminat talep edebilir⁴⁵⁶.

Bunun yanı sıra arabağlantı sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda yaptırım olarak idari para cezası uygulanabileceği öngörülmüştür. BTKİYY m. 10 uyarınca işletmecinin arabağlantı sağlamaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

Arabağlantı sağlama yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda aynı zamanda rekabet hukuku kuralları bağlamında bir ihlal de söz konusu olabilir. Bu durumda kendisine arabağlantı sağlanmayan işletmeci tarafından Rekabet Kurumu'na yapılan şikâyet sonucunda rekabet ihlali tespit edilirse, yükümlülüğünü yerine getirmeyen işletmecinin rekabet hukuku yaptırımlarına maruz kalması gündeme gelebilir.

⁴⁵⁵ Sözleşme kurma yükümlülüğü bulunan enerji sözleşmeler bakımından aynı yönde tespit içi bkz. Hasan Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 254.

⁴⁵⁶ Sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu hallerde aynen aynen ifa veya uğranılan zararın tazmini dolayısıyla tazminat davası açılabilmesine ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu v.d., **a.g.e.**, s. 516; Ünver, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 293; Sözleşme kurma zorunluluğunun görüldüğü enerji sözleşmeleri bakımından da hak sahibinin sözleşmenin kurulması yönündeki talebinin yerine getirilmemesi durumunda hukuk mahkemelerinde ifa veya tazminat davası açabileceği ya da EPDK'ya sözleşmenin ifası yönünde başvuru yaparak talepte bulunabileceği hakkında bkz. Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, s. 259.

4. Arabağlantı Yükümlülüğüne Ek Olarak İşletmecilere Getirilebilecek Diğer Yükümlülükler

a. Genel Olarak

Özellikle daha çok son kullanıcısı bulunan yerleşik işletmecinin arabağlantı sağlamaması durumunda kendisinden arabağlantı talep eden ve daha az kullanıcısı olan bir işletmecinin piyasada var olmasının önüne geçilmektedir. Ancak arabağlantı sağlamaması durumunda kendi son kullanıcıları da diğer işletmecinin aboneleriyle iletişim kuramayacağı için arabağlantı talebini reddetmek yerleşik işletmeci açısından da olumsuz bir durum yaratmaktadır. Bu yüzden yerleşik işletmeciler uygulamada, kendisinden arabağlantı talep eden işletmeciyi sözleşme kurmayı reddetmekten daha çok makul olmayan koşullar öne sürerek örneğin yüksek ücretlerle arabağlantı sağlayarak işletmeciyi piyasa dışına itme yoluna başvurabilecektir⁴⁵⁷. Dolayısıyla pazarlık gücü yüksek olan işletmecinin bu durumunu kullanarak rekabetin oluşumunu engelleyecek şekilde arabağlantı sözleşmesinin koşulları belirlemesi ihtimaline karşı sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi gerekliliği doğmuştur⁴⁵⁸.

Sözleşmenin yapılmasına ilişkin arabağlantı yükümlülüğünün yanı sıra işletmecilere ayrıca sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak BTK tarafından birtakım yükümlülükler getirilebilmektedir⁴⁵⁹. Bu kapsamda BTK, işletmecilere EHK m. 16-21 ve EAY m. 10-15 arasında düzenlenen ayırım gözetmeme, erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme, referans arabağlantı teklifi hazırlama, şeffaflık, hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri ile ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülüklerinden birini, birkaçını veya tamamını getirebilir. Söz konusu

⁴⁵⁷ Sabit telefon şebekelerine ilişkin aynı yönde tespit için bkz. Sabit Şebekede Çağrı Sonlandırma Pazarı Pazar Analizi, s. 30, (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/elektronik-haberlesme-sektorunde-pazar-analizleri/sabitcagrisonlandirma-pa-nd-2016.pdf>, Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁴⁵⁸ Şükrü Kutlu, **a.g.e.**, s. 63.

⁴⁵⁹ Sözleşmenin içeriğine ilişkin bu düzenlemelerin tamamı erişim ve arabağlantı sözleşmeleri kapsamında getirilebilmektedir, tezimiz kapsamında biz sadece arabağlantı bağlamında ele alacağız.

yükümlülüklerden ayırım gözetmeme, erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme ve ortak yerleşim yükümlülükleri doğrudan sözleşme koşullarına ilişkindir. Bunların dışındaki yükümlülükler olan şeffaflık, hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri ve referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülüğü ise aslında diğer yükümlülüklerin uygulamasının gerçekleşmesi veya uygulanıp uygulanmadığının denetlenebilmesi işletmecilere getirilen ve doğrudan sözleşmenin içeriği ile ilgili olmayan yükümlülüklerdir.

Yukarıda saydığımız yükümlülüklerden ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülükleri EAY m. 14 ve m. 15 uyarınca etkin piyasa gücüne sahip olması şartı aranmadan tüm işletmecilere şartları gerçekleştiği takdirde getirilebilmektedir⁴⁶⁰. Ancak bunlar dışında kalan yükümlülükler olan ayırım gözetmeme, erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme, referans arabağlantı teklifi hazırlama, şeffaflık, hesap ayırımı ve/veya maliyet muhasebesi yükümlülüklerinin getirilebilmesi için işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olması aranmaktadır.

Elektronik haberleşme sektörünün şebeke endüstrisi özelliği göstermesi sonucu birçok alanda kalıcı piyasa aksaklığı içerdiği ve bu sebeple sektörün BTK tarafından regüle edildiğini ikinci bölümde ayrıntılarıyla açıklamıştık. Sektörün hukuken rekabete açılması sonucu sektöre yeni işletmecilerin girmesinin önü kanunen açılmıştır. Ancak kalıcı piyasa aksaklıklarının görüldüğü pazarlarda bu işletmecilerin fiilen varlık gösterebilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda kalıcı piyasa aksaklıklarının öngörüldüğü pazarlarda BTK'ya regülasyon yapma görevi verilmiştir⁴⁶¹. BTK'nın bu görevi gerçekleştirilebilmesinin ilk adımı regüle edilecek pazarların tespit edilmesidir. Çünkü eğer bir pazarda serbest rekabet varsa o pazarın regüle edilmesine bir başka ifadeyle o pazarın öncül olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Öncül düzenlemeler ile kastedilen regülasyonlardır.

⁴⁶⁰ Y.y., **Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman**, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2014, s. 29, dn. 31.

⁴⁶¹ Bu görev, BTK'nın görevleri arasında EHK m. 6'da "Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak" şeklinde sayılmaktadır.

Yapılan pazar analizi sonucunda piyasa aksaklıkları tespit edilmektedir. Söz konusu piyasa aksaklıkları sonucu ortaya çıkabilecek rekabetin oluşumunu engelleyebilecek olası durumların önüne geçmek için regülasyon olarak adlandırılan öncül düzenlemeler yapılmaktadır. Düzenlenmesi gerektiği tespiti yapıldığında aynı zamanda pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler de tespit edilmiş olmaktadır. Bir başka deyişle pazarda yapılan piyasa analizi sonucu etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin varlığının tespit edilmesi o pazarın düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Pazarın düzenlenmesi de işletmecilere getirilen yükümlülüklerle olmaktadır. Bu yükümlülüklerden her biri aşağıda ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

b. Etkin Piyasa Gücü Kavramı ve Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesi

Etkin piyasa gücü, “*işletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik gücü*” olarak tanımlanmıştır (EHK m. 3/f. 1/ b. (r)).

BTK, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesine ilişkin olarak Pazar Analizi Yönetmeliği⁴⁶² (PAY) kapsamında hareket ederek öncül pazar analizleri yapmaktadır. Pazar analizleri, PAY m. 5 uyarınca BTK tarafından re’sen 3 yılda bir veya bir işletmecinin gerekçeli talebi üzerine yapılabilir.

Pazar analizi süreci, PAY m. 5/f. 3 uyarınca a) *İlgili pazarın tanımlanması*, b) *İlgili pazardaki düzenleme gereksiniminin incelenmesi*, c) *İlgili pazardaki rekabet seviyesinin analiz edilmesi*, ç) *İlgili pazardaki etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesi* ve d) *İlgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğu tespit edilen işletmecilere ilişkin getirilecek yükümlülük veya yükümlülüklerin*

⁴⁶² R.G. 27.11.2012/28480.

belirlenmesi aşamalarından oluşur. İlgili pazar⁴⁶³ tanımlanırken ilgili ürün/hizmet pazarı⁴⁶⁴ ile ilgili coğrafi pazar⁴⁶⁵ dikkate alınmaktadır. Pazar belirlendikten sonra ilgili pazarın düzenleme gereksinimi bulunup bulunmadığı analiz edilmektedir. Bu analiz kapsamında mehz AB mevzuatından PAY m. 7'ye aynen aktarılan üçlü kriter testi yapılmaktadır⁴⁶⁶. Bu üçlü kriter testi kapsamında i) Pazara giriş önünde yüksek ve geçici olmayan engel veya engellerin olması, ii) Pazar yapısının belirli bir dönem içinde kendiliğinden rekabetçi yapıya kavuşacağının beklenmemesi, iii) Rekabet hukuku kurallarının tek başına uygulanmasının pazar aksaklıklarını gidermede yetersiz olması koşullarının aynı anda gerçekleşmesi durumunda ilgili pazarda öncül düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu üç şartın bir arada bulunmadığı durumda ise ilgili pazarda öncül düzenleme gereksinimi olmadığından pazar analizine son verilir. Öncül düzenleme ihtiyacı olan pazarlarda pazar analizinin bir sonraki aşamasını rekabet seviyesinin ölçümü ve bu bağlamda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesi oluşturur. PAY m. 9/f. 1 uyarınca etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler belirlenirken işletmecilerin sahip oldukları pazar payları öncelikle dikkate alınmakla birlikte maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kriterlerden de uygun olduğu ölçüde yararlanılacaktır⁴⁶⁷.

⁴⁶³ PAY m. 3/c bendi uyarınca “Ülkenin tümünde veya bir bölümünde sunulmakta olan belirli bir elektronik haberleşme hizmeti ve onunla yüksek derecede ikame edilebilen diğer elektronik haberleşme hizmetlerinden oluşan pazar” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁶⁴ PAY m. 3/ ç bendi uyarınca “İlgili ürün/hizmet pazarı: Fiyatları, kullanım amaçları ve işlevsel özellikleri ile rekabet koşulları veya arz talep yapısı açısından birbirleriyle değiştirilebilir ya da ikame edilebilir ürünler/hizmetler” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁶⁵ PAY m. 3/b bendi uyarınca “İlgili işletmecilerin ürün veya hizmetlerine ilişkin arz ve talebin gerçekleştiği, rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu ve komşu alanlardaki söz konusu şartların yeterli derecede farklı olması nedeni ile ayırt edilebilir nitelikte olduğu alan” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁶⁶ Üçlü kriter testinin yer aldığı Avrupa Komisyonu tavsiye raporu için bkz. Commission Recommendation of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, L 295/79, 2014/710/EU, Brussels, 11.10.2014 (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0710> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁴⁶⁷ PAY m. 9/2'de bunlar “Pazar payının yanı sıra kolayca tekrarlanamayan altyapıların kontrolü, teknolojik avantajlar veya teknolojik üstünlük, dengeleyici alıcı gücünün düşüklüğü veya olmaması, finansal kaynaklara veya sermaye piyasalarına kolay ve ayrıcalıklı erişim imkânı, ürün veya hizmet çeşitliliği, ölçek ekonomisi, kapsam ekonomisi, dikey bütünleşme, gelişmiş dağıtım ve satış ağları, potansiyel rekabetin olmaması, genişleme önündeki engeller” olarak sayılmıştır.

BTK, etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirledikten sonra, ilgili pazarda rekabet ortamının sağlanması için bu işletmecilere arabağlantı sözleşmeleri kapsamında ayırım gözetmeme, referans arabağlantı teklifi hazırlama ve şeffaflık, erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme, hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüklerinden birini birkaçını veya tamamını getirebilecektir (EAY m. 7). Ayrıca aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olduğu belirlenen işletmecilere getirilecek yükümlülükler arasında farklılaştırma yapılabilecektir. Bu farklılaştırma farklı yükümlülüklerin getirilmesi şeklinde olabileceği gibi, aynı yükümlülüğün uygulama detaylarının farklılığı şeklinde de olabilecektir⁴⁶⁸.

PAY m. 14 uyarınca pazar analizlerine yönelik kamuoyu görüşü alınmasına ilişkin dokümanlar, kamuoyu görüşleri sonrası değerlendirmeleri içeren dokümanlar ve pazar analizleri sonucunda getirilen yükümlülükleri ihtiva eden nihai pazar analizi dokümanları BTK'nın internet sitesinde yayımlanmaktadır⁴⁶⁹.

Sonuç olarak yapılan pazar analizleri kapsamında BTK'nın idari işlem teşkil eden kararı sonucu getirilen yükümlülükler arabağlantı sözleşmesinin içeriği bakımından belirleyici olmaktadır.

⁴⁶⁸ Bu durum EHK m. 7/f. 3, EAY m. 7 ve PAY m. 11 hükümlerinde öngörülmüştür. Örneğin sabit şebekelerde çağrı sonlandırma pazarında tüm şebeke işletmecileri kendi şebekelerinde sahip oldukları çağrı sonlandırma tekeli sebebiyle %100 Pazar paylarıyla etkin piyasa gücüne sahip olsalar da Türk Telekom'un yerleşik işletmeci olması ve abone sayısı yurt içi sabit trafiğe ilişkin veriler ışığında perakende sabit pazarlarda diğer sabit şebeke işletmecilerinden çok daha fazla pazar payına sahip olması nedeniyle Türk Telekom'a getirilecek yükümlülükler ile diğer sabit şebeke işletmecilerine getirilecek yükümlülükler arasında farklılaştırma yapıldığına ilişkin bkz. Y.y., **Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman**, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2014, s. 34. (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/elektronik-haberlesme-sektorunde-pazar-analizleri/sabitcagrisonlandirma-pa-nd-2016.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁴⁶⁹ (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/elektronik-haberlesme-sektorunde-pazar-analizleri> (Erişim Tarihi: 5.7.2019).

c. Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilere Getirilebilecek Yükümlülükler

(1) Ayrım Gözetmeme Yükümlülüğü

EHK m. 16/f. 5 ve EAY m. 10'de yer aldığı üzere ayrım gözetmeme yükümlülüğü bulunan işletmeci kendisinden talep edilen hizmetleri talep eden işletmecilere, bu işletmeciler arasında ayrım gözetmeden ve kendi ortaklarına, iştiraklerine ve ortaklıklarına sağladığı koşullarla sağlamakla yükümlüdür. Ayrım gözetmeme yükümlülüğü özellikle dikey bütünleşik yapıda yani hem perakende düzeyde hem de toptan düzeyde elektronik haberleşme hizmeti veren işletmeciler düşünüldüğünde onların rekabetin oluşumunu engelleyen davranışlarının önüne geçmek bakımından önemlidir⁴⁷⁰. Ayrım gözetmeme yükümlülüğü getirilen işletmeci haklı gerekçeleri bulunmadıkça tüm işletmecilere eşit koşullarda hizmet sunacaktır.

(2) Sözleşmede Uygulanacak Ücret Tarifelerini Maliyet Esaslı Belirleme Yükümlülüğü

EHK m. 4/f. 1(1) ve EAY m. 12'de yer aldığı BTK düzenlemeleri saklı kalmak üzere işletmecilerin aralarındaki sözleşmelerde uygulayacakları arabağlantı da dâhil olmak üzere erişim tarifelerini serbestçe belirlemeleri esastır⁴⁷¹. Bununla birlikte işletmeciler uyarınca ücretleri rekabetin engellenmesine, bozulmasına veya kısıtlanmasına neden olacak şekilde belirleyemezler (EAY m. 5/f. 1/b. (h)).

