

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ELEKTRONİK HABERLEŞME ABONELİK SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Muhammed Emir ÖZ

Enstitü Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK
Enstitü Bilim Dalı: ÖZEL HUKUK (TEZLİ)

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göktürk YILDIZ

HAZİRAN 2021

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS İNTİHAL YAZILIM RAPORU BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: ELEKTRONİK HABERLEŞME ABONELİK SÖZLEŞMESİ

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 122 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 20/05/2021 tarihinde aşağıda ismi yazılı olan Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göktürk YILDIZ tarafından şahsıma iletilen Turnitin intihal tespit raporu programına göre tezimin benzerlik oranı %20'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Adı SOYADI : Muhammed Emir ÖZ

Öğrenci Numarası : 187229016

Ana Bilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı : Özel Hukuk Yüksek Lisans (Tezli)

Türü : () Proje (*) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göktürk YILDIZ
16/06/2021

ÖNSÖZ

Günümüzde akdedilen abonelik sözleşmelerinin büyük bir kısmının elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeler ile kurulduğunu söylemek gelişen teknoloji ve yeni ortaya çıkan ihtiyaçlar çerçevesinde değerlendirdiğimizde yanlış olmayacaktır. Bu kapsamda elektronik haberleşme hizmetlerinin yaygınlaşması ve erişimin kolaylaşması ile birlikte akdedilen sözleşmelerin sayısı günden güne artmaktadır. Ayrıca sektörde akdedilen abonelik sözleşmelerinin ezici bir çoğunluğunun tüketicilerle kurulduğu ve uygulamada da karşılaşılan en temel sorunun abonelik sözleşmesinin gerek tarafların hak ve borçları gerekse bu doğrultuda sözleşmenin sona ermesi noktasında olduğu gözlemlenmektedir. Bütün bu hususlar göz önüne alındığında elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin ele alınmasının yararlı olacağı düşüncesi ile incelemesi yapılmıştır.

Çalışma sürecinde kendisine her başvurduğumda yol gösterici olan, katkı ve desteği ile görüşlerini esirgemeyen, değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göktürk YILDIZ ve tüm eğitim hayatım boyunca üzerimde emeği geçen bütün hocalarıma teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Son olarak manevi desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen ve her daim yanımda olan aileme, ayrıca gerek fikir gerekse görüşleriyle bana yol gösteren arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunarım.

16/06/2021

Muhammed Emir ÖZ

İÇİNDEKİLER

BEYAN BELGESİ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vi
ÖZET	viii
SUMMARY	ix
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 1	5
ELEKTRONİK HABERLEŞME KAVRAMI, ELEKTRONİK HABERLEŞME ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, ÖZELLİKLERİ, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	5
1.1. Tanım ve Kavram.....	5
1.1.1. Elektronik Haberleşme (Telekomünikasyon) Kavramı	5
1.1.2. Sözleşmenin Tanımı	6
1.2. Sözleşmenin Tarafları.....	8
1.2.1. İşletmeci	8
1.2.2. Abone	11
1.3. Sözleşmenin Unsurları.....	14
1.3.1. Tarafların Anlaşması.....	14
1.3.2. Elektronik Haberleşme Hizmetinin Sunulması veya Elektronik Haberleşme Hizmeti Sunulmasıyla Beraber Mal Temini	14
1.3.3. Kaynak Tahsisi Sağlanması.....	15
1.3.4. Ücret	16
1.4. Sözleşmenin Özellikleri	17
1.4.1. Çerçeve Sözleşme Olması	17
1.4.2. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Olması	18
1.4.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması	19
1.4.4. Rızai Sözleşme Olması	19
1.4.5. İş Görme Sözleşmesi Olması	22
1.4.6. Standart Sözleşme Olması	22
1.4.7. Genel İşlem Koşulları İçeren Sözleşme Olması.....	23
1.5. Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının Denetimi.....	24
1.5.1. İdari Denetim	24
1.5.2. Yargısal Denetim	27
1.5.2.1. Yürürlük (Kapsam) Denetimi.....	27
1.5.2.2. Yorum Yoluyla Denetim	28
1.5.2.3. İçerik Denetimi.....	29
1.6. Sözleşmenin Hukuki Niteliği	30
1.7. Sözleşmenin Şekli.....	33
1.7.1. Genel Olarak.....	33
1.7.2. Şekle Aykırılık ve Sonuçları	35
1.7.2.1. Zorunlu İçeriğe Yer Verilmemesi.....	36