BTK, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere arabağlantı da dahil olmak üzere erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme yükümlülüğü getirebilmektedir. Arabağlantı sözleşmelerinde ücretin belirlenmesi hem arabağlantı sunan hem de

⁴⁷⁰ Y.y., Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2014, s. 31.

⁴⁷¹ EHK m. 13/f. 2(b) ve PAY m. 10 uyarınca etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilebilecek olan tarife kontrolü yükümlülüğü işletmecilerin hem perakende hem de toptan pazarda sundukları hizmetlerin ücretlerinin kontrole tabi tutulmasını kapsamaktadır. Ancak tezimizin kapsamının dışına çıkmamak amacıyla burada sadece erişim tarifelerine ilişkin açıklama yapılacaktır.

talep eden işletmeci bakımından çok önemlidir. Arabağlantı ücretleri son kullanıcılara yansıtılan masraf kalemleri arasında olmakla birlikte ücretlerin yüksek olması son kullanıcıların o işletmeciye tercih etmemesine yol açmaktadır. Bu nedenle bir yandan arabağlantı talep eden işletmeci düşük arabağlantı ücreti ile maliyetini azaltmayı hedeflerken arabağlantı sunan işletmeci ise sunduğu arabağlantı kapsamında aynı sektörde hizmet verdiği rakibinden yüksek ücret almak istemektedir. Bu durumun önüne geçilerek hem arabağlantı sağlayan tarafın zarar etmemesi hem de etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin arabağlantı ücreti üzerinden bir avantaj elde etmesinin önüne geçmek amacıyla ücretin maliyet esaslı belirlenmesi yükümlülüğü getirilebilmektedir⁴⁷².

Ücretlerin maliyet esaslı belirlenmediği durumlarda farklı hizmetler sunan işletmecilerin bir hizmetin maliyetini diğer bir hizmetten elde edilen ücretle desteklemeleri mümkündür. EAY m. 5/ğ uyarınca bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılması ilkesi benimsenerek çapraz sübvansiyon yapılması yasaklanmıştır. Ücretlerin maliyet esaslı belirlendiği durumda çapraz sübvansiyon olarak adlandırılan bu durumun önüne geçilmesi mümkündür⁴⁷³.

Kendisine maliyet esaslı ücret belirleme yükümlülüğü getirilen işletmeci BTK tarafından talep edilmesi durumunda erişim tarifelerini maliyet esaslı belirlediğini ispatlamak zorundadır (EAY m. 12/f. 2). Yükümlü işletmeciler

⁴⁷² Ücretlerin maliyet esaslı belirlenmesinin nasıl yapılacağı EHK m. 12/f. 4(a) hükmünde şu şekilde öngörülmüştür: “*Tarifeler, maliyet esasına göre belirlenirken aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurulur.*

- a) Erişim hizmetleri için maliyet esaslı tarifenin, hizmetleri sunmak için yatırılması gereken sermayeden makul bir geri dönüşü içerecek biçimde, hizmetin etkin olarak sağlanmasının ileriye dönük uzun dönem artan maliyeti ile ortak maliyetlerin hizmetle ilişkilendirilebilen kısmının toplamı şeklinde belirlenmesi esastır. b) Kurum, erişim hizmetinin aynı altyapıyı paylaştığı diğer hizmetler ile olan ilişkisi ve maliyetlerin hesaplanmasında kullanılması öngörülen verilerin elde edilebilirliği gibi hususları dikkate alarak, uzun dönem artan maliyet yönteminin farklı türlerinin veya elektronik haberleşme sektöründe uygulaması bulunan diğer yöntemlerin kullanılmasını uygun görebilir.
- c) Maliyetler, hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetini aştığı takdirde, aşan kısım hizmetin etkin olarak sağlanması açısından gereksiz gider ve maliyet olarak kabul edilir. Bu tür gider ve maliyetler yasal zorunluluktan kaynaklanmaları veya diğer nedenlerle zaruri olduklarının kanıtlanması hâlinde dikkate alınır.”

⁴⁷³ Ünver, Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, s. 330, dn. 695.

tarafından tarifelerin maliyet esaslı belirlenmediğinin tespit edilmesi durumunda BTK söz konusu tarifeleri maliyet esaslı belirleyecektir (EAY m. 12/f. 3).

(3) Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülüğü

Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri, özellikle tarife kontrolü yükümlülüğü ile ayırım gözetmeme yükümlülüğünün gerçekleştirilebilmesi bakımından önemli ve gereklidir. Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri kapsamında etkin piyasa gücüne sahip işletmeci tarafından sunulan hizmetlerin maliyetlerinin belirlenmesinin yanı sıra bu hizmetlerden ötürü ayrımcılığa yol açılıp açılmadığının denetlenmesi ve söz konusu hizmetlerin diğer hizmetlerle olan ilişkisinin tespiti sağlanmaktadır. Çünkü hesaplar ayrıştırılmadan hangi hizmet kaleminin nasıl ücretlendirildiği tespit edilemeyeceğinden farklı işletmeciler arasında ayrımcılık yapılıp yapılmadığı belirlenemez. Ayrıca birçok alanda farklı hizmetler sunan işletmecilerin çapraz sübvansiyon yapılıp yapılmadığının denetlenmesi hesap ayrımı yapılması ve maliyet muhasebesi tutulması sayesinde mümkündür. EHK m. 21/f.1 ve EAY m. 13 hesap ayrımı yükümlülüğü getirilen işletmeciler, BTK tarafından belirlenecek hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin usul ve esaslar kapsamında faaliyet alanları ve iş birimleri için ayrı ayrı hesap tutmakla yükümlüdür.

(4) Şeffaflık Yükümlülüğü

Şeffaflık yükümlülüğü, işletmecilere getirilen tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından gerekmektedir. Çünkü bu sayede işletmecilere getirilen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığı BTK tarafından denetlenebilmekte bu durum da işletmecilerin bu yükümlülüklerle uyması bakımından baskı unsuru oluşturmaktadır. Aynı zamanda şeffaflık yükümlülüğü hangi koşullarda sözleşme yapacaklarını bilmelerini sağladığı için piyasaya girmek isteyen yeni işletmecilere öngörülebilir bir ortam yaratmaktadır. BTK tarafından işletmecilere getirilen şeffaflık yükümlülüğü kapsamında EAY m. 11/f. 1 işletmecilerden sunacakları erişim ve arabağlantı hizmetleri kapsamında şebeke özellikleri, teknik özellikler,

şebeke özellikleri, tedarik ve kullanıma ilişkin hüküm ve koşullar ile ücretler gibi belirli bilgileri aleni hale getirmeleri istenebilecektir. Maddede kullanılan “gibi” ibaresinden şeffaflık yükümlülüğü kapsamında sayılanların sınırlı sayıda olmadığı BTK tarafından bunlar dışındaki bilgilerin de şeffaflık yükümlülüğüne dahil edilebileceği anlaşılmaktadır.

(5) Referans Arabağlantı Teklifi Hazırlama Yükümlülüğü

i. Genel Olarak

EAY m.11’de şeffaflık yükümlülüğünün yanı sıra referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülüğü yer almaktadır. Referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler, kendilerine arabağlantı sunma yükümlülüğü getirilen işletmecilerdir. Referans teklif hazırlamakla yükümlü işletmeciler kendilerine bu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren üç ay içinde asgari olarak EAY Ek-1’de yer alan hususları içerecek ve varsa BTK tarafından belirtilen unsurları kapsayacak şekilde taslak referans arabağlantı teklifleri hazırlayarak BTK’ya sunmak zorundadır⁴⁷⁴. Referans arabağlantı teklifleri

⁴⁷⁴ EAY EK-1 şu şekildedir:

“REFERANS ERİŞİM VE/VEYA ARABAĞLANTI TEKLİFLERİNDE YER ALMASI GEREKEN ASGARİ HUSUSLAR

1. Genel hükümler

1.1. Tarafların hak ve yükümlülükleri,

1.2. Mülkiyet hakları,

1.3. Gizliliğin korunması,

1.4. Sözleşmenin süresi ve yeniden müzakere koşulları,

1.5. Taraflardan herhangi birinin şebekesinde veya sunulan hizmetlerde değişiklik yapılması önerildiğinde izlenecek yöntemler.

2. Sunulan hizmetlere ilişkin hükümler

2.1. Hizmet(ler) (arabağlantı, yerel ağa ayrıştırılmış erişim, veri akışı erişimi, yeniden satış gibi);

a) Tanım ve kapsam,

b) Gerekli şebeke ve transmisyon unsurları,

c) Erişim noktaları,

ç) Test prosedürleri,

d) Biçimlendirmeye (konfigürasyona) ilişkin hususlar.

2.2. Ortak yerleşim (*);

a) Ortak yerleşim noktalarına ilişkin bilgiler,

b) Ortak yerleşim noktalarına ilişkin fiziksel, uzaktan ve sanal ortak yerleşim gibi seçenekler,

c) Ortak yerleşime konu ekipmanların özellikleri ve kısıtları,

ç) Ortak yerleşim noktalarının güvenliğini sağlamak üzere alınacak önlemler,

hazırlanırken sunulacak hizmetlerin gerekli ayrıştırma yapılarak ve her bir hizmetin fiyatı belirtilerek sunulması gerekmektedir. Böylece hizmet almak isteyen işletmecilerin yalnızca talep ettikleri hizmeti alması ve diğer hizmetler için para ödememesi sağlanmaktadır. Bu hükümle birlikte etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin bu gücünü kullanarak karşı tarafa almak istemediği bir hizmeti dayatma ihtimali ortadan kaldırılmak istenmiştir. Böylece bu durum EAY m. 5/e ‘de belirtilen “*kullanıcıların talep ettikleri hizmetlerin dışında herhangi bir hizmeti satın almak zorunda bırakılmaması*” genel ilkesinin referans arabağlantı tekliflerine uyarlanmış halidir.

BTK, kendisine sunulan taslak referans tekliflerini EAY m.5’te yer alan ilkeler kapsamında inceler ve uygun bulmadığı hükümlerin değiştirilmesi için işletmeciye belirli bir süre verir (EAY m. 11/4). İşletmeci, bu süre içinde gerekli değişiklikleri yaparak referans arabağlantı teklifini onaylaması için BTK’ya tekrar iletmelidir. Bu süre sonunda işletmecinin kendisinden talep edilen değişiklikleri yapmamış olması durumunda, ilgili değişiklikler BTK tarafından re’sen yapılacaktır.

BTK tarafından doğrudan ya da gerekli değişiklikler yapılarak onaylanan referans arabağlantı tekliflerini internet sitelerinde ve BTK tarafından belirlenecek diğer mecralarda yayınlamakla yükümlüdürler.

-
- d) Ortak yerleşim hizmetinden yararlanan işletmecinin personelinin ortak yerleşim noktalarındaki ekipmanlarına erişim koşulları,
 - e) Ortak yerleşim yerinin kısıtlı olduğu hâllerde yer paylaşımında uygulanacak esaslar,
 - f) Ortak yerleşime uygun yerin mevcut olup olmadığının kontrolüne ilişkin esaslar.
 - 3. Ücretler, ödemeler ve faturalama prosedürleri
 - 4. Talep tahminlerine ilişkin hususlar
 - 5. Siparişlerin iptal edilmesi hâlinde uygulanacak yaptırımlar
 - 6. Şebeke bütünlüğü ve güvenliğine ilişkin hususlar
 - 7. Abone hareketleri
 - 8. Hizmet seviyesi taahhüdü
 - 9. Arızaların giderilmesine yönelik prosedürler
 - 10. Kullanılacak ekipmanın teknik özellikleri ve tabi olacağı standartlar
 - 11. Sinyalleşme, trafik veya şebeke yönetimi gibi işleme ilişkin hususlar

(*) Ortak yerleşimin gerekli olduğu hizmetler ve yükümlü işletmeciler için zorunludur.”

İşletmeciler referans arabağlantı tekliflerini aksi belirtilmedikçe her yıl Şubat ayı sonuna kadar önceki teklifleri baz alarak yenileyerek BTK'ya gönderir (EAY m. 11/f. 3). Burada yenilemeden kastedilenin ne olduğu belirtilmemekle birlikte arabağlantı ücretlerinin yıllık olarak güncellenmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. İşletmecilerin de değişen pazar koşulları ve teknolojik gelişmeler kapsamında referans tekliflerde değişiklik yapmak için BTK'ya başvurabileceği yine aynı hükümde belirtilmiştir. İşletmeciler tarafından iletilen yeni teklifler onaylanıncaya kadar geçen sürede bir boşluk oluşmaması adına mevcut teklifler geçerliliğini koruyacaktır.

Referans teklifler sayesinde piyasaya yeni girecek işletmecilerin sözleşme şartlarını önceden görmesi ve ilgili piyasada etkin rekabetin sağlanacağı koşullarda hizmet alması mümkün kılınmaktadır. Referans arabağlantı teklifleri arabağlantı talep eden işletmeciler bakımından piyasanın şeffaflığını arttırmakta ve alınacak hizmetlere ilişkin ayrımcılık yapılamayacağını garanti etmektedir⁴⁷⁵.

ii. Referans Arabağlantı Tekliflerinin Hukuki Niteliği

Referans tekliflerin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda mevzuatımızda bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁷⁶. İşletmecilerin hazırladıkları referans tekliflerde yer alan hükümlerle hizmet sunmak zorundadır (EAY m. 11/f. 6). Referans arabağlantı teklifi, onu hazırlayan işletmecinin kendisinden talep edilmesi durumunda her bir işletmeciye karşı arabağlantı sunarken uygulayacağı şartları içermektedir. Referans arabağlantı teklifinin içinde “teklif” kelimesi geçmesine rağmen bunun hukuki anlamda teklif olup olmadığı incelenmelidir. Hukuki anlamda teklif ya da öneri, taraflardan birinin yaptığı sözleşmenin kurulması için gerekli objektif ve varsa sübjektif esaslı noktaları içeren ilk irade açıklamasıdır⁴⁷⁷. Öneri karşı tarafın kabul

⁴⁷⁵ Spindler/Schuster, **Recht der elektronischen Medien (Kommentar)**, C.H.Beck, 3. Auflage, 2015, s. 1669, Kn. 3.

⁴⁷⁶ Alman Hukukunda bu konuda açık hüküm mevcuttur. TKG Art. 23/Abs. 8 da işletmecinin yayınladığı referans arabağlantı teklifinin genel işlem şartı olarak sözleşmede yer almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

⁴⁷⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 177; Herdem Belen, “Sözleşmenin Kurulması, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçların İfası- Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları”, **Prof. Dr. İsmet**

yönündeki irade açıklamasıyla sözleşmeyi kurar. Önerinin karakteristik özelliği, öneride bulunan kişinin bununla bağlı olmasıdır. İşletmeciler EAY m. 11/f. 6 uyarınca referans arabağlantı tekliflerinde yer alan şartlarla sözleşme kurmakla yükümlüdür. Bu bağlamda referans arabağlantı tekliflerini BTK'nın kendilerine getirdiği yükümlülük sonucu yayınladıklarını belirten ancak bu hükümlerle bağlı olmadıkları yönünde irade beyan eden işletmecilerin bu yöndeki irade beyanı EAY m. 11/f. 6'nın emredici hükmü karşısında geçersizdir⁴⁷⁸. Referans arabağlantı tekliflerinin asgari içeriğinin yer aldığı EAY Ek-1 incelendiğinde buradaki referans arabağlantı teklifinin sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını kapsadığı görülmektedir. Dolayısıyla biz referans arabağlantı tekliflerinin hem sunan taraf için bağlayıcı olması hem de sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını içermesi sebebiyle öneri niteliğinde olduğu kanaatindeyiz⁴⁷⁹.

Referans arabağlantı teklifinin öneri olarak nitelendirilmesinin pratik sonucu, diğer işletmecilerin doğrudan referans arabağlantı teklifinde yer alan şartlarla sözleşme kurmayı kabul etmeleri halinde teklifi yapan işletmeci ile aralarında arabağlantı sözleşmesinin kurulmuş olacağıdır. Referans arabağlantı teklifini sunan işletmeci, karşı tarafın kabul iradesiyle kurulmuş sözleşme kapsamında yükümlülüklerini gerçekleştirmezse, bu durumda mağdur olan taraf BTK nezdinde uzlaştırma prosedürü başlatılarak sözleşme kapsamındaki

Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I Anılar 24-25 Mart 2012, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 55.

⁴⁷⁸ Örnek olarak bkz. Turkcell Referans Arabağlantı Teklifi "Turkcell'in gerçek irade ve arzusunu yansıtmamakta, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun konuya ilişkin idari işlem ve kararlarının bir gereği olarak internet sayfasında yer almaktadır." <https://www.turkcell.com.tr/tr/hakimizda/duyurular/referans-arabaglantı-teklifleri> (Çevrimiçi) (Erişim tarihi: 5.7.2019).

⁴⁷⁹ Ünver, referans arabağlantı tekliflerinin teklifi yapan işletmeci tarafından bağlayıcı bir öneriye davet olduğunu, dolayısıyla referans arabağlantı teklifinin yayınlanmasından sonra diğer işletmecinin teklifi yayınlayan işletmeciyle bu şartlarla sözleşme kurma talebinin öneri teşkil ettiğini, ancak referans arabağlantı teklifini yayınlayan işletmecinin kabul beyanı vermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. (Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 131) Ünver'in referans arabağlantı tekliflerine ilişkin bağlayıcı öneriye davet şeklindeki nitelemesinin pratik kaygılarla yaptığını tahmin etmekle birlikte, söz konusu nitelendirmenin doğru bir nitelendirme olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü öneriye daveti, icaptan ayıran yalnızca icaba davette bulunan kişinin bununla bağlı olma iradesindeki eksiklikler. Dolayısıyla bağlayıcı bir icaba davet, icap olarak nitelendirilmeli ve yol açacağı sonuçlar buna göre şekillendirilmelidir.

uyuşmazlığın giderilmesini ya da adli yargıda dava açarak aynen ifayı talep edecektir.

Öneri niteliğinde olmasının yanı sıra referans arabağlantı teklifleri aynı zamanda genel işlem şartı niteliğindedir⁴⁸⁰. Genel işlem şartları, TBK m. 20/f. 1de yer alan tanımından hareketle ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla sözleşme taraflarından birinin önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme şartlarıdır. Referans arabağlantı teklifleri, kendilerine yükümlülük getirilen işletmeci tarafından hazırlanmakta, bir başka deyişle sözleşmenin karşı tarafının bu hazırlık sürecine dahil söz konusu olmamaktadır. İşletmeciler BTK tarafından onaylanan referans arabağlantı tekliflerinde yer alan koşullarla arabağlantı sağlamak zorundadır (EAY m. 11/f. 6). Bir başka ifadeyle hazırlanmış bu referans arabağlantı teklifleri gelecekte yapılan arabağlantı sözleşmelerinin içeriğini oluşturmaktadır. Tanım kapsamında değerlendirildiğinde referans arabağlantı teklifi, genel işlem şartlarının tüm unsurlarını taşımaktadır. Genel işlem koşulunu kullanan tarafın işletmeci olması ve ancak BTK'dan yetki almaları durumunda faaliyet göstermesi de TBK m. 20/f.4'ün açık hükmü karşısında referans arabağlantı teklifinde yer alan şartların genel işlem koşulu olmasını engellemeyecektir.

Referans arabağlantı teklifinin işletmeci tarafından hazırlandıktan sonra BTK'ya sunulması gerekmektedir. Referans arabağlantı tekliflerine ilişkin olarak BTK tarafından gerçekleştirilen bu denetim idari ön denetimdir. Genel işlem şartı olan referans arabağlantı tekliflerinin BTK'nın idari ön denetimine tabi olması, söz konusu teklif hükümlerinin daha sonradan yargısal denetime tabi olmasını engellemez⁴⁸¹. Referans arabağlantı teklifi BTK tarafından onaylandıktan sonra

⁴⁸⁰ Benzer şekilde elektrik piyasasında piyasa işletmecisi TEİAŞ tarafından hazırlanan ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanı'nın onayı ile geçerli hale gelen piyasa katılım anlaşmasının genel işlem şartı teşkil ettiğine ilişkin bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 198-203.

⁴⁸¹ Bu duruma ilişkin olarak sigorta genel işlem şartlarını örnek olarak gösterilebilir. Özel hukuk kişileri tarafından hazırlanan sigorta genel işlem şartlarının kamusal bir makam tarafından onaylanmış olmasının bu şartların genel işlem şartı niteliğini ortadan kaldırmadığı, bu şartlara ilişkin öngörülen idari denetimin yanında ayrıca her zaman hâkim denetiminden geçmesinin mümkün olduğunu vurgulamıştır. (Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 160

işletmeciler onaylanmış referans arabağlantı teklifinde yer alan şartlarla işlem sunabilirler. Referans arabağlantı teklifini inceleyen BTK, yaptığı inceleme kapsamında teklifin uygun olmadığına karar verir⁴⁸² teklife onay vermeyip işletmeciden gerekli değişikliklerin yapılmasını talep eder. Bu değişiklikler işletmeci tarafından yapılarak BTK'ya sunulursa BTK yapılan değişiklikleri denetleyerek onay verir. Talep edilen değişikliklerin işletmeci tarafından yapılmaması durumunda BTK değişiklikleri re'sen yapabilir.

Genel işlem şartlarının kullanımı kural olarak onları kullanan tarafın lehinedir, çünkü taraf önceden sözleşmeden kaynaklanan riskleri hesaplayarak bunu karşı tarafa yükleme eğilimindedir⁴⁸³. Ancak referans arabağlantı tekliflerinin hazırlanması ve yayınlanması aynı zamanda da arabağlantı talep eden işletmeciler lehinedir. Bunun ilk nedeni genel işlem şartı teşkil eden referans arabağlantı tekliflerinin kullanılmadan önce BTK'nın idari ön denetiminden geçmesidir⁴⁸⁴. İdari öndenetim ile sağlanmak istenen taraflar arasında herhangi bir uyumsuzluk çıkmadan bunun önüne geçmektir⁴⁸⁵. Ayrıca denetimden geçen tekliflerin yayınlanmasıyla sözleşme yapacak işletmeciler alacakları arabağlantı hizmetinin şartlarını öğrenebilmektedir. Referans arabağlantı tekliflerinin sektörel bir kurum tarafından idari öndenetimden geçmesi pazarlık gücü eşit olmayan işletmeciler

2001, s. 63); Keza işletmeci ile son kullanıcı arasında akdedilen elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin şartları genel işlem şartı niteliğinde olup BTK'nın idari ön denetimine tabidir. Bu durumun sözleşme aynı şartların genel işlem şartlarının yürürlük, yorum ve içerik denetimi olarak gerçekleşen yargısal denetime tabi olmasını engellemeyeceği hakkında bkz. Yıldız, **a.g.e.**, s. 59; Mobil haberleşme abonelik sözleşmelerine ilişkin olarak aynı yönde bkz. Osman Açıkgöz, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 234.

⁴⁸² EAY m. 11/f. 4/c. 1 uyarınca BTK, referans arabağlantı teklifinin uygun olup olmadığına EAY m. 5'te yer alan ilkeler doğrultusunda karar verecektir. EAY m. 11/f. 4/c. 1 şu şekildedir: “*Kurum, 5 inci maddede belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak, referans erişim tekliflerinde gerekli değişikliklerin yapılmasını işletmecilerden isteyebilir.*”

⁴⁸³ Atamer, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁸⁴ Benzer şekilde uygulamada istisnasız bir şekilde standart sözleşme şeklinde son kullanıcıyla akdedilen elektronik haberleşme hizmet sözleşmelerinin genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri de BTK'nın idari ön denetimine tabi olup ancak bu denetimden geçerek BTK'nın onayını aldıktan sonra sözleşmede kullanılabilir. (Osman Açıkgöz, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları”, **Telekomünikasyon Hukuku**, Ed. Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 12-13)

⁴⁸⁵ Atamer, **a.g.e.**, s.50.

açısından minimum bir denge sağlanması bakımından önemlidir⁴⁸⁶. Referans arabağlantı teklifine onay verilmeyen işletmeci bu olumsuz karara karşı idari yargı nezdinde dava açabilecektir⁴⁸⁷.

d. Etkin Piyasa Gücünden Bağımsız Olarak Getirilebilecek Tesis Paylaşımı ve Ortak Yerleşim Yükümlülüğü

Çevreye verilecek zararları asgariye indirmek, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, aynı altyapı unsurlarının kopyalanmaması, maliyetleri asgari seviyeye indirerek yeni işletmecilere şebekelerini en kısa zamanda kurabilme imkânı sağlanması ortak yerleşim ve tesis paylaşımını gerekli hale getirmiştir⁴⁸⁸. Ortak yerleşim ve tesis paylaşımının önemine binaen bu konular Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’de düzenlenmiştir.

Tesis paylaşımı elektronik haberleşme hizmetleri sunmak amacıyla bina, tesis, kule, klima, enerji tesisleri, kanallar ve benzeri tüm fiziksel altyapının paylaşılması; ortak yerleşim ise bir işletmecinin teçhizatını diğer bir işletmeciyile aynı yere kurması olarak tanımlanabilir⁴⁸⁹.

Ortak yerleşim, bir işletmecinin genellikle telekomünikasyon pazarına daha önce girmiş işletmeciye ait şebeke ile arabağlantı kurmak ya da erişim sağlayabilmek için gerekli olan cihazlarını irtibat noktasına yakın olabilmek amacıyla yerleşik işletmeciye ait mekâna yerleştirmesidir⁴⁹⁰. Şebekeler arası irtibat noktasında işletmeciler arasında trafik değişimi yaşanır. Ortak yerleşimin fiziksel,

⁴⁸⁶ İşletmeciler arasındaki pazarlık gücünün eşit olmadığı bu durum işletmeci ile tüketici arasında akdedilen mobil haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından da söz konusudur. Uygulamada tamamı genel işlem koşullarından oluşan standart sözleşmeler şeklinde yapılan mobil haberleşme abonelik sözleşmelerinin koşulları da BTK’nın idari ön denetimine tabidir. İdari ön denetimle tüketici aleyhine olan menfaat dengesizliğinin giderilmesi ve tüketicinin karşılaşılabileceği muhtemel olumsuz sonuçların önüne geçilmesinin amaçlandığına ilişkin bkz., Açıkğöz, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, s. 229-231.

⁴⁸⁷ Atamer, **a.g.e.**, s. 51.

⁴⁸⁸ Ejder Oruç vd., **Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı**, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 2003, s. 7, 8.

⁴⁸⁹ Ejder Oruç vd., **a.g.e.**, s. 5

⁴⁹⁰ **A.e.**, s. 6.

sanal ve uzaktan ortak yerleşim olmak üzere üç türü vardır. Fiziksel ortak yerleşimde ve sanal ortak yerleşimde, arabağlantı/erişim için gerekli olan cihazlar ortak yerleşim yükümlüsünün tesislerine yerleştirilir. Fiziksel ortak yerleşimde işletmeci ortak yerleşim yükümlüsünün tesislerine yerleştirdiği ekipmanlarının kontrolü için söz konusu mekâna erişim hakkına sahipken⁴⁹¹, sanal ortak yerleşimde ekipmanların yönetim ve bakımı rakip işletmeci adına ortak yerleşim yükümlüsü tarafından yapılır⁴⁹². Uzak ortak yerleşim ise ev sahibi işletmecinin tesisinde yeteri kadar yer olmaması durumunda ev sahibinin mevcut ve planlanan altyapı tesislerine erişimini engellemeyecek şekilde rakip işletmecinin ekipmanlarının bitişik bina ya da mekâna yerleştirilmesidir⁴⁹³.

Ortak yerleşim yükümlülüğü arabağlantı için kaçınılmazdır⁴⁹⁴. Dolayısıyla EAY Ek-1’de belirtilen referans arabağlantı tekliflerine ilişkin olarak hazırlanan asgari içerikte yer almaktadır. Uygulamada ortak yerleşim hizmeti referans arabağlantı tekliflerinin ekinde yer almaktadır⁴⁹⁵.

Ortak yerleşim ve tesis paylaşımı koşullarının taraflar arasında serbestçe kararlaştırılması teorik olarak mümkündür. Ancak pratikte pazar koşullarında taraflar arasında eşit pazarlık gücü olmadığı için yerleşik işletmeci altyapısını paylaşma konusunda direnç göstermektedir. Bu durum da arabağlantının kurulmasını sektöre uğratmaktadır. Bu şekildeki sakıncaların giderilmesini önlemek amacıyla BTK’nın düzenleyici müdahaleleriyle işletmecilere ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülükleri getirilmektedir.

⁴⁹¹ Bu durum EAY m. 14/f. 4’te “Fiziksel ortak yerleşimden faydalanan işletmeciler veya temsilcileri, kendi malzemelerine ve ekipmanlarına müdahale etmek üzere söz konusu hizmeti sağlayan işletmecilerin tesislerine girebilir.” şeklinde belirtilmiştir.

⁴⁹² Ejder Oruç vd., **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁹³ Ejder Oruç vd., **a.g.e.**, s. 7.

⁴⁹⁴ **A.e.**, s. 82, 84.

⁴⁹⁵ Bkz. AVEA İletişim Hizmetleri A.Ş. Referans Arabağlantı Teklifi (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/avea-rat-10-2014.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019; Almanya’daki referans arabğlantı sözleşmelerinde de uygulamanın aynı şekilde olduğuna il. bkz. Ejder Oruç v.d., **a.g.e.**, s. 22.

e. Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğüne Ek Olarak İşletmecilere Getirilen Ykmllklere Uyulmamasının Sonuçları

BTK tarafından arabağlantı yükümlüsü işletmecilere arabağlantı sağlama ykmllklere ek olarak getirilen getirilen ykmllklere uyulmamasının yaptırımını farklı bakımlardan ele alınmalıdır. Belirtilmelidir ki, bu başlık altında geçerli bir biçimde bu ykmllklere uygun olarak kurulan arabağlantı sözleşmelerinde tarafların yükümlülüklerini ihlal etmesinin sonuçları deđerlendirilecektir⁴⁹⁶.

Bu bağlamda ilk olarak söz konusu ykmllkleri yerine getirmeyen veya haklı bir neden olmadan geciktiren işletmecilere BTK tarafından idari para cezası uygulanabileceği belirtilmelidir. BTTİYY m. 10 uyarınca sözleşme kapsamında belirlenen ücret tarifelerine ilişkin yükümlülüklerin ve ayırım gözetmeme yükümlülüğünün ihlali halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine kadar; bunların dışında kalan hesap ayırımına ve maliyet muhasebesine, ortak yerleşim ve tesis paylaşımına, referans arabağlantı tekliflerine ve şeffaflığa ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya haklı bir neden olmaksızın geciktirilmesi durumunda işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Ayırım gözetmeme ve ücret tarifelerine ilişkin yükümlülüklerin ihlali durumunda aynı zamanda rekabet hukuku kurallarının ihlali gündeme gelebilir. Bu bağlamda bu yükümlülük ihlaline ilişkin olarak Rekabet Kurumu'na başvurulması durumunda bir ihlal tespit edilmesi halinde ayrıca idari para cezasına hükmedilmesi gündeme gelebilir.