1.8. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması.....	37
1.8.1. İş Görme Sözleşmeleriyle Karşılaştırılması.....	37
1.8.1.1. Genel Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	37
1.8.1.2. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	38
1.8.1.3. Vekâlet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	39
1.8.2. Kira Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	40
BÖLÜM 2	42
TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLI BORÇLARI VE HAKLARI	42
2.1. İşletmecinin Borçları	42
2.1.1. Elektronik Haberleşme Hizmeti Sunma Borcu	42
2.1.2. Fatura Düzenlenmesi ve Gönderilmesi Borcu	43
2.1.3. Sadakat Borcu	44
2.1.4. Numara Taşıma Borcu	47
2.1.5. Eşit Davranma Borcu	48
2.1.6. Belirli Kalitede Hizmet Sağlama Borcu	48
2.1.7. Şeffaflığın Sağlanması ve Bilgilendirme Borcu	50
2.1.8. Arabağlantı ve Roaming (Dolaşım) Sağlanması Borcu.....	52
2.1.9. Abonelerin Rehberine Kaydedilmesi Borcu	56
2.1.10. Hattın Kullanıma/Görüşmeye Kapatılması veya Durdurulması Borcu	56
2.1.11. Sözleşme Şartlarının Abone Aleyhine Değiştirilmemesi Borcu	57
2.1.12. Eksik ve Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk.....	58
2.2. İşletmecinin Hakları.....	61
2.3. Abonenin Borçları	62
2.3.1. Bedel Ödeme Borcu	62
2.3.1.1. Ücret Tespiti.....	62
2.3.1.2. Ücret Kapsamı ve Miktarı	65
2.3.1.2.1. Götürü Ücret.....	66
2.3.1.2.2. Zaman ve Miktarla Göre Belirlenen Ücret.....	67
2.3.1.2.3. Sabit Ücret.....	68
2.3.1.3. Abonenin Bedeli İfa Zamanı.....	70
2.3.1.4. Ücretin İfasında Temerrüt	71
2.3.2. Mevzuattaki Standartları Taşıyan Cihaz Kullanma Borcu	73
2.3.3. Bildirimde Bulunma Borcu	74
2.3.4. Abonenin Yararlandığı Hizmeti Ticari Amaçla Üçüncü Kişilere Sunmama Borcu	75
2.3.5. Güvence, Teminat, Depozito veya Avans Ödeme Borcu	77
2.4. Abonenin Hakları	77
BÖLÜM 3	79
SÖZLEŞMENİN SONA ERME SONA ERME HALLERİ	79
3.1. Genel Olarak	79
3.2. Kendiliğinden Sona Erme Halleri.....	80
3.2.1. Kararlaştırılan Sürenin Bitmesi.....	80
3.2.2. Ölüm, Fiil Ehliyeti Sınırlandırılması veya Kaybı ile Aciz Hali	83
3.2.3. İfanın İmkânsız Hale Gelmesi	84

3.3. Hukuki İşlem ile Sona Erme Halleri	86
3.3.1. Tarafların Anlaşması	86
3.3.2. Fesih	87
3.3.2.1. Belirli Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi	89
3.3.2.1.1. <i>Süresi Bir Yılı Aşmayan Belirli Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi</i>	89
3.3.2.1.2. <i>Süresi Bir Yılı Aşan Belirli Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi</i>	91
3.3.2.2. Belirsiz Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi	91
3.3.2.2.1. <i>Olağan Fesih</i>	91
3.3.2.2.2. <i>Olağanüstü Fesih (Haklı Sebeple Fesih)</i>	93
3.3.2.2.3. <i>Taahhütlü Abonelik Sözleşmelerinde Fesih</i>	97
3.3.2.2.4. <i>Numara Taşıma Yöntemi ile Fesih</i>	100
3.3.2.3. Fesih Usulü	100
3.3.2.4. Feshin Sonuçları	103
3.3.2.4.1. <i>Genel Olarak Abonelik Sözleşmelerinde Feshin Sonuçları</i>	103
3.3.2.4.2. <i>Taahhütlü Abonelik Sözleşmelerinde Feshin Sonuçları</i>	105
3.3.2.5. Haksız Feshin Sözleşme İlişkisine Etkisi	105
3.3.2.6. Haksız Feshin Sonuçları	108
3.3.2.6.1. <i>Genel Olarak Abonelik Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları</i>	108
3.3.2.6.2. <i>Taahhütlü Abonelik Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları</i>	110
3.3.3. Cayma	111
3.3.4. Temerrüt Hali	114
SONUÇ	116
KAYNAKÇA	123
ÖZGEÇMİŞ	128