Bu yükümlülüklerin ihlalinin sözleşme ilişkisi kapsamında bir borca aykırılık teşkil edip etmediği ediyorsa bunun sonucunun ne olduğu ayrıca tespit edilmelidir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği ykmllkler, edim

⁴⁹⁶ Sözleşmenin işletmecilere getirilen bu ykmllklere aykırı şart içermesi durumu ise "nc Bölüm: III. B. Sözleşme Hükümlerine İlişkin BTK'nın Mevzuata Uygunluk Denetimi" adlı başlıkta incelenecektir.

yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılır. Edim yükümlülükleri, kendi içinde asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılır. Asli edimler, sözleşmenin içeriğini oluşturan ve tipini belirleyen edimlerdir. Yan edimler ise bir borç ilişkisinde asli edim niteliğinde olmayan asli edime oranla sözleşme kapsamında ikinci derecede önem taşıyan edimlerdir. Asli edime oranla ikinci derecede önemli olsalar da asli edimden bağımsız nitelikte olduklarından bunların da asli edimler gibi ifası tek başına talep edilebilir. Yan yükümlülükler ise davranış yükümlülükleri olarak da adlandırılan bağımsız bir varlıkları olmayan asli edime bağlı yükümlülüklerdir. Yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda bağımsız bir ifa davasıyla bunların ifası talep edilemeyecektir. Borçlunun yan yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda alacaklı yalnızca tazminat davası açarak söz konusu ihlalden kaynaklanan zararını talep edebilecektir⁴⁹⁷. Aşağıda arabağlantı yükümlüsü işletmecilere getirilebilecek ek yükümlülüklerin niteliği ve bu yükümlülüklerle aykırılığın sonuçları ele alınacaktır.

Taraflara getirilen yükümlülüklerden şeffaflık ve referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülükleri kapsamında işletmeciye belirli bilgileri aleni hale getirme ve öneri niteliğindeki referans arabağlantı sunma zorunluluğu getirilir. Söz konusu yükümlülükler anlaşıldığı üzere sözleşme görüşmeleri aşamasında tarafların müzakere sürecini kolaylaştırmak amacıyla getirilmiştir. Bu bağlamda asli edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi doğururlar. Dolayısıyla yan yükümlülük olarak nitelendirdiğimiz bu yükümlülüklerle uyulmaması halinde sözleşme kurulmasının geciktiği durumlarda diğer işletmecinin zararının yükümlülüğünü yerine getirmeyen işletmecinin *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bunun dışında kalan ayırım gözetmeme ve hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüklerinin de edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Özellikle ayırım gözetmeme yükümlülüğü sektörün yapısına özgü olarak rekabetin oluşumunun engellenmemesi amacının

⁴⁹⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 31-42.

gerçekleştirilmesi için getirilen somut bir koruma yükümlülüğüdür. Asli edimi oluşturan arabağlantının gerçekleştirilmesi ve arabağlantı hizmetlerinin sunulması ve karşılığında arabağlantı ücretinin ödenmesini doğrudan etkilemektedir. Keza hesap ayrımı yapılması ve maliyet muhasebesi de sözleşmenin asli edimi olan arabağlantı ücretinin belirlenebilmesi için gereklidir. Bu bağlamda hem ayrım gözetmeme hem de hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüklerinin yan yükümlülük niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda bağımsız olarak ifalarının talep edilemeyecek; yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu bir zarar meydana gelmişse tazminat talep edilebilecektir.

Sözleşmenin asli edimi olan şebekeler arası arabağlantının kurulması kapsamında şebekelerin birbirine fiziksel ve mantıksal olarak irtibatlandırılması için ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yapılması bazı durumlarda gerekli olmaktadır. Bu bağlamda biz işletmecilere arabağlantı sözleşmesi kapsamında BTK tarafından getirilen ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülüklerini asli edimin yanında ikincil nitelikte önemli olmaları ve asli edime eklenerek sözleşmenin içinde yer aldıkları için yan edim yükümlülüğü niteliğinde görmekteyiz. Dolayısıyla ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda bağımsız olarak ifa davası açılabileceği veya tazminat talep edilebileceği kanaatindeyiz.

Son olarak işletmecilere getirilen maliyet esaslı belirleme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi değerlendirilmelidir. Kendisine bu yükümlülüğün getirildiği işletmeci sözleşme bedelini maliyet esaslı belirlemediği durumda bu durum BTK'ya şikâyet edilebilir. Kendisine yapılan şikâyet kapsamında ya da BTK'nın bu durumu kendisine imzalandıktan sonra sunulan arabağlantı sözleşmesine ilişkin yaptığı inceleme kapsamında sözleşme ücretinin maliyet esaslı belirlenmediğini tespit etmesi durumunda söz konusu ücretleri maliyet esaslı belirler. BTK'nın sözleşmede uygulanacak arabağlantı ücretini maliyet esaslı belirlemesinden önceki arabağlantı tarifesine göre ifa edilmiş olan kısmın iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilebilecektir.

II. İşletmeciler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

Kapsamında BTK Tarafından İşletilen Uzlaştırma Prosedürü

Elektronik haberleşme sektöründe işletmeciler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak adli mahkemeler ve taraflarca kararlaştırılması mümkün alternatif diğer uyuşmazlık çözümünün yanında BTK tarafından yürütülen bir uzlaştırma prosedürü öngörülmüştür⁴⁹⁸. EHK m. 6/(d) bendi uyarınca uzlaştırma prosedürü BTK'nın yetkileri arasında sayılmış olup BTK takdir hakkını kullanarak gerektiğinde uzlaştırma sürecinin işletilmesine karar verir⁴⁹⁹.

Arabağlantı sözleşmesinin önemine binaen 406 sayılı Kanunu'nun mülga m. 10/f. 4 hükmünde de işletmeciler arasında arabağlantı sözleşmesinin kurulmasına yönelik olarak gerçekleştirilen müzakerelerin sonuçsuz kalması durumunda o zamanki düzenleyici otorite olan Telekomünikasyon Kurumu'nun uzlaştırma sürecini işletebileceği düzenlenmiştir⁵⁰⁰. EHK ile söz konusu uzlaştırma sürecine konu uyuşmazlıkların kapsamı genişletilmiştir. EHK m. 18 uyarınca sadece arabağlantı sözleşmeleri değil, erişim türlerinin tamamının uyuşmazlığa konu taraf işletmecilerden birinin talebi üzerine uzlaştırma sürecine konu olabileceği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra uyuşmazlıklar yalnızca sözleşme kurulamaması durumunda değil, taraflar arasındaki mevcut sözleşmeler kapsamında da uzlaştırma süreci için BTK'ya başvurulabileceği öngörülmüştür.

⁴⁹⁸ Bilge Uz, **Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uyuşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi**, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Yayınları, 2005, s. 6.

⁴⁹⁹ Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 139.

⁵⁰⁰ 406 sayılı Kanunun mülga m. 10/f. 4 hükmü: “*Ara bağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, Kurum, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir. Kurum'un bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum tarafından bir dört hafta daha uzatılacak olan altı haftalık bir süre içinde tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu ara bağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılıncaya kadar geçerli olur*”.

Arabağlantı sözleşmeleri kapsamında uzlaştırma süreci zamansal olarak iki aşamada gündeme gelebilir. İlki sözleşmenin kurulmasından önce tarafların sözleşme müzakereleri sonucu anlaşamaması durumudur. İkincisi ise taraflar arasında mevcut arabağlantı sözleşmesi kapsamında sözleşmenin uygulanması, yorumlanması vb. herhangi bir uyuşmazlık çıkması durumudur. Her ikisinde de uzlaştırma prosedürü aynı şekilde yürütölmekle beraber, ilk durumda uzlaştırma sürecinin sonunda BTK tarafından verilecek karar doğrultusunda belirlenen hüküm ve şartlar uyarınca taraflar için bir sözleşme kurma yükümlölüğü doğarken, ikinci durumda taraflar arasında doğan uyuşmazlık BTK tarafından belirlenen hüküm ve şartlarla çözülmektedir. Her iki durumda da BTK'nın aldığı kararlar taraflar aksini kararlaştırıncaya kadar bağlayıcı ve geçerlidir.

Belirtilmelidir ki, uzlaştırma prosedürü işletmecilere getirilen yükümlölüklerden bağımsız olarak her bir işletmeci tarafından talep edilebilir. Aslında uzlaştırma süreci, kendisine arabağlantı yükümlölüğü getirilmemiş işletmeciler düşünölerek 406 sayılı Kanun'un mülga m. 10/f. 4 hükmünde öngörölmüş bir düzenlemedir. Zira arabağlantı yükümlüsü işletmeciler kendilerinden arabağlantı talep edilmesi durumunda bunu uygun koşullarla veya kendilerine referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlölüğü getirilmişse referans tekliflerinde yer alan koşullarla sağlamakla yükümlüdürler. Bu bağlamda BTK'ya yapılan uzlaştırma talepleri EHK'nın yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan BTK tarafından işletmecilere getirilen öncöl düzenleyici müdahaleler ve özellikle yükümlölü işletmeciler bakımından hazırlanan hüküm ve şartları bağlayıcı referans arabağlantı tekliflerinin varlığıyla azalmıştır.

Arabağlantı talebinden iki ay içerisinde işletmeciler arasında sözleşme kurulamaması durumunda ve ayrıca mevcut arabağlantı sözleşmesinde bir uyuşmazlık çıktığında taraflardan herhangi biri BTK'ya başvurarak uzlaştırma prosedürünün işletilmesini talep edebilir (EHK m. 18/f. 1 ve EAY m. 18/f. 1). Tarafların talebi üzerine uzlaştırma prosedürünün işletilip işletilmemesine ilişkin kararı BTK verir. Ancak BTK'nın, taraflar kendisine bu yönde bir talepte

bulunmadan re'sen uzlaştırma sürecinin başlatılmasına ilişkin karar alması mümkün değildir.

Uzlaştırma sürecine başvuran işletmecilerin başvurularında yer alması gereken hususlar EAY m. 18/f. 2'de belirtilmiş olup şu şekildedir:

“a) Taraşların isim ve unvanları, b) Erişim talebinin yapıldığı tarih, c) Erişim talebinin kapsamı ve sũresi, ) Erişim talebi çerçevesinde teklif edilen ücret ve gerekçeleri, d) Taraşlarca üzerinde anlaşma sağlanamayan hususlar, e) Yukarıda sıralanan hususlara ilişkin her türlü bilgi ve belge.”

Başvuru yapan işletmecinin gerekli belgeleri sunmaması halinde BTK eksiklerin tamamlanması için bir süre verir. Eksikliklerin bu süre içinde tamamlanması durumunda başvuru değerlendirmeye alınır. Tamamlanmaması durumunda ise reddedilmiş sayılır.

BTK, kendisine yapılan başvuruyu uyuşmazlığın karşı tarafı olan işletmeciye yedi gün içinde tebliğ eder. Uzlaştırma başvurusunu tebliğ alan işletmeci de tebliğ almasını müteakip görüşlerini ve konuya ilişkin on beş gün içinde BTK'ya sunar. BTK, diğer işletmecinin konuya ilişkin görüşlerini ve bilgilerini aldıktan sonra başvuruyu değerlendirerek uzlaştırma talebini kabul edip etmeyeceğine ilişkin bir karar verir. Söz konusu kararı verirken BTK'nın değerlendireceği hususlar EAY m. 18/f. 5'te örnek olarak sayılmıştır. Bu hususlar EHK m. 18/f. 5 uyarınca, aynı veya benzer durumlara ilişkin olarak yaptığı düzenlemeleri, talep konusu hizmetin ekonomik ve teknik açıdan alternatiflerinin var olup olmadığı ve uzlaştırma prosedürü dışındaki müzakere, arabuluculuk da dahil taraşların başvurabileceği uyuşmazlık çözüm yollarının mevcut uzlaşmazlığı daha etkin bir şekilde giderme olasılığı gibi hususlar olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda BTK kendisine mobil ve sabit şebeke arabağlantı kurulmasına ilişkin olarak başvuran her işletmecinin başvurusunu, söz konusu hizmetin teknik anlamda başka alternatifi olmadığı için kabul edecektir⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Arabağlantıya ilişkin uzlaştırma taleplerinin her durumda kabul edileceği hk bkz. Uz, **a.g.e.**, s. 103. Burada yazarın teknik anlamda alternatifi olmayan arabağlantı taleplerine ilişkin olarak bu

BTK, uzlaştırma başvurusunu reddetmesi durumunda ilgili işletmecilere bildirimde bulunur. Uzlaştırma talebini kabul etmesi durumunda ise uyuşmazlık tarafı işletmecileri uzlaştırma toplantısına davet eder. Uzlaştırma süreci, uyuşmazlık konularının uzlaştırma toplantısında tutanak altına alınmasıyla başlatılır. Uzlaştırma toplantısıyla sağlanmak istenen tarafların bir araya getirilerek aralarındaki uyuşmazlığı kendilerinin çözmesidir. Ancak, bunun gerçekleşmemesi durumunda BTK, uzlaştırma sürecinin başladığı tarihten itibaren iki ay içinde⁵⁰² taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu teşkil eden hükümleri belirler. Gerek sözleşmenin kurulamadığı durumlarda gerek mevcut sözleşme kapsamında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında işletilen uzlaştırma süreci sonunda BTK, sözleşmenin asli unsurları da dahil olmak üzere taraflar arasındaki uyuşmazlık konularına ilişkin bağlayıcı hükümleri belirlemektedir. Söz konusu hükümlerin bağlayıcılığı tarafların belirlenen hükümlerin aksini kararlaştırdığı ana kadardır (EHK m. 18/f. 2). Bir başka deyişle taraflar, BTK tarafından hazırlanıp kendilerine sunulan uzlaştırma metninde belirlenen hüküm ve koşulları karşılıklı iradeleriyle değiştirebileceklerdir⁵⁰³. Bu sonuç erişim sözleşmeleri özelinde kural olarak kabul edilen sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur⁵⁰⁴.

Sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların anlaşamaması üzerine başvuru uzlaştırma süreci sonrası, BTK'nın verdiği uzlaştırma kararı taraflar için sözleşme yapma zorunluluğu doğuran bir işlem niteliğindedir⁵⁰⁵. Uzlaştırma kararında yer alan hükümler çerçevesinde öneride bulunan işletmecinin bu talebini karşısındaki işletmeci kabul etmekle yükümlüdür. Uzlaştırma kararının varlığına

kaniya vardı, örneğin internet şebekeleri arasında kurulan arabağlantı olarak adlandırılan peering talebinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini düşünüyoruz.

⁵⁰² EAY m. 18/f. 6 uyarınca bu süre bazı hallerde 2 ay daha uzatılarak toplamda 4 aya çıkabilecektir. EAY m. 18/f.6 şu şekildedir: “*Uzlaştırma talebinin daha önce sunulmayan bir hizmete ilişkin olması, talebin içeriğinin kapsamlı bir çalışma ve bilgi toplama süreci gerektirmesi ve Kurumun gerekli gördüğü diğer istisnai hallerde bu süre en fazla iki ay daha uzatılabilir*”.

⁵⁰³ Uz, **a.g.e.**, s. 109; Uzlaştırma kararlarının bu nedenle usul hukuku bakımından değerlendirildiğinde kesin nitelikte olmadığı, bu nedenle bir uyuşmazlığı kesin olarak sonuca bağlayan mahkeme kararlarıyla aynı statüde olmadığı hk. bkz. Mehmet Arslanoğlu, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İstanbul, Marmara Üniversitesi S.B.E.**, 2014, s. 51.

⁵⁰⁴ Begüm İşbir, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun Uzlaştırma Yetkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, Sa. 1, s. 362.