KISALTMALAR LİSTESİ

AATUHK	: 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADSL	: Asymmetric Digital Subscriber Line (Asimetrik Sayısal Abone Hattı)
ASY	: Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği
AÜHFHD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz. / bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
BTKİYY	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği
C.	: Cilt
DEÜFHD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T	: Erişim Tarihi
EAY	: Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği
EHCGSY	: Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği
EHK	: 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
EHSHKY	: Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği
EHSİTHY	: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği
EHSİYY	: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği
EKBHKAY	: Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazların Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik
f.	: Fıkra
GÜHFHD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSM	: Global System for Mobile Communications
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İTKSHY	: İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik
İYDKSY	: İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği
Karş. / karş.	: Karşılaştırınız
KN	: Karar Numarası
KT	: Karar Tarihi
KVİGKİY	: Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik
KVKK	: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: Madde
MCKS	: Mobil Cihaz Kayıt Sistemi
MSY	: Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
NTY	: Numara Taşıma Yönetmeliği
NY	: Numaralandırma Yönetmeliği
OKTH	: Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmetleri
PAY	: Pazar Analizi Yönetmeliği
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S	: Sayı
s.	: Sayfa

SÜHFD	: Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TSHSHY	: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
TSSHY	: Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik
TY	: Tarifeler Yönetmeliği
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VDSL	: Very High Speed Digital Subscriber Line (Çok Yüksek Hızlı Dijital Abone Hattı)
Y.	: Yıl
Yay.	: Yayınları



ÖZET

Tezin Başlığı: Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesi	
Tezin Yazarı: Muhammed Emir ÖZ	Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göktürk YILDIZ
Kabul Tarihi: 16/06/2021	Sayfa Sayısı: ix (ön kısım) + 122 (tez)
Anabilim Dalı: Özel Hukuk	Bilim Dalı: Özel Hukuk (Tezli)
Elektronik haberleşme sektörü her geçen gün büyüyen ve gelişmekte olan, ayrıca teknolojik gelişmeler ile birlikte daima yeniliklere açık bir biçimde değişimini sürdürmektedir. Elektronik haberleşme faaliyetlerini sunan işletmeciler ile aboneler arasında abonelik sözleşmeleri akdedilmekte ve bu abonelik sözleşmelerinin sayısı her geçen gün artmaktadır. Kurulan abonelik sözleşmelerinin çok büyük kısmının tüketicilerle akdedilmesi sebebiyle, tüketicinin korunmasını amaç edinen düzenlemelerinde öneminden kaynaklı olarak abonelik sözleşmelerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de tüketiciler karşılarında güçlü konumda bulunan işletmeciler ile kurdukları sözleşmelerde zayıf konumda bulunmalarından dolayı korunmaları gerekmektedir. Elektronik haberleşme sektöründe bağımsız idari otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun da tüketicinin korunması görevleri arasında öngörülmüştür. Bu kapsamda BTK tarafından abonelik sözleşmelerinin incelenmesinden işletmecilerin yetkilendirmesine kadar bir takım görevleri mevcuttur. Esasen özel hukuk kapsamında olan abonelik sözleşmeleri elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşımasından dolayı bir takım kamu hukukundan kaynaklı düzenlemelerde görülmektedir. Uygulamada akdedilen elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin çoğalmasıyla birlikte bu konuda taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların da arttığı gözlemlenmektedir. Bu uyuşmazlıkların temelinde ise sözleşmenin gerek tarafların hak ve borçları gerek ise sona erme halleri yer almaktadır. İşletmeciler tarafından sözleşmenin kuruluş aşamasında aboneye her türlü kolaylık sağlanmakta iken sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olduğunda ise aynı kolaylığın gerçekleştirilmediği de ifade edilebilir. Bu çerçevede Elektronik Haberleşme Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile ilgili ikincil mevzuat kapsamında düzenlemelere gidilmiştir. Çalışmamızda en son gerçekleştirilen değişiklikler doğrultusunda akademik eserler ile yargı kararlarından faydalanılarak gerek uygulama gerekse teoriye yönelik bir biçimde elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri incelenerek, sözleşme bir bütün olarak ele alınmıştır.	
Anahtar Kelimeler: Elektronik Haberleşme, Abonelik Sözleşmesi, Tüketici, Abone, İşletmeci, Fesih	