⁵⁰⁵ Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 160.

rağmen, kabul iradesinin verilmekten kaçınılması durumunda adli yargıya başvurularak aynen ifa talebiyle mahkeme kararıyla sözleşmenin kurulması sağlanabilecektir.

Mevcut sözleşme kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak verilen uzlaştırma kararlarında ise taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu BTK tarafından çözülür. Arabağlantı sözleşmelerini ilgilendiren ve taraflardan birini ya da her ikisi lehine olan bir mevzuat değişikliği ya da BTK düzenlemesinin sözleşmeye yansıtılması da bu kapsama girer⁵⁰⁶. Taraflar BTK uyarınca verilen karara uymakla yükümlüdürler.

BTK tarafından belirlenen hükümler, BTK'nın diğer düzenlemeleri ve işletmecilere bu bağlamda getirdiği yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak uzlaştırma başvurusu yapıldığı andan itibaren geçerli olacaktır. Özellikle taraflar arasında en çok uyuşmazlığın yaşandığı konu, sözleşme ücretlerinin belirlenmesidir⁵⁰⁷. Ücrete ilişkin olarak uzlaştırma süreci devam ederken tarafların mağdur olmaması adına BTK'nın geçici ücretin belirlenmesi de dahil her türlü tedbiri alabileceği belirtilmiştir (EAY m. 18/f. 9). BTK tarafından nihai ücretin belirlenmesinde sonra işletmeciler geriye dönük olarak bu ücret üzerinden mahsuplaşacaklardır.

Uzlaştırma kararı, idari işlem niteliğinde bir karar olup kararlara karşı idari yargıya gidilebilir⁵⁰⁸. BTK'nın uzlaştırma kararlarına ilişkin olarak idare mahkemeleri görevlidir⁵⁰⁹.

Tarafların uzlaştırma prosedürü kapsamında geçici ücret dâhil Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretlere uymaması veya söz konusu hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi

⁵⁰⁶ Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 160.

⁵⁰⁷ Arslanoğlu, **a.g.e.**, s. 44.

⁵⁰⁸ Arslanoğlu, **a.g.e.**, s. 52 vd.; K.y. İşbir, **a.g.e.**, s. 363

⁵⁰⁹ BTK'nın uzlaştırma kararı ülke çapında uygulanacak bir düzenleyici işlem olmadığından Danıştay Kanunu m. 24/f. 1/c kapsamına girmediği için Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakacağı davalardan değildir.

veya haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi durumunda bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacaktır⁵¹⁰.

III. Sözleşmenin Geçerliliği ve Hüküm Doğurmasına İlişkin Özellik Arz Eden Durumlar

A. Sözleşmenin Şekli

BK m. 12 uyarınca sözleşmelerde şekil serbestisinin esas olduğu hüküm altına alınmakta ve aksi kanunda öngörülmediği müddetçe sözleşmelerin herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayacağı belirtilmektedir.

Arabağlantı sözleşmesi bakımından değerlendirildiğinde ise doğrudan arabağlantı sözleşmesi özelinde sözleşmenin şekline ilişkin bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Ancak, EHK m. 18/f. 1’de arabağlantı sözleşmelerini de içine alan erişim sözleşmelerinin imzalanacağı öngörülmüştür⁵¹¹. Erişim sözleşmelerinin imzalanacağına ilişkin ifadeden arabağlantı sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılacağı anlamı çıkmaktadır. Hükümde yer alan imzalanma ibaresi adi yazılı şekil şartına işaret eder. Adi yazılı şekil, sözleşme metninin üzerine yazıldığı madde ile metnin altına atılan imzadan oluşmaktadır⁵¹². Adi yazılı şekil şartında önem taşıyan unsur sözleşmeyle borç altına girme iradesini yazılı olarak yansıtan imzadır⁵¹³. TBK m. 12/f. 2 uyarınca kanunda öngörülen şekil aksi belirtilmedikçe geçerlilik şeklidir. Dolayısıyla vardığımız sonuç arabağlantı sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğudur⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği m. 10/f. 1.

⁵¹¹ EHK m. 18/f. 1 hükmü şu şekildedir: “Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır.”

⁵¹² Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Aralık, 2016, s. 85

⁵¹³ Öneminden dolayı Borçlar Kanunu’nun adi yazılı şekli düzenlerken imza unsuru üzerinde durduğu hk. bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C: 1, s. 142.

⁵¹⁴ Arabağlantıyı da içine alan erişim sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının sözleşmenin geçerlilik şartı olduğu yönünde bkz. Bülter, **a.g.e.**, s. 33; Kutlu, **a.g.e.**, s. 89. Karşı yönde olarak erişim sözleşmelerinin kurulması aşamasında kanuni bir şekil şartına tabi olmadığı söz konusu yazılı şekil şartının yalnızca erişim sözleşmelerinin BTK’ya sunulması sırasında aranan bir şart

B. Sözleşme Hükümlerine İlişkin BTK'nın Mevzuata Uygunluk Denetimi

Arabağlantı sözleşmesi, taraf işletmecilerin sözleşmenin kurulması yönündeki iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanmasıyla kurulur. Taraflar arasında kurulan arabağlantı sözleşmesi ve ekleri ve varsa sonradan sözleşme kapsamında yapılan değişikliklerin BTK'ya sunulması gerekmektedir (EHK m. 18/f. 3/c. 1). BTK'ya sunulacak sözleşmeler bakımından bir ayrıma gidilmediği için bir yükümlülük kapsamında akdedilmesinden bağımsız olarak taraflar arasında akdedilen tüm arabağlantı sözleşmeleri BTK'ya sunulacaktır.

BTK, kendisine sunulan sözleşmeleri elektronik haberleşme mevzuatı ve kendi düzenleyici işlemlerine uygunluk kapsamında inceleyecek ve gerekli gördüğü yerlerde değişiklik yapılmasını taraflardan isteyecektir. Taraflar söz konusu değişiklikleri yapmakla yükümlüdürler. (EHK m. 18/f. 3/ c. 2, 3) EAY m. 19/f. 1'in ayrıntılarını düzenlediği mevzuat denetimi kapsamında işletmeciler imzaladıkları arabağlantı sözleşmelerini ve eklerini ve varsa değişiklikleri onbeş gün içinde BTK'ya sunmalıdır. Daha sonra BTK, kendisine sunulan sözleşmelerde tespit ettiği *“erişim yükümlülükleri, rekabetin tesisi ve tüketicilerin korunması, şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliği gibi hususlara ilişkin”* mevzuata aykırılıklara ilişkin düzeltme talebini otuz gün içinde yerine getirmelidirler. BTK'nın yaptığı incelemenin konusu örnek kabilinden sayıldığından yapılan inceleme sözleşmenin tüm hükümlerinin mevzuata ve BTK düzenlemelerine uygun olup olmadığına ilişkindir. Bu bağlamda akla soru gelmektedir. Sözleşme kurulduktan sonra BTK'ya sunulduğundan BTK'nın yaptığı denetimin niteliğinin ne olduğu ve bu denetim kapsamında öngörülen değişikliklerin yapılmamasının ne gibi sonuçlara yol açacağı bu soruların başında gelmektedir. Ayrıca, sözleşmenin taraflar arasında imzalandıktan

sonra BTK'ya hiç sunulmamasının sonuçlarının ne olacağı da belirtilmesi gereken hususlardandır.

Arabağlantı sözleşmesinin bu şekilde düzenlenmesinin sebebi sözleşme kurmayı talep eden işletmecinin bu talebinin sürüncemede bırakılmaması, en kısa sürede her iki tarafa da en uygun koşullarla talep ettiği hizmeti alabilmesidir. Böylece hem işletmeci hem de hizmet verdiği son kullanıcıların sektörde serbest rekabetin olmamasının olumsuz sonuçlarından etkilenmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda ele alındığında arabağlantı sözleşmelerine ilişkin kurulan sözleşme özgürlüğünü hem sözleşmeyi kurma hem de içeriğini düzenleme bakımından kısıtlayan mekanizmanın genelde bir sorun ortaya çıkmadan gelecekte çıkabilecek olası problemler göz önünde bulundurularak getirdiği yükümlülüklerle önleyici şekilde müdahalelerde bulunduğu görülmektedir. Bu genel mantık çerçevesinde sözleşmelerin taraflar arasında imzalandıktan sonra BTK'ya sunulmasının nedeni de, taraflar sözleşme kapsamında karşılıklı edimlerini ifa etmeden önce herhangi bir mevzuata aykırılık veya BTK'nın düzenlemelerine aykırılık varsa onları uyarmaktır. Her ne kadar işletmeciler BTK'nın talep ettiği değişiklikleri yapmakla yükümlü olarak belirtilmiş olsalar da işletmecilerin gerekli düzenlemeyi yapmadığı durumda ne olacağı belirtilmemiştir. BTK'nın referans arabağlantı tekliflerinin ön denetiminde olduğu üzere işletmecilerden yapmalarını talep ettiği değişikliklerin belirtilen süre için yapılmaması durumunda değişiklikleri re'sen yapabileceğini öngören düzenleme burada öngörülmemiştir. Bu durumda kanun koyucunun iradesinin BTK'nın ilgili değişiklikleri re'sen yapmaya yetkili olmadığı yönünde olduğu kanaatindeyiz⁵¹⁵. Bu bağlamda BTK'nın denetimi, kurulmuş ve geçerli bir sözleşmeye ilişkin mevzuat denetimi olup önerileri tavsiye niteliğindedir. Aksi bir yorum, tarafların serbestçe anlaşmaları durumunda dahi BTK'nın sözleşme hükümlerine müdahale edebileceği anlamına gelir ki, bu durum sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasıyla çelişecektir. Dolayısıyla biz burada

⁵¹⁵ Karşı yönde BTK'nın kendisine sunulan sözleşmeye ilişkin olarak talep ettiği değişikliklerin yapılmaması durumunda bu değişiklikleri re'sen yapabileceği; çünkü referans tekliflerin dışında kalan hususlar bakımından BTK'nın sözleşmeyi denetlemesi ve müdahale etmesi amacıyla bu denetim yapıldığı savunulmaktadır. (Ünver, **Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, s. 136 vd.)

tarafların kurdukları arabağlantı sözleşmelerinde mevzuata ve BTK düzenlemelerine aykırılığın nispi hükümsüzlük doğurabileceği, MK m. 27/f. 2 uyarınca bu durumun sözleşmenin tamamını kesin hükümsüz hale getirmeyeceği kanaatindeyiz. BTK'nın yaptığı denetim sonucu tespit ettiği hükümler taraf iradeleri kapsamında değiştirilebilir. Bu durumda taraflar ilgili değişiklikleri yaptıkları anda aralarında hukuka uygun yeni bir sözleşme akdetmiş olurlar. BTK tarafından belirtilen değişikliklerin yapılıp yapılmayacağı hususunda tarafların anlaşamaması durumunda ise taraflardan biri uzlaştırma süreci başlatarak BTK'dan söz konusu uyuşmazlığın giderilmesini isteyebilecek ya da mahkemeye başvurabilecektir. Mahkeme kararı bu durumda değişiklikleri kabul etmeyen tarafın iradesi yerine geçecektir. Daha sonra değiştirilmiş sözleşme BTK'ya tekrar sunulacak ve sonrasında da ticari sırlar saklı kalmak kaydıyla aleni hale getirilecektir.

IV. Arabağlantı Sözleşmesinin Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Arabağlantı sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Sürekli borç ilişkileri taraf iradelerine bağlı olmaksızın kendiliğinden sona erebileceği gibi taraf iradeleri sonucu bir hukuki işlemle de sona erebilir⁵¹⁶. Sürekli borç ilişkilerini kendiliğinden sona erdiren nedenler her sözleşmenin niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Ancak bir genelleme yapıldığında sürekli borç ilişkisini sona erdiren nedenler kararlaştırılan ifa süresinin sona ermesi, gerçek kişiler için ölüm, tüzel kişiler için kişiliğin son bulması, fiil ehliyetinin sınırlandırılması ve kaybı, ödeme yeteneğinin kaybı (aciz hali) ve imkânsızlık olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹⁷. Sürekli borç ilişkilerinin taraf iradeleriyle sona erdirilmesi ise tarafların anlaşması yoluyla ve fesih yoluyla olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir.

⁵¹⁶ Özer Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 63.

⁵¹⁷ Söz konusu kendiliğinden sona erme hallerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 65- 104.

Sayılan bu sona erme sebepleri genel sona erme sebepleri olup her sözleşme bakımından bunlardan hangilerinin sona erme sebebi teşkil edeceği tespit edilmelidir.

Arabağlantı sözleşmeleri bakımından EHK'da veya ikinci mevzuatında herhangi bir sona erme sebebi belirtilmemiştir. Sözleşmenin niteliği göz önünde bulundurularak sona erme sebepleri olarak sözleşme süresinin dolması, taraflardan en az birinin işletmeci sıfatını kaybetmesi⁵¹⁸, tüzel kişiliğini kaybetmesi ve ifa imkansızlığı kendiliğinden sona erme halleri olarak gündeme gelir. Arabağlantı sözleşmesinin kamusal niteliği ve bu nedenle BTK müdahalesi nedeniyle sözleşmenin nitelikli bir özel hukuk sözleşmesi olması göz önünde bulundurulduğunda, doğrudan taraf iradelerinin sözleşmenin sona ermesinin mümkün olup olmadığı da ayrıca ele alınmalıdır. Aşağıda arabağlantı sözleşmesine ilişkin sona erme halleri olarak ifa süresinin sona ermesi, taraflardan birinin veya her ikisinin işletmeci sıfatını kaybetmesi, ifa imkansızlığı, sözleşmenin taraf iradeleriyle sona ermesi ve feshi tek tek incelenecektir.

B. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

Ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak sürekli borç ilişkilerinde edimlerin ifasının gerçekleşmesiyle borç sona ermez; borcun konusu olan edimin niteliğinden kaynaklı olarak ifasının da sürekli olarak gerçekleştirilmesi söz konusudur. Ancak bu durum sürekli borç ilişkilerinin sonsuza kadar devam edeceği anlamına gelmez. Taraflar, dilerse sözleşmenin belirli bir tarihe kadar devam edeceğini kararlaştırabilirler. Aynı şekilde taraflar sözleşme süresinin bitme anını gerçekleşmesi kesin ya da muhtemel bir olguya da bağlayabilir⁵¹⁹. İkinci durumda bozucu şartın varlığı gündeme gelecektir. Bu halde taraflarca belirlenen sürenin

⁵¹⁸ İşletmeci sıfatının kaybedilmesi, taraflardan birinin işletmeci yeterliliğine sahip olmasına ilişkin herhangi bir koşulu kaybetmesiyle gündeme gelebilmektedir. Bu koşullar arasında tarafın anonim şirket olması ve yetkilendirilmiş olması geldiğinden tüzel kişiliğin kaybı ve yetkilendirmenin iptali durumunda işletmeci sıfatı kaybolacaktır. İşletmeci sıfatı kayb olduğu için aslında sözleşme sona eriyor.

⁵¹⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 67-68; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C. I., s. 53, dn. 1.

sonuna gelince ya da bozucu şart gerçekleşince sözleşme de kural olarak sona erecektir.

Arabağlantı sözleşmelerinde belirli bir sözleşme süresi kararlaştırılmış olması durumunda sözleşme bu sürenin sonunda sona erecektir. Ancak belirtilmelidir ki BTK tarafından onaylanan referans arabağlantı tekliflerinde sözleşmenin süresi dolmadan belirli bir süre önce fesih bildirimiyle feshedilmediği durumda sözleşmenin aynı koşullarla yenileneceğine dair hükümler bulunmaktadır⁵²⁰. Burada kastedilen TBK m. 133'te düzenlenen tarafların açık iradesiyle yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi anlamındaki yenileme değildir⁵²¹. Yenileme ile ifade edilen sürekli borç ilişkisinin aynı koşullarla devam ettirilmesi, uzatılmasıdır. Arabağlantı sözleşmesinde tarafların bu yönde hüküm koymaları geçerlidir. Söz konusu hükmün pratik sonucu sürenin bitmesiyle sözleşmenin sona ermemesi, sözleşmede öngörülen ilave süre boyunca devam etmesidir, meğerki taraflardan biri kararlaştırdıkları üzere sözleşmenin bitimine belirli bir süre bildirimde bulunmuş olsun⁵²².

C. Tüzel Kişiliğin Kaybı

EHK m. 3 uyarınca arabağlantı sözleşmesinin tarafları sadece işletmecilerdir. İşletmeciler yalnızca tüzel kişi olabileceğinden tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda işletmeci statüsü kaybedilecektir. İşletmeci olmayan kişilerin elektronik haberleşme hizmeti sunmaları ve dolayısıyla arabağlantı hizmeti vermeleri mümkün olmayacağından statüsünü kaybeden kişinin taraf olduğu arabağlantı sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.

⁵²⁰ 16.10.2014 tarihli ve 2014/DK-ETD/522 sayılı Kurul Kararı ile güncellenen AVEA İletişim Hizmetleri AŞ Referans Arabağlantı Teklifi m. 1.8.1 uyarınca “*Arabağlantı sözleşmesi, taraflarca imzalandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Arabağlantı sözleşmesinin süresi yürürlük tarihinden itibaren 3 (üç) yıldır. Arabağlantı sözleşmesinin bitimine 1 (bir) ay kala İşletmeci tarafından Avea'ya herhangi bir bildirimde bulunulmadığı takdirde arabağlantı sözleşmesi, sunulmakta olan hizmetleri de kesintiye uğratmayacak biçimde 3'er (üçer) yıllık sürelerle yenilenmiş sayılır.*” <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/avea-rat-10-2014.pdf>

⁵²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 547

⁵²² Bülter, **a.g.e.**, s. 175.

D. İfa İmkansızlığı

BK m. 136/f. 1 uyarınca borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığı borcu sona erdirecektir⁵²³. Burada kastedilen TBK m. 27’de yer alan sözleşmenin kurulması aşamasındaki geçersizliğine yol açan konunun objektif imkansızlığı değildir. Borcu sona erdiren imkânsızlık borcun doğumundan sonra ifanın imkansızlaşmasıdır.

BK m. 136’da yer alan imkansızlığın kapsamına objektif ifa imkansızlığının yanında sübjektif ifa imkansızlığının girip girmediği konusu tartışmalıdır⁵²⁴. Bizim de katıldığımız ve sübjektif imkansızlığın da TBK m. 136 kapsamında olduğunu kabul eden görüş, sübjektif imkansızlığın da TBK m. 136 kapsamına girdiği halleri, bu imkânsızlık türü için dürüstlük kuralı uyarınca ifanın gerçekleşme ihtimalinin hesaba katılamayacak kadar düşük olduğu durumlara ilişkin olarak kabul etmektedir⁵²⁵.

Arabağlantı sözleşmesinde ücret dışında kalan asli edim şebekeler arası arabağlantının kurulması ve sözleşme süresi boyunca karşı tarafa arabağlantı hizmeti sunulmasıdır. Para borçlarında borcun niteliği gereği imkânsızlık söz konusu olmadığından⁵²⁶ arabağlantı sözleşmesinde ifa imkansızlığı şebekeler arası arabağlantı kurulması ve arabağlantı hizmetinin sağlanmasında söz konusu olabilir.

İfa imkansızlığı maddi veya hukuki bir sebepten kaynaklanabilir. Maddi imkansızlıktan anlaşılan edimin doğa kanunları uyarınca yerine getirilmesinin

⁵²³ Öğretideki baskın görüş sadece borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlığın borcu sona erdireceği yönündedir. (Eren, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 853, 854; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2**, Çeviren: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 559, 560.) K.g. olarak borçlunun kusurunun varlığından bağımsız olarak imkansızlığın varlığı durumunda borcun sona erdiği, ancak bu sona erme durumunda borçlunun alacaklıya karşı tazmin yükümlülüğünün varlığı bakımından imkansızlığın gerçekleşmesinde borçlunun kusurunun olup olmadığına bakılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C. I, s. 557, 558.

⁵²⁴ Her iki imkânsızlık türünün de BK m. 136 kapsamına girdiği yönünde Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C: 1, s. 556; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 360; Yalnızca objektif imkansızlığın BK m. 136 kapsamında borcu sona erdireceği yönünde bkz. Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 88, 89.

⁵²⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C: 1., s. 556.

⁵²⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, C: 1, s. 557; Seliçi, **a.g.e.**, s. 92.

mümkün olmaması ya da pratik olarak yerine getirilmesinin çok güç olması iken hukuki imkansızlıkta edimin yerine getirilmesinin önünde hukuki engel bulunmasıdır⁵²⁷.

Arabağlantı sözleşmelerinde arabağlantı kurulması ve arabağlantı hizmetinin sunulması edimlerinin maddi bir sebepten dolayı imkansızlaşması zor bir ihtimal olsa da, büyük çaplı bir doğal afet veya savaş hali gibi durumlarda işletmecilerin şebekelerinin bir daha çalışamayacak şekilde zarar görmesi veya yok olması sebebiyle ifa imkansızlığı gündeme gelebilir. Ancak belirtilmelidir ki, geçici bir engel sürekli borç ilişkisinde ifa imkansızlığına yol açmayacağından⁵²⁸, şebekelerde gerçekleşen geçici arızalar tarafların borcunu sona erdirmez. Bu bağlamda arabağlantı sözleşmelerinde yer alan mücbir sebep ya da beklenmedik hallerin bir sona erme nedeni olarak görülebilmesi için mücbir sebep ya da beklenmeyen hal sebebiyle ortaya çıkan durum sonucu edimlerin ifasının kalıcı olarak mümkün olmamasıdır⁵²⁹. Mücbir sebep ya da beklenmeyen hal sebebiyle arabağlantı hizmetinin geçici olarak aksamaması ya da kesintiye uğraması durumunda borç sona ermeyecek⁵³⁰, borçlunun kendi kusuruyla sorumlu olmadığı borca aykırılık söz konusu olacaktır.

⁵²⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 90.

⁵²⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 92.

⁵²⁹ Örnek olarak Turkcell Referans Arabağlantı Teklifinde yer alan mücbir sebepler şu şekildedir “Mücbir Sebepler: • Grev, lokavt ve işin yavaşlatılması, • Savaş, seferberlik halleri, halk ayaklanmaları, saldırı, terör hareketleri, sabotajlar, avarya hali, radyasyon veya kimyasal kirlilik/serpinti, iyon radyasyonu vb. • Ulaşım kazaları, doğal afetler (deprem, su baskını, yıldırım, çığ düşmesi, heyelan, volkanik patlama, meteor düşmesi, güneş patlaması, tsunami, obruk oluşumu vb.), yangın veya ciddi salgın hastalıkların baş göstermesi, karantina, aşırı yağış nedeniyle yolların kapanması vb. olaylar başta olmak üzere tarafların sorumluluğu altında olmayan, üçüncü şahısların hareketleri veya ihmalleri sebebiyle ya da tarafların denetimi dışında bulunan herhangi bir sebeple hizmetin aksamaması, durması veya kesintiye uğraması. 16 1.9.3. Umulmayan Haller: • Turkcell’in bir başka kurum veya kuruluşun (Karayolları Genel Müdürlüğü, Belediyeler, Elektrik Dağıtım Şirketleri, İl Özel İdareleri, İnşaat Şirketleri vb.) aldığı hizmetlerde oluşan aksamalar, • Turkcell’den kaynaklanmayan ancak üçüncü şahıslarla, kurum veya kuruluşların (Karayolları Genel Müdürlüğü, Belediyeler, Elektrik/Doğalgaz Dağıtım Şirketleri, İl Özel İdareleri, Altyapı/İnşaat Şirketleri vb.) sebep olduğu hizmet sürekliliğini veya tesisini engelleyen (deplase, hırsızlık ve enterferans vb.) etkenler.” (Çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/turkcell-rat-26-04-2017.pdf> Erişim Tarihi: 5.7.2019.

⁵³⁰ Geçici imkânsızlığın sürekli imkansızlığa dönüşmesi gündeme gelebilir. Bu kapsamda geçici imkânsızlık olarak adlandırılan süre boyunca arabağlantı hizmeti verilememesi durumunun ne kadar uzun sürebileceği somut olayın özellikleri kapsamında MK m. 2’deki dürüstlük kuralı kapsamında belirlenmelidir.

Arabağlantı sözleşmelerinin hukuki imkânsızlık sonucu sona ermesi ise sözleşmenin tarafı olan işletmecilerin yetkilerinin iptal edilmesi durumunda gündeme gelir. Yetkilendirilmiş işletmecinin yetkilendirme için sahip olması gereken şartlardan birini kaybetmesi durumunda Yetkilendirme Yönetmeliği m. 7/f. 4 uyarınca öncelikle gerekli şartların yerine getirilmesi için uygun bir süre verilecek; bu süre sonunda eksik olan şartın tamamlanamaması durumunda yetkilendirme iptal edilecektir. Yetkilendirmenin iptal edilmesi sonucu elektronik haberleşme hizmeti sunulması mümkün olmadığından arabağlantı sözleşmesi sona erecektir⁵³¹. Yetkilendirmesi iptal edilen işletmeci, bundan dolayı sorumlu tutulabiliyorsa karşı tarafın zararını tazmin borcu doğacaktır.

E. Sözleşmenin Taraf İradeleri Sonucu Sona Ermesi

Sürekli bir sözleşmenin taraf iradeleri sonucu sona ermesi tarafların sözleşmeyi sona erdirmek hususunda anlaşması ile ya da kanunun taraflardan birine fesih yetkisi tanıdığı durumlarda söz konusu olmaktadır⁵³².

Arabağlantı sözleşmeleri nitelikli özel hukuk sözleşmeleri olduğu için sözleşmenin sona ermesi bakımından da özellik arz eden durumlar söz konusudur. Bu bağlamda aşağıda arabağlantı sözleşmelerinin taraf iradeleriyle sona ermesinin mümkün olup olmadığını sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla sona ermesi ve feshi için ayrı ayrı ele alacağız.

1. Sözleşmelerin Tarafların Anlaşması Yoluyla Sona Ermesi

Sözleşme serbestisinin kapsamına sözleşmeyi kuran tarafların anlaşarak sözleşmeyi serbest iradeleriyle sona erdirebilmeleri de girer. Arabağlantı sözleşmelerinde kural her ne kadar sözleşme serbestisi olsa da, taraflara getirilen yükümlölüklerle işletmecilerin sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğinin düzenlenmesi özgürlüklerinin kısıtlanabileceği ifade edilmişti. Bu bağlamda tarafların anlaşmasıyla sözleşmenin sona ermesinin önündeki engel BTK tarafından

⁵³¹ Bülter, **a.g.e.**, s. 181.

⁵³² Seliçi, **a.g.e.**, s. 104.

getirilen yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler sözleşme yapma zorunluluğu doğurduğundan, bu zorunluluğun doğal bir sonucu olarak tarafların sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirmeye özgürlükleri kısıtlanmaktadır⁵³³. Varılacak aksi bir sonuç işletmecilere getirilen arabağlantı yükümlülüğü ile bağdaşmamış olur. Bunun yanı sıra sözleşme bir yükümlülük sonucu kurulmuş olmasa dahi, son kullanıcıların haberleşme özgürlüğünü yakından ilgilendirdiğinden taraf iradeleri sonucu sona ermesi, sonucunda bu özgürlüğün ihlal edilmediği hallerde geçerli olacaktır. Sonuç olarak ister yükümlülük sonucu kurulmuş olsun, sözleşmenin taraf iradeleriyle serbestçe kurulmuş olsun, arabağlantı sözleşmelerinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesi bu sona erme iradesinin hukuka uygun olması durumunda söz konusu olacaktır⁵³⁴. Bu durumu değerlendirecek kurum ise BTK'dır.

2. Sözleşmenin Feshi

Fesih, sürekli bir borç ilişkisinin taraflardan birinin karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla sona erdirilmesidir. Fesih olağan fesih ve olağanüstü fesih olarak ikiye ayrılır. İfayı engelleyebilecek herhangi bir sebebin varlığı aranmaksızın fesih ihbar sürelerine uyularak sözleşmenin feshedilmesi durumunda olağan fesih; ifayı engelleyebilecek bir sebebin ortaya çıkması halinde bu sebebe dayanarak sözleşme derhal feshedildiğinde ise olağanüstü fesih söz konusudur⁵³⁵.

a. Olağan Fesih

Arabağlantı sözleşmelerinin olağan feshi, kanunda düzenlenmemiştir. Sözleşmenin, tarafların serbest iradeleriyle kurulduğu ve belirsiz süreli olduğu durumda sözleşmede olağan fesih hakkı tanınması teorik olarak mümkündür⁵³⁶. Ancak arabağlantı sözleşmesinin arabağlantı yükümlülüğüne dayanarak kurulduğu durumlarda olağan fesih hakkı sözleşme yapma zorunluluğu ile

⁵³³ A.y. bkz. Bülter, **a.g.e.**, s. 181.

⁵³⁴ A.y. bkz. Bülter, **a.g.e.**, s. 181.

⁵³⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s. 132.

⁵³⁶ Olağan fesih hakkı, görev itibarıyla ifa süresi kararlaştırılmamış sürekli borç ilişkilerinde sözleşme taraflarına ifa süresinin bitme anını belirleme imkânı vermektedir. Seliçi, **a.g.e.**, s. 132; Bülter, **a.g.e.**, s. 183.

bağdaşmayacağından taraf iradeleriyle kararlaştırılmaz. Bu durum BTK tarafından getirilen yükümlülüğe aykırılık teşkil eder. BTK tarafından onaylanan referans arabağlantı teklifleri incelendiğinde de sözleşme tarafı işletmecilerin olağan fesih hakkı olmadığı görülmektedir.

b. Olağanüstü fesih

Arabağlantı sözleşmeleri tarafların serbest iradeleriyle yapılmış olduğu durumda dahi BTK'ya sunulmakta ve önleyici olarak ileride bir sorunla karşılaşılması adına sözleşme hükümlerinin mevzuata ve BTK kararlarına uygunluğu değerlendirilmektedir. Söz konusu durum sözleşmede yapılan değişiklikler için de geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmenin feshi halinde de durumdan BTK'ya haber verilmesi evleviyetle gerekecektir. Bu bağlamda sözleşme tarafların serbest iradesiyle dahi kurulmuş olduğu durumda dahi sözleşmenin haklı bir sebebin varlığı halinde feshinin BTK'ya bildirilmesi gerekmektedir. Fesheden taraf bu bildirimde bulunmazsa karşı taraf, fesih nedeninin haklı bir neden olup olmadığının tespit edilmesinin değerlendirilmesini uzatma süreci başlatarak BTK'dan veya dava açarak mahkemelerden talep edebilir.