SUMMARY

Thesis Title: Electronic Communication Subscription Contracts	
Thesis Author: Muhammed Emir ÖZ	Advisor: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göktürk YILDIZ
Date of Acceptance: 16/06/2021	Total Number of Pages: ix (pre text) + 122 (main body)
Department: Private Law	Field of Study: Private Law (with Thesis)
The electronic communication sector is growing and developing every day, and with technological developments it always continues to change with in a way that is open to innovation. Subscription contracts are concluded between operators offering electronic communication activities and subscribers, and the numbers of these subscription contracts is increasing every day. As most of the established subscription agreements are concluded with consumers, they should be evaluated as a result of their importance in their regulations aimed at protecting the consumer. Indeed consumers should be protected because they are in a weak position in contracts they have established with operators who are in a strong position against them. The Information Technology and Communication Authority, which is an independent administrative authority in the electronic communication sector, is also envisaged as one of the duties of consumer protection. In this context, BTK has a number of tasks from the examination of subscription contracts to the authorization of operators. Subscription contracts, which are essentially covered by private law, are seen in regulations arising from public law because electronic communication services are a public service. With the proliferation of electronic communication subscription agreements concluded in practice, it is observed that the disputes between the parties on this issue also increase. On the basis of these disputes are the rights and obligations of the parties and the termination of the contract. It can also be stated that while all kinds of convenience is provided to the subscriber at the establishment stage of the contract by the operators, the same convenience is not realized in the case of termination of the contract. In this context, regulations were made within the scope of the Electronic Communication Code and secondary legislation related to the Consumer Protection Code No 6502. In our study, in line with the latest changes, the subscription agreements concluded in the electronic communication sector, both in practice and in theory, were examined by using academic works and court decisions, and the contract was discussed as a whole.	
Keywords: Electronic Communication, Subscription Contract, Consumer, Operator, Determination	

GİRİŞ

Genel olarak abonelik sözleşmeleri günlük hayatımızın hemen hemen her alanında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin elektrik, su, doğalgaz, gazete ve dergi gibi süreli yayınlara ilişkin olarak abonelik sözleşmeleri akdedilmektedir. Burada üzerinde duracağımız olan elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinden bahsetmemiz gerekirse, son yıllarda etkisini giderek artırmakta olduğu ve yaygınlaşmakta olduğu gözlemlenmektedir. Öyle ki hemen hemen herkesin en az bir hatta sayısı daha fazla elektronik haberleşme hizmetinin sunumunu konu olarak içeren abonelik sözleşmesinin tarafı olduğundan bahsetmemiz mümkündür. Hal böyle olunca elektronik haberleşme alanında kurulan abonelik sözleşmelerinin detaylı bir biçimde incelenme ihtiyacı hasıl olmuştur. Gerçekten de son yıllarda gelişen teknoloji ile birlikte ülkemizdeki pek çok hizmetin elektronik haberleşme imkânları sayesinde vatandaşların erişimine bu çerçeveden de açılması sağlanarak faydalanmada kolaylık amaçlanmıştır. Kimi faaliyetler bakımından ise örneğin yargı sistemi, otoyol ulaşım hizmetleri gibi ayrıca pek çok kamu kurumunun veya özel sektörde sağlanan hizmetlerin sunulmasında ve gerçekleştirilmesinde elektronik haberleşme hizmetlerinden faydalanılması söz konusudur. Böylelikle hemen hemen herkesin elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanması bu bahsedilen diğer hizmetlerden yararlanması için de bir gereklilik haline gelmiştir.

Telekomünikasyon sektöründe 1980'li yıllarda dünyada ve özellikle batıda görülen serbestleşme sürecine ilişkin adımlar etkisini 90'lı yıllarla beraber ülkemizde de göstermeye başlamış ve 2000'li yıllarla hızlanarak devam etmiştir. Bu noktada Avrupa Birliği'ndeki gelişmelerin de etkisi ile telekomünikasyon sektörüne adını veren terim kısmen de olsa yerini elektronik haberleşmeye bırakmıştır. Gerçekten çok da uzak olmayan bir geçmiş düşünüldüğünde telekomünikasyon kelimesinin zihinde bırakıldığı çağrışımında bakır kablolar vasıtası ile görülen sabit telefon hizmetlerine kişileri yönlendirdiği söylenebilir. Oysaki elektronik haberleşme teriminin bütün bunları da kapsamına alarak daha ötesini de içerdiği ve gelecekte de daha fazlasını bünyesinde taşımaya elverişli olduğunu söylememiz mümkündür. Elektronik haberleşme sektöründe 21. yüzyılda yaşanan gelişmelerle bir çok yeni işletmeci yarışa dahil olarak bu alandaki faaliyetlerin gelişmesine fiyatların da serbest rekabet ortamı ile tüketicinin lehine olacak şekilde aşağıya çekilmesine katkıda bulunmuşlardır.