BTK tarafından onaylanan referans arabağlantı teklifleri incelendiğinde sözleşmenin feshi bağlamında üç adımlı bir yol izlendiği görülmektedir⁵³⁷. İlk adıma sözleşmede karşı tarafın sözleşmeye ya da ilgili mevzuata aykırı davrandığını iddia eden taraf öncelikle bu durumu sözleşmenin karşı tarafına yazılı olarak bildirecek ve ona aykırılığın giderilmesi için bir süre verecektir. Birinci adımda karşı tarafa yapılan ihtar temerrüde düştüğü ihtar edilen borçluya TBK m. 123 uyarınca borcunu ifa etmesi için verilen uygun bir süre niteliğindedir. Verilen

⁵³⁷ 16.10.2014 tarihli ve 2014/DK-ETD/522 sayılı Kurul Kararı ile güncellenen AVEA İletişim Hizmetleri AŞ Referans Arabağlantı Teklifi m. 1.11.2 şu şekildedir: “Taraflardan birinin arabağlantı sözleşmesi hükümlerine ve ilgili mevzuata aykırı davrandığının iddia edilmesi halinde öncelikle ilgili taraf (iddia sahibi taraf) iddiaya konu aykırılığın giderilmesini teminen diğer tarafa yazılı bildirimle 15 (on beş) gün süre verir. Bu süre zarfında konuya ilişkin bir çözüme ulaşılamazsa, taraflar iddia edilen aykırılığın tespiti amacıyla, tespiti istenen aykırılığın niteliğine göre, Kuruma veya mahkemeye başvurabilir. Aykırılığın Kurum veya mahkemece tespit edilmesi 18 halinde, tespit talebinde bulunan taraf arabağlantı sözleşmesini feshedebilir. Aykırılık nedeniyle oluşan zararların diğer tarafça tazmini talep edilebilir”.

sürede borca aykırılığın giderildiği durumda sorun çözülmüş olur. Ancak verilen sürede borca aykırılık giderilmemişse ikinci adımda mahkemeye ya da BTK'ya başvurularak aykırılığın tespit edilmesi talep edilir. İddia edilen aykırılığın tespiti durumunda, tespit talebinde bulunan taraf sözleşmeyi feshedebilecektir.

Sözleşmenin feshedilmesinde de sözleşmenin kurulmasında olduğu gibi muhtemel hak kayıplarının önlenmesi adına BTK tarafından önleyici bir değerlendirme yapılmaktadır. Taraflar haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi olağanüstü feshetmek istediklerinde dahi tek taraflı iradeleri doğrudan sözleşmenin feshi sonucunu doğurmamaktadır. Arabağlantı yükümlüsü olmayan işletmeciler arasındaki fesih iradesi, BTK'nın yürürlük denetiminden geçerek hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Taraflarından en az biri arabağlantı yükümlüsü olan işletmeciler arasında kurulan sözleşmelerde ise feshin geçerli bir nedene dayandırılıp dayandırılmadığını öncül olarak BTK veya mahkemeler tarafından değerlendirilecek, haklı sebep teşkil ettiği yönünde karara varılması durumunda tespit talebinde bulunan tarafça sözleşme feshedilebilecektir.

SONUÇ

Arabağlantı sözleşmelerinin sektörel bir sözleşme olması ve içinde bulunduğu sektörün yapısından etkilendiği gerçeği dikkate alınarak birinci bölümde sektörün tarihi gelişimi ve sektörün dinamikleri incelenmiştir.

Yapılan inceleme kapsamında arabağlantının gelişen şebeke teknolojisi ile paralel olarak şebeke üzerinden sunulan hizmetlerin farklı şebeke kullanıcıları arasında gerçekleşmesine hizmet ettiği görülmüştür. Arabağlantı sözleşmeleri elektronik haberleşmenin ilkel hali olan telekomünikasyonun var olduğu andan itibaren var olmuştur. Tarihi gelişimi kapsamında telekomünikasyon altyapısı ve hizmetlerinin sunulması bakımından devlet ilk olarak tekel konumunda bulunduğundan aynı ülke içinde arabağlantı sözleşmelerinin yapılması söz konusu olmamış; bu dönemde ilk arabağlantı sözleşmeleri devletler arasında bu devletlerde yaşayan kişilerin uluslararası görüşme yapabilmesi amacıyla kurulmuştur.

Tarihi gelişimi kapsamında telekomünikasyon sektörü serbestleşmeye açılmıştır. Özelleştirmeye başlayan bu durum sektörün hukuken serbestleşmesiyle devam etmiştir. Sektörün hukuken serbestleşmesiyle hizmet vermek üzere piyasaya yeni işletmeciler girerek hizmet vermeye başlamışlardır. İlk olarak elektronik haberleşme hizmetlerinin perakende pazarda son kullanıcılar sunulmasının önü açılmış; sonrasında da altyapı tekeli sona ermiştir. Dolayısıyla işletmeciler kendi şebekeleri üzerinden de elektronik haberleşme hizmeti sunabilir hale gelmişlerdir.

İkinci bölümde, sektörün bu dinamikleri kapsamında sözleşmenin önemi, tabi olduğu hukuki rejim, benzer kavramlarla ilişkisi ve unsurları ele alınmıştır.

Sektörün liberalleşmesi kapsamında hukuken işletmecilerin kendi şebekeleri üzerinden hizmet sunabilmesi mümkün olsa da piyasada eskiden devlet tekeli konumunda olan yerleşik işletmeci hem daha fazla son kullanıcıya sahip hem de şebeke altyapısını elinde tutmaktadır. Bu durumda onun son kullanıcılarına ulaşabilmek için piyasaya yeni giren işletmecilerle arabağlantı kurulması gerekmektedir. Ancak bir alt pazar olan perakende pazarda kendisinden bunu talep eden rakibi konumundaki işletmecilere onların yararına olacak bu unsuru sözleşme

serbestisi kapsamında sağlamadığı görülmüştür. Bu durum hem serbest rekabetin olmadığı bu alanda piyasaya yeni giren işletmecileri ticari olarak etkilemiş hem de farklı şebeke son kullanıcılarının birbirleriyle iletişim kuramamaları sonucunu doğurmuştur. Bu durumun önüne de sektörün regüle edilmesi ve özelinde arabağlantı sözleşmelerinin regüle edilmesi ile geçilmiştir.

Sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim bakımından, Türk Telekom A.Ş.'nin 233 sayılı KHK'ya tabi bir kamu iktisadi kuruluşu olduğu 4502 sayılı Kanun öncesi dönem ile bu tarihten sonra Türk Telekom'un özel hukuka tabi bir anonim şirket olduğu dönem ayrı ayrı incelenmiştir.

Hukuki rejim kapsamında sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı idari sözleşmelerin kıstaslarına göre değerlendirilmiştir. Bu ölçütler, sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümleri içermesidir. Bu bağlamda 4502 sayılı Kanun öncesinde taraflardan birinin kamu iktisadi kuruluşu olması ve sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması şartlarının gerçekleştiği; ancak sözleşmede özel hukuku aşan şartların bulunmasının söz konusu olmadığı tespit edilmiştir. Özel hukuku aşan şartlar bakımından Telekomünikasyon Kurumu'nun sözleşmeye müdahalesi değerlendirilmiş olsa da Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılan müdahalelerin dışardan müdahaleler olup sözleşmenin şartlarını özel hukuku aşan şartlar haline ve sözleşmenin taraflardan birini üstün konuma üstün konuma getirmede olduğu görülmüştür. Dolayısıyla 4502 sayılı kanundan önceki dönemde imzalanan arabağlantı sözleşmeleri özel hukuk rejimine tabi sözleşmelerdir. Kaldı ki aksi bir durumun kabulü çelişkili olarak 4502 sayılı Kanun öncesi dönemde aynı sözleşmenin iki özel hukuk işletmecisi arasında imzalandığında özel hukuk ancak kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekom A.Ş. ile bir özel hukuk kişisi arasında imzalanması durumunda ise idari sözleşme olması şeklinde iki farklı hukuki rejime tabi olacağını kabul etmek anlamına gelir.

4502 sayılı Kanun sonrasında ise tarafların her ikisinin de özel hukuk kişisi olan işletmeciler olması nedeniyle zaten idari sözleşmenin organik kriteri gerçekleşmemiş olduğundan sözleşmenin idari sözleşme olması mümkün değildir.

Bu durumda dikkat çeken BTK'nın sözleşmeye müdahalesinin sözleşmeyi idari sözleşme yapıp yapmadığıdır. Bu müdahale sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kurum tarafından yapılmakta olup sözleşmenin tarafları arasındaki hukuki ilişkiyi düzenler. BTK'nın sözleşmelere müdahalesi onu sözleşmenin tarafı konumuna sokmaz. Dolayısıyla arabağlantı sözleşmesi 4502 sayılı Kanun sonrası dönemde de özel hukuka tabi bir sözleşmedir.

Arabağlantı kavramı erişim türlerinden biridir. Bu bağlamda erişim ve arabağlantı arasındaki ilişki ortaya konulmuştur. Erişim arabağlantıyı da içine alan bir kavramdır. Arabağlantı erişim türü olduğu için erişim üst başlığında yapılan düzenlemelere konu olsa da diğer erişim türlerine nazaran önemi dolayısıyla öne çıkmış ve farklı düzenlemelere de konu olmuştur.

Arabağlantı kavramıyla birlikte erişimin bir başka özel türü olan ve uygulamada sıklıkla arabağlantıyla karıştırılan roaming kavramı da karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Roaming sayesinde bir işletmeci kullanıcıya kendi teknik yetersizliği sebebiyle kendi şebekelerini kullanamadığı ya da yetkilendirmesinin kapsama alanı dışında olduğu için kendi altyapısı üzerinden hizmet sunamadığı yerlerde kendi kullanıcılarına elektronik haberleşme hizmeti vermek için durumlarda diğer işletmecilerden şebeke ve altyapı desteği alarak onların altyapıları üzerinden kullanıcılarına hizmet vermektedir. İlk durum ulusal dolaşıma örnek teşkil ederken; ikinci durumda uluslararası dolaşım söz konusudur. Arabağlantıda ise bir altyapı veya şebekelerin kullanımı değil karşı tarafın şebekesiyle irtibatlandırılarak şebekelere bağlı son kullanıcılar arasında iletişimin sağlanması mümkün hale getirilmektedir.

Benzer kavramlarla karşılaştırılmasından sonra arabağlantı sözleşmesinin unsurlarının tespiti yapılmıştır. Arabağlantı sözleşmesi, ismen Elektronik Haberleşme Kanunu'nda yer almakla birlikte unsurları belirtilmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Sözleşmenin esaslı unsurlarını belirlemek için sözleşmenin iş hayatındaki uygulamasına bakmak gerekir. Arabağlantı sözleşmesi bu bağlamda değerlendirildiğinde, sözleşmesinin asli edimleri, şebekeler arasında arabağlantı

kurulması ve arabağlantı arabağlantı hizmetlerinin yerine getirilmesi taahhütleri ile bunların mukabilinde ödenecek ücrete ilişkin taahhüttür.

Arabağlantı sözleşmesinin asli edimleri belirlendikten sonra, sözleşmenin hukuki niteliği bu edimler üzerinden yol acıkılarak değerlendirilmiş ve sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğu görüşü benimsenmiştir. Çünkü sözleşmenin karakteristik asli edimleri iş görme borcu doğurmakla birlikte bunların hiçbirinin doğrudan tipik bir sözleşmenin asli edimi olarak görülememektedir.

Üçüncü bölümde ise arabağlantı sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar olan aşamalar incelenmiştir. Sözleşmenin kuruluşunda ve düzenlenmesinde kural sözleşme serbestisi olmakla birlikte, arabağlantının doğrudan haberleşme özgürlüğü ile ilgili olması sebebiyle gerektiğinde ölçülülük ilkesi kapsamında BTK'nın sözleşmeye müdahalesi söz konusudur. Özel hukuk kişilerince yürütülmesine rağmen konusunun kamu hizmeti olması sebebiyle BTK denetleyici ve düzenleyici otorite olarak işletmeciler arasında etkin rekabetin sağlanması ve son kullanıcıların kaliteli ve ucuz hizmet alabilmesi amacıyla müdahalede bulunmaktadır.

Arabağlantı sözleşmesinin haberleşme özgürlüğüne ilişkin öneminden dolayı diğer erişim türlerinden bağımsız olarak işletmeciler EHK uyarınca sözleşme müzakerelerinde bulunma yükümlülüğüne tabi kılınmıştır. Sözleşmenin serbest müzakereler sonucu kurulamaması durumunda veya öncül olarak sözleşme müzakeresinde bulunulmadan önce BTK, taraflara sözleşme kurma zorunluluğu getirebilmektedir. Diğer erişim türlerinden farklı olarak arabağlantı yükümlülüğü getirilmesinde işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olması aranmamaktadır. Sözleşme kurma yükümlülüğünün yanı sıra sözleşme içeriğinin düzenlenmesi kapsamında da BTK'nın müdahalesi aynı amaçlarla söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi kapsamında getirilebilecek yükümlülükler ayırım gözetmeme, ücret tarifelerinin maliyet esaslı belirlenmesi, hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi, şeffaflık ve referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülüğü ve tesis paylaşımı ve ortak yerleşim yükümlülükleridir. Referans arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler tarafından

hazırlanan teklifler, hukuken bir öneri teşkil edip aynı zamanda genel işlem koşulları niteliğindedir. Söz konusu genel işlem şartları sözleşme içeriğine dahil olmadan önce BTK'nın idari öndenetiminden geçmekte, bu kapsamda değiştirilmesi talep eden şartların işletmeci tarafından değiştirilmemesi durumunda BTK, söz konusu değişiklikleri re'sen yapabilmektedir.

Tarafların sözleşme kurulması konusunda anlaşamaması durumunda veya aralarında mevcut bulunan bir sözleşme ilişkisi kapsamında uyuşmazlık çıkması durumunda bu uyuşmazlığın çözümü için BTK'ya başvurup uzlaştırma yapmasını talep edebilmektedirler. BTK'nın söz konusu talebi kabul edip etmemesi kendi takdirindedir. Uzlaştırma kurumunun varlığı, tarafların adli yargıya başvurmasını engellememektedir.

Arabağlantı sözleşmelerinin geçerlilik şekli olarak adi yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür. Bunun nedeni, sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin BTK'ya sunulması ve BTK tarafından incelenmesidir. Bu bağlamda, tarafların sözleşmeye ilişkin olarak BTK'nın değişiklik önerilerini uygulama yükümlülükleri vardır. Ancak söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda tarafların yalnızca idare hukuku bağlamında sorumluluğuna gidilebilecektir.

Arabağlantı sözleşmelerinin sona ermesi, sözleşme süresinin bitmesi, tüzel kişiliğin kaybı, ifa imkansızlığı ve sözleşmenin taraf iradeleri sonucu tarafların anlaşması ya da olağan ve olağanüstü fesih yoluyla sona ermesi şeklinde gerçekleşebilmektedir. Sözleşme kurma yükümlülüğü getirilen işletmecilerin sözleşmeyi anlaşılarak sona erdirmeleri bakımından da sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Osman : “Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları”, **Telekomünikasyon Hukuku**, Ed. Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Açıkgöz, Osman : **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Akgün, Adnan : **Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2007.
- Ardıyok, Şahin : **Yerel Telekomünikasyon Hizmetlerinde Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004.
- Ardıyok, Şahin; Yüksel, Barış : “Mevzuat ve Danıştay Kararları Işığında Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Çatışmaları”, **Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015, s. 142-180.

- Arıöz, Ali : **Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2005.
- Arslanoğlu, Mehmet : “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu”, **Marmara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2014.
- Aslan, İsmail Yılmaz : **Rekabet Hukuku (Teori-Uygulama-Mevzuat)**, 5. Bası, Bursa, Ekin Yayınları, 2017.
- Atalı, Murat : “Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: X, S: 1-2, 2006, s. 315-339.
- Atamer, Yeşim : **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001.
- Atiyas, İzak : “Atölye Çalışması (I) Regülasyon ve Rekabet”, **15-16 Mart 2001 Regülasyon ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2001.

Aydın, Emin Sadık

: “Üçüncü Nesil Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri: Dünya Uygulamaları ve Türkiye İçin Politika Önerisi”, **Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları**, Ankara, 2007.