Bu belirttiğimiz gelişmeler çerçevesinde işletmecilerin gerek kendi aralarındaki hukuki ilişkilerin ele alınmasına gerekse elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumu ile ilgili olarak düzenlemede bulunulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Buna ek olarak da abonelik sözleşmeleri bakımından karşılarında akdettikleri sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda tüketicilerin yer almasından kaynaklı olarak hukuki ilişkileri ele alan bir mevzuat eksikliği göze çarpmaktaydı. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun yukarıda bahsi geçen bu teknolojik gelişmelere ve yeni yüzyılda ortaya çıkan yeni hukuki ilişkilere ve uyumsuzluklara çözüm üretmede yeterli olmaması, yeni bir hukuki düzenlemede bulunma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu 2008 yılında kabul edilerek elektronik haberleşme sektöründe pek çok düzenlemeyi de

beraberinde getirmiş ve kapsamına aldığı sözleşmelere dair öngördüğü düzenlemeler ile de bu gelişen ve büyüyen sektörü yakalama arzusunu bünyesinde barındırmaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri, elektronik haberleşme hizmetinin veya bir malın sürekli bir biçimde abone tarafından edinmesini sağlayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde genellikle abone borcunu aylık periyotlar halinde yerine getirmekte olup, karşılaşılan sorunlardan ilki aboneye hizmetin sunumunda ve abonenin hizmetten yararlanmasında ortaya çıkan sorunlardır. Bununla beraber abonenin bedel ödeme borcuna ilişkin de sorunların yaşandığı gözlemlenmektedir. Ayrıca abonelik sözleşmesinin kurulması noktasında bütün imkânları ve kolaylıkları sağlayan işletmecilerin, konu sözleşmenin sona erdirilmesine geldiğinde aynı şekilde bir tutum sergilememelerinde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada akdedilen abonelik sözleşmelerinin oldukça büyük bir kısmı tüketici sıfatını taşıyan abonelerle kurulmakta ve bunun sonucu olarak pek çok hususta sözleşmeden kaynaklı haklarını ve borçlarının tam olarak farkında olmayan abonelerin fesih haklarını esaslı olarak kavrayamadıklarından dolayı bu imkândan faydalanma noktasında sıkıntılar yaşamaktadırlar. Bu durumun bir neticesi olarak ise genellikle aboneler aslında sürdürmek istemedikleri bir sözleşmeye taraf olarak kalmakta ya da abonelik sözleşmesini haksız fesihle sona erdirerek cezai şart, cayma bedeli ile tazminat adları altında bedel ödemek durumunda kalmaktadırlar.

Bu çerçevede konunun incelemesinde bulunurken Elektronik Haberleşme Kanununun yanı sıra TBK ve TKHK hükümlerine de değinilmesi gerekecektir. Ayrıca bu kanunlar çerçevesinde çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği ile Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği başta olmak üzere konu ile ilgili ikincil mevzuatta yer alan hükümlerin de değerlendirilmesi ve mahkemelere intikal eden uyuşmazlıklar neticesinde ortaya çıkan yargı kararları ile öğretide bulunan görüşler çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler söz konusu olacaktır.

Çalışmamız üç bölümden meydana gelmekte olup, ilk bölümde elektronik haberleşme kavramından bahsedilerek abone ve işletmeci kavramları ile bunların tanımlanmasına yer verilmiştir. Bu noktada sektörde işletmeci olarak faaliyette bulunabilmek için gereken şartlar ile yetkilendirme usulüne ve bildirimde bulunma yoluna değinilmiştir. Ayrıca abone bakımından tüketici sıfatını taşıması durumunda, tüketici sözleşmesine vücut vermesi açısından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde ele alınmıştır. Nitekim abonelik sözleşmesinin tarafı olan abonenin tüketici olup olmamasının sözleşmeye uygulanacak hükümleri etkilemesi nedeniyle önemi söz konusudur. Ardından sözleşmenin unsurlarını oluşturan tarafların anlaşması, elektronik haberleşme hizmetinin sunumu ile hizmet sağlanması ile birlikte mal temini, kaynak tahsisi ve ücret konularına değinilmiştir. Çalışmamızın devamında ise elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin özellikleri ele alınmış olup, bu noktada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasından çerçeve sözleşme olması ve standart sözleşme olması da dahil olmak üzere bir takım özellikleri ele alınmıştır. Ayrıca rızai sözleşme olması da değerlendirilmiş olup bu noktada elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini de bünyesinde taşımasından kaynaklı olarak işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu değerlendirilmiştir. Devamında ise genel işlem koşullarını içeren bir sözleşme olmasından yola çıkarak elektronik haberleşme

abonelik sözleşmelerindeki genel işlem koşullarının denetimi idari ve yargısal açıdan irdelenmiştir. Sonrasında sözleşmenin hukuki niteliği ile şekil şartı ve bu şekle aykırılık ile sonuçları üzerinde durulmuştur. Birinci kısımda son olarak ise elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin benzer sözleşmelerle karşılaştırılarak incelenmesine gidilmiş olup ilk etapta Türk Borçlar Kanununda düzenlenen iş görme sözleşmeleri ile birlikte ardından kira sözleşmesi ile karşılaştırılması ele alınmış olup birinci bölüm tamamlanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise tarafların hak ve borçları irdelenmiş olup, ilk olarak işletmecinin borçları üzerinde durulmuştur. Bu noktada önem arz eden işletmecinin asli edim borcunu oluşturan elektronik haberleşme hizmetinin sunumunun üzerinde durulduktan sonra diğer bir takım tali nitelikteki borçlarının üzerinde durularak işletmecinin hakları ele alınmıştır. İşletmecinin ardından ise sözleşmenin karşı tarafı olan abonenin asli borcu olan ücret ödeme borcu ele alınmış olup, ardından abonenin bir takım diğer borçları üzerinde durulduktan sonra abonenin hakları ile bölüm sonlandırılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü olan son bölümde ise elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin sona ermesi işlenmiştir. Bu kapsamda ilk önce genel olarak sona erme üzerinde durulmuş olup ardından sözleşmenin kendiliğinden sona erme halleri bakımından sözleşme için kararlaştırılan sürenin dolması, ölüm fiil ehliyetinin sınırlandırılması ya da kaybı ile abonenin aciz hali ve ifanın imkansız hale gelmesi durumları ele alınmıştır. Ardından sözleşmenin hukuki işlemle sona ermesi kapsamında sözleşmenin taraflarının anlaşması ve ardından fesih kurumuna giriş yapılmıştır. Fesih ile ilgili olarak belirli süreli abonelik sözleşmeleri bakımından fesih incelenmiş olup, burada yapılacak ikili ayırım ile süresi bir yılı aşmayan belirli süreli abonelik sözleşmeleri ile süresi bir yılı aşan belirli süreli abonelik sözleşmeleri değerlendirilmiştir. Ayrıca süresi bir yılı aşan belirli süreli abonelik sözleşmeleri ile belirsiz süreli abonelik sözleşmelerinin ortak hükümleri bakımından değerlendirilmesi yapılmış olup, süresi tam bir yıl olarak öngörülmüş olan abonelik sözleşmelerinin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir.

Fesih hali ile ilgili olarak belirli süreli abonelik sözleşmelerinin feshi kapsamında olağan fesih olağanüstü fesih ele alındıktan sonra uygulamada karşılaşılan sorunların başında gelen taahhütlü abonelik sözleşmelerine değinilerek bu sözleşmelerin feshi irdelenmiştir. Devamında ise elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri kapsamında diğer fesih imkanlarına göre sonradan düzenlenerek faaliyetine geçilmesi nedeniyle ayrı bir şekilde incelenmesi gereken numara taşıma yoluyla fesih değerlendirilmiştir.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde fesih usulüne değinildikten sonra feshin sonuçları kapsamında ikili bir ayırıma gidilmiş ve genel olarak abonelik sözleşmelerinde feshin sonuçları ele alınmış olup, ardından taahhütlü abonelik sözleşmelerinde feshin yol açacağı sonuçlar üzerinde durulmuştur. Bu kısmın ardından haksız fesih ile sözleşmeye etkisinden bahsedilmiş ve haksız feshin sonuçları ile taahhütlü abonelikler bakımından haksız feshin sözleşmeye etkisi ele alınarak fesih kurumuna ilişkin bölüm sonlandırılmıştır. Çalışmamızda en son olarak değinilmiş olan kurumlar ise kimi tüketici sözleşmeleri bakımından söz konusu olan cayma hakkının hangi durumlar çerçevesinde elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri

bakımından da söz konusu olabileceği ele alınmış ve temerrüt hali durumunda sözleşmenin sona erdirilmesi kapsamında çalışmamızın sonuç kısmına geçilerek sonlandırılmıştır.