Ayrancı, Hasan

: **Enerji Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Ayrancı, Hasan

: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 52, S: 3, Y. 2003, s. 229-252.

Belen, Herdem

: “Sözleşmenin Kurulması Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçların İfası- Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I Anılar 24-25 Mart 2012**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014.

Berger, Ernst Georg

: **Netzzusammenschaltungen von Telekommunikationsunternehmen im nationalen, europäischen und internationalen Regelungszusammenhang**, Aachen, Shaker Verlag, 2000.

Beydoğan, Turgut Ayhan : **Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Hukuk Rejimi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Beydoğan, T. Ayhan : “Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 4, Y: 2011, s. 113-135.

Beyoğlu, Berrin Özge :Telekomünikasyon Sektöründe Hakim Durum Kavramı ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, **Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010.

Bıyıklı, Mehmet : **Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Rejiminin Kanuni İstisnalarının Kapsamı, Sınırları ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri**, Ankara, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Yayınları, 2011.

Bilgen, Pertev : **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1970.

Buz, Vedat : **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Bülter, Ahmet : “Telekomünikasyon Hukukunda Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri”, **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010.

Civelek, Furkan : “Yeni Nesil Şebekelerin Telekomünikasyon Sektöründe Düzenlemelere Etkileri”, Ankara, **Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları**, 2010.

Çağlayan, Ramazan : “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S: 7, Y: 2016, s. 373-398.

Çakal, Recep : **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, 1996.

Çelik, Fatma : “Medeni Hukukta ve Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008.

Çevik, Seda Öktem : **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, İstanbul, Beta, 2008.

Demir, Tanju : **Türkiye’de Posta Telgraf ve Telefon Teşkilatının Tarihsel Gelişimi (1840-1920)**, Ankara, PTT Genel Müdürlüğü, 2005.

Demircioğlu, Huriye Reyhan : **Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Yetkin, 2009.

Demiröz, Ali; Sarıçiçek, Can;

Şahin, Selen Yersu : “Düzenlemeler ile İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu”, **Rekabet Dergisi**, Ankara, C: XV, S. 1, Y: 2014, s. 3-63.

Deprem, Başak : “Roaming (Dolaşım) Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.

Ditscheid, Alexander;

Rudloff, Karsten

: “TKG § 45e Anspruch auf Einzelverbindungs-nachweis”, **Beck’scher TKG-Kommentar**, 4. Auflage, 2013.

Dural, Mustafa

: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

Dural, Mustafa; Suat Sarı,

: **Türk Özel Hukuku Cilt 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.

Duran, Lütfi

: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayın no. 2956, Hukuk Fakültesi Yayın no. 648.

Ekici, Şerafettin

: **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk telekomünikasyon Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Eren, Fikret

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018.

Erman, Hasan

: “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İÜHF**, Y. 1973, C: 38, S: 1-4, s. 601-620.

Faivre, Simon

: **Der Telekommunikationsvertrag**, Stämpfli AG, Publikationen, Bern, 2005.

Förster, Romy; Jan Pohle,

: “§ 31 Das Recht der Kommunikationsnetze und -dienste”, **IT- und Datenschutzrecht**, Hrsg. von Astrid Auer-Reinsdorff, Isabell Conrad, 2. Auflage, München, C.H.BECK, 2016.

Förster, Romy : “§ 4 Technische Grundlagen der Telekommunikation”, **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**, Ed: Astrid Auer-Reinsdorf, Isabell Conrad, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2016.

Geppert, Martin;
Atterdorn, Thorsten : **Beck’scher TKG Kommentar**, Ed. Martin Geppert / Raimund Schütz, 4. Bası, 2013.

Gezder, Ümit : **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta, 2009.

Giray, Filiz : “Telekomünikasyon Sektöründe Liberalizasyon ve Türkiye’deki Durum”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, S:2, C: 2, Y: 2007, s. 11-25.

Giritli, İsmet; Kahraman, Berk;
Pertev, Bilgen; Tayfun, Akgüner : **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2012.

Großkopf, Volker : **Die Vertragsfreiheit nicht-maktbeherrschender Unternehmen bei der**

Netzzusammenschaltung, Renningen-Malsmheim, Expert Verlag, 1998.

Gojayeve, Alvina : “Türk Hukukunda Arabağlantı Sözleşmeleri”, **AÜHFD**, 61 (3) 2012, s. 1057-1088.

Gök, Esra : “IP Tabanlı Şebekeler Üzerinden Ses İletimi (VoIP) Kapsamında Acil Aramalara Erişim ve Konum Verisi; Ülke Uygulamaları ve Türkiye Önerisi”, Ankara, **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu**, (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), 2013.

Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Günday, Metin : **İdare Hukuku**, 10. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013.

Gürkan, Mehmet Fatih : “Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 4 S:2 Y: 2013, s. 333-356.

Gürzumar, Osman Berat : **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Olarak Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.

Haas, Joachim C. : **Essential Facilities Doctrine und offene Netze**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

Heun, Sven Erik : “H. Zugangsregulierung und besondere Missbrauchsaufsicht”, **Handbuch zum TK Recht**, Ed. Sven Erik Heun, 2. Bası, 2007.

Huurdeman, Anton A., : **The Worldwide History of Telecommunications**, New Jersey, A Wiley-Interscience publication, 2003.

Imping, Andreas : **Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter**, Ed: Gerald Spindler, Köln, Otto-Schmidt Verlag, 2000.

İçöz, Özge : **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

İşbir, Begüm : “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun Uzlaştırma Yetkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 335-368.

- Kaplan, İbrahim : **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara, Yetkin, 2013.
- Knieps, Gunter : “Interconnection and Network Access”, Vol. 23, Issue: 6, **Fordham International Law Journal**, 2000, s. 90-115.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1959.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Arpacı, Abdülkadir; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Köktürk, Nur Seda : **Telekomünikasyon Sektöründe Dikey Bütünleşik Firma Davranışlarının Düzenlenmesi**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2012.
- Kuntalp, Erden : **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Kurşat, Zekeriya : “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin

Hükmü”, **İÜHFM**, C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 143-166.

Kurşat, Zekeriya

: **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı, 2003.

Kutlu, Şükrü

: “Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2012.

Küçükyalçın, Arzu

: “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **AÜHFD**, C. 53, S. 4, 2004, s. 1-18.

Kühling, Jürgen; Schall, Tobias;

Biendl, Michael

: **Telekommunikationsrecht**, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, C.F. Müller, 2014.

Lust, Philipp

: “Mobile Interconnection”, **International Journal of Communications Law and Policy**, Issue 7, Winter 2002/2003.

Märkl, Peter N.

: **Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

McCormack, Emma : “Access and Interconnection”,
Telecommunications Law and Regulation,
Ed. Ian Walden, Oxford University Press, 4th
Edition, 2012.

Morgül, Avni : **Elektronik ve Haberleşme Mühendisliğine**
Giriş, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2010.

Nolte, Norbert : **Das Recht auf Netzzugang nach dem**
Telekommunikationsgesetz, Betriebs &
Berater Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt,
1996.

Nomer, Haluk Nami : “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle
Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın
Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir
mi”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**,
C. 1, İzmir Birleşik Matbaacılık Ltd. Şti, 2013,
s. 2053-2074.

Piepenbrock, Hermann-Josef;
Müller, Ulf : “Verträge über besonderen Netzzugang”,
Vertragshandbuch Telemedia, Ed: Fabian
Schuster, Verlag C.H. Beck, München, 2001.

Röhl, Matthias : **Die Regulierung der Zusammenschaltung**,
Dresdner Schriften zum Öffentlichen Recht,
Band 1, Peter Lang, 2002.

Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer;

Oktay-Özdemir, Saibe

: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Okan, Gökan

: “Türkiye’de Arabağlantı Düzenlemeleri”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006.

Oktay, Saibe

: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İHFM**, C. LV, 1996, s. 263-296.

Onar, Sıddık Sami

: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İkinci Tab, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960.

Ölmez, Hasan Suat

: **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2003.

Özbilen, Arif Barış

: **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Aralık, 2016.

Özdemir, Ümit Nevruz

: “Telekomünikasyon Sektöründeki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisinde Güncel Mahkeme Kararları”, **Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV Bildiriler-Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015.

Özelçi, Mustafa Aytaç

: “Elektronik Haberleşme Alanında İdarenin Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Yetkisi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2012.

Öztoprak, Sezin

: “6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı; PTT A.Ş”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, Y: 2014, s. 377-394.

Öztürk, K. Burak

: Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 67, S:1, Y: 2009, s. 26-42.

- Riehmer, Klaus : **Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter**, Ed: Gerald Spindler, Köln, Otto-Schmidt Verlag, 2000.
- Salman, Dilek : “Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi S.B.E.**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011.
- Sarı, Arif Ogün : **Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004.
- Schuster, Fabian : “§ 32 WAN- und VPN-Verträge”, **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**, Ed. Astrid Auer-Reinsdorff/Isabell Conrad, 2. Auflage, München, C.H.Beck, 2016.
- Schuster, Fabian : “Der Telekommunikationsvertrag (Festnetz, Internet, Mobilfunk) Eine Betrachtung des Vertragstyps und kritische Würdigung der BGH-Rechtsprechung”, **CR 2006**.
- Schütz, Raimund : **Beck’scher TKG Kommentar**, Ed. Martin Geppert / Raimund Schütz, 4. Bası, 2013.

Seliçi, Özer

: **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

Sezginer, Murat

“İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVII, S: 1-2, Y: 2013, s. 1589-1621.

Speta, James B.

: “A Common Carrier Approach to Internet Interconnection”, **Federal Commisison Law Journal**, Volume 54, 2002, s. 113-132.

Şahin, Cenk

: **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Şanlı, Pelin

: “Telekomünikasyon Hukukunda Roaming”, **TAAD**, Yıl: 3 S: 9, 2012, s. 313-342.

Tan, Turgut

: **İdare Hukuku**, Ankara, 7. Bası, Turhan Kitabevi, 2017.

Tan, Turgut

: “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C. 22, 1967, s. 285-326.

Tan, Turgut : **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara, Turhan, 2010.

Tan, Turgut : “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 35, S: 2, Y: 2002, s. 11-37.

Tekinsoy, M. Ayhan : “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFD**, C.55, S.2, Y: 2006, s. 181-227.

Tekinsoy, M. Ayhan : “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, Y: 65, 2007, s. 119-134.

Tetrault, McCarthy : **Telecommunications Regulation Handbook**, Ed. Colin Blackman/Lara Srivastava, Tenth Anniversary Edition, 2011.

Topkaya, Ferhat : **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

Ulusoy, Ali : **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Ulusoy, Ali : “Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği”, **AÜHFD**, C: 50, S: 2, Y: 2001, s. 147-158.

Ulusoy, Ali D. : **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Us, Eser : **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Uz, Bilge : “Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi”, Ankara, **Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi**, 2005.

Ünver, M. Bilal : “Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri”, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), **Telekomünikasyon Kurumu**, Ankara, 2005.

Ünver, M. Bilal : “Telekomünikasyon Sektörüne Özgü Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri Işığında Erişim Sözleşmelerinin

Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 805-854.

Ünver, M. Bilal Ünver

: “AB ve Türk Mevzuatı Açısından Erişim ve Arabağlantı Sözleşmeleri, (Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Düzenleyici Otoritelerin Rolü, Olması Gereken Hukuk Açısından Öneriler)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, S: 2, Y: 2007, s. 93-141.

Ünver, M. Bilal

: “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, “Yayınlanmamış Doktora Tezi”, 2016. (kısaca “Elektronik Haberleşme Alanında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü”)

von Tuhr, Andreas

: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Cilt: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.

Yalman, Süleyman

: **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006.

Yasin, Melikşah

: “Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmelerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim

Kurumu'nun Müdahalesi",
Telekomünikasyon Hukuku, Ed. Prof. Dr.
Halil Akkanat, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.
121-132.

Yazıcı, Kuddusi;

Emin Sadık Aydın

: **Uluslararası Dolaşım Hizmetinin
Düzenlenmesi Avrupa Birliği ve Türkiye
Uygulamaları**, Ankara, Rekabet Kurumu
Yayınları, 2008.

Yıldız, Mustafa Göktürk

: **Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik
Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi**, İstanbul, On
İki Levha Yayıncılık, 2012.

Yenişen, Derya

: **Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet**, Ankara
Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah;

Kaman, Nur; Özdemir, Eyüp;

Üstün, Gül; Okay Tekinsoy, Özge

: **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, 7. Baskı,
İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yıldırım, Yusuf

: "Telekomünikasyon Sektöründe Referans
Arabağlantı Teklifleri, Sektör Açısından
Önemi: Sorunlar ve Öneriler", Ankara,
Telekomünikasyon Kurumu Yayınları,
2005.

Yücel, Özge

: “Dolaşım ve Arabağlantı Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1373-1386.

Yüksel, Aytaç

: **Elektronik Haberleşme Hukukundaki İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Y.y.

: **Geleneksel Arabağlantıdan IP Arabağlantıya Geçiş Sürecinde Türkiye Değerlendirmesi**, Ankara, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Yayınları, 2012.

Y.y.

: **Telecommunications Regulation Handbook**, 2011.

Y.y.

: **Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman**, Ankara, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2014.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

(Erişim tarihi: 5.7.2019)

- Atiyas, İzak : “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon?” (Çevrimiçi)
<http://mimoza.marmara.edu.tr/~mcokgez/Makaleler/atiyas1.htm>
- Güngör, Müberra;
Kibar, Yunus Şevki;
Yılmaz Ramazan; Tekin, M. Alper: : **Yakınsama: Telekomünikasyon ve Medya Sektörleri Açısından Düzenlemelere Etkileri**, Ankara, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 2009.
<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/yakinsama-telekomunikasyon-ve-medya-sektorleri-acisindan-duzenlemelere-etkiler.pdf>
- Güngör, Müberra; Evren, Gökhan : **İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri**, Telekomünikasyon Kurumu Tarifeler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2002,
<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/internet-sektoru-ve-turkiye-incelemeleri.pdf>
- Güngör Müberra; : **Yeni Nesil Şebekeler ve Yeni Nesil Erişim**, Telekomünikasyon Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 6 vd.
<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/yeni-nesil-sebekeler-ve-yeni-nesil-erisim-iktisadi->

duzenleyici-incelemeler-ve-ulke-deneyimleri.pdf.

Helberger, Natali

: “Access to technical bottleneck facilities: the new European approach”, **Communicaties & Strategies**, 2002-2, p. 33. https://www.ivir.nl/publicaties/download/C&S_2002.pdf.

Marcus, J. Scott

:“Interconnection on an IP-Based NGN Environment”, s. 23, https://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR07/discussion_papers/JScott_Marcus_Interconnection_IP-based.pdf.

Oruç, Ender; vd.,

: **Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı**, Telekomünikasyon Kurumu, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/ortak-yerlesim-ve-tesis-paylasimi.pdf>.

y.y.

:Pazar Analizi Çalışmaları, Mobil çağrı Sonlandırma Pazarı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2017, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fPazar+Analizleri%2fMobil+%C3%87a%C4%9Fr%C4%B1+Sonland%C4%B1rma+Pazar%C4%B1%2fEK-1_M%C3%87SPA_ND_2017.pdf

y.y. :TDK online Türkçe sözlük
<https://www.turktelekom.com.tr/hakkimizda/sayfalar/kilometre-taslari.aspx>

y.y. : “Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Pazar Verileri Raporu”, **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 2018 yılı 4. Çeyrek**,
<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/pazar-verileri/4-ceyrek-2018kdisi.pdf>

y.y. :26.04.2017 tarihli Turkcell Referans Arabağlantı Teklifi, (Çevrimiçi)
<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/turkcell-rat-26-04-2017.pdf>