BÖLÜM 1

ELEKTRONİK HABERLEŞME KAVRAMI, ELEKTRONİK HABERLEŞME ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, ÖZELLİKLERİ, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Tanım ve Kavram

1.1.1. Elektronik Haberleşme (Telekomünikasyon) Kavramı

Telekomünikasyon terimi, iki kelimededen meydana gelir. Bunlar iletişim anlamındaki “communication” kelimesi ile Yunancada uzak manasına gelen “tele” kelimeleridir. Telekomünikasyon genel olarak bir verinin farklı iletim sistemleri ile gönderilmesi ve alınması anlamına gelmekte olup, herhangi bir telekomünikasyon faaliyetinde gönderici, alıcı ve bunların arasında veri iletiminin gerçekleştiği kanal bulunmaktadır¹.

2008 tarihli ve 5809 sayılı EHK’nın yürürlüğe girmesinden önce mevzuatta elektronik haberleşme yerine telekomünikasyon kavramının kullanıldığı görülmektedir. 5809 Sayılı EHK’nın 3. maddesi 1. fıkrasının (h) bendinde elektronik haberleşme şu şekilde tanımlanmıştır:

“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 alınmasını ifade eder.”

Telekomünikasyon ise 4502 Sayılı Kanun ile tanımlanmıştır. Buna göre:

“Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, ifade eder.”

Öğretide bir iletişim faaliyetinin elektronik haberleşme olarak değerlendirilebilmesi için veri işaret, ses, sembol, görüntü, elektronik, elektromanyetik veya manyetik sinyallere dönüştürülebilen bir veri olmasının, bununla beraber kablo telsiz optik elektrik optik, manyetik, elektromanyetik ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir².

4502 Sayılı Kanun ile 5809 Sayılı Kanun’daki tanımlar birlikte karşılaştırıldığında, iki kavramın da yaklaşık olarak aynı içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Ancak değişen ve gelişen teknoloji neticesinde, telli telefon, kablosuz telefon, telsiz haberleşmesi, teleks ve faks iletişim araçlarının yanında internetle veri iletişiminin daha aktif hale gelmesi, bulut bilişim ve bilişim sistemlerinin devreye girmesi telekomünikasyon yerine elektronik haberleşme kavramının oturmasında etkili olmuştur³. Ayrıca AB mevzuatına uyum

¹İçöz, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, No:16, Ankara 2003, s. 20. (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/16-pdf>). E.T: 27 Kasım 2020; Kent, Bülent, Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı: 2, s. 171; Yüksel, Aytaç, Elektronik Haberleşme Hukukundaki İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetim, Ankara 2018, s. 23

² Ekici, Şerafettin, Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku, İstanbul 2006, s. 4.

³ Güzelış, Alpaslan, Telgraftan İnternete Telekomünikasyon, İzmir 2013, s. 211.

sağlama düşüncesi ile birlikte sektörle ilgili uluslararası kurum ve kuruluşların da benimsemiş olduğu terim bakımından ortaklık sağlanması hedeflenmiştir⁴. Bu çerçevede 2000 yılında telekomünikasyon sektöründe bağımsız denetim faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere öncesinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı bünyesinde kurulu olan Telsiz Genel Müdürlüğü, Telekomünikasyon Kurumu adı ile kamu tüzel kişiliğine sahip idari ve mali özerkliği olan, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı ile ilişkili konumda bulunan düzenleyici ve denetleyici kurum olarak kurulmuştur⁵. Telekomünikasyon Kurumu, 2008 yılında yapılan değişiklik ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu adını alarak faaliyetlerine devam etmektedir. Tüm bu gelişmeler ışığında günümüzde telekomünikasyon ifadesi yerine “Elektronik Haberleşme” kavramının oturarak kullanımı yaygınlaşmış ve sektörde ismini alarak kapsayıcı bir hale geldiğini söylememiz mümkündür.

Bu tanımlar ve elektronik haberleşmenin kapsamından yola çıkarak sabit telefon, mobil telefon, telgraf, faks, televizyon aracılığıyla gerçekleştirilen yayınlar, kablo-TV yayınları, radyo, internet ve bilgisayar aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim bir bütün olarak elektronik haberleşme kavramı içinde yer aldığından bahsetmemiz mümkündür⁶. Telekomünikasyon, elektronik sektörünün bir alt dalı kabul edilerek temelde telgraf ve sesin iletilmesi faaliyetlerinde anılmaktaydı⁷. Ancak, günümüzde sesle beraber görüntü ve elektronik ortamda pek çok verinin iletimi gerçekleşmekte bunların tamamını kapsar şekilde olan elektronik haberleşme kavramı, telekomünikasyonun yerini almış ve kapsamı daha da genişlemiştir⁸.

Elektronik haberleşmenin, bilgi teknolojileri ve iletişimin alt kategorisinde bulunduğunu savunan görüşe göre sektörün oluşumu donanım ve hizmetler olarak ikiye ayrılmakta olup, donanımlar; sabit ve mobil altyapı ile terminal cihazları, kullanıcı santrallerinden oluşurken, hizmetler ise sabit ve mobil telefon, kiralık hat ile kablo-TV’den oluşmaktadır⁹.

1.1.2. Sözleşmenin Tanımı

Genel olarak abonelik sözleşmeleri ihtiyaç duyulan mal veya hizmetin belirli sürelerle ya da sürekli bir biçimde mal veya hizmet alımı için yapıldığı sözleşmelerdir. Bu açıdan abonelik sözleşmesi günlük hayatta oldukça sık görülen elektrik, su, doğalgaz, internet aboneliği gibi pek çok şekilde farklı ihtiyacın karşılanmasında görülebilmektedir¹⁰.

4077 Sayılı Kanuna 06.03.2003 tarihinde eklenen abonelik sözleşmelerini düzenleyen 11/A maddesi, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, dördüncü kısım beşinci bölümde Abonelik Sözleşmeleri başlığı altında 52. maddede düzenlenmiştir. Buna göre:

⁴ Özelçi, Aytaç, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, Ankara 2019, s. 39-40.

⁵ Ulusoy, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002, s. 165.

⁶ Arıöz, Ali, Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Ankara 2005, s. 4; Yüksel, s. 23; Ekici, s. 4.

⁷ Kent, s. 171; Aytaç s. 23.

⁸ Yüksel, s. 23.

⁹ Arıöz, s. 4.

¹⁰ Çabri, Sezer, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 857.

“Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmedir.”

Bu tanımdan hareketle abonelik sürekli veya düzenli aralıklarla alıcı olma olarak görülür. Ancak TKHK, burada alıcının borcu olarak ödemesi gereken ücretten bahsetmemiştir. Ücret ödeme borcunun eksik olarak düzenlenmesi öğretide eleştirilmiş, tam ve doğru tanımın, *“tüketicinin, bir bedel karşılığında, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşme”* şeklinde olması gerektiği savunulmuştur¹¹.

Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3/f. 1 (b)’de ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği¹² m. 4/f. 1 (b)’de de aynı şekilde elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

“İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşmeyi ifade eder.”

EHK ve Yönetmelik açısından, burada yapılan tanımda bedel unsuruna yer verilerek tanımlanması daha isabetli olmuştur. Ancak, bu tanımlamanın da kimi yönleriyle eksik olduğu gözlemlenmektedir. İlk olarak, EHK’da yer alan abonelik sözleşmesinin tanımı, aynı kanunda yer alan abone ve işletmeci kavramlarıyla örtüşmemektedir. EHK m. 3/f. 1 (a)’da abone tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder.”

İşletmeci ise aynı maddenin (z) bendinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi ifade eder.”

Kanun burada gerek abone gerekse işletmeci kavramlarında elektronik haberleşme hizmetini merkeze alarak bir tanımlamaya gitmiş ise de sözleşmenin tanımının elektronik haberleşme hizmetlerine değinilmeden yapılması ve buna ek olarak yalnızca mal teminini konu edinen bir abonelik sözleşmesinin de bu kapsama dahil edilmesinin uygun olmadığı değerlendirilmektedir¹³.

EHK’da “işletmeci” olarak tanımlanan şirketler elektronik haberleşme hizmeti sunmak için yetkilendirilmiş olup, sadece mal teminini kapsayacak şekilde yapılan sözleşmeler elektronik haberleşme sektörüne özgü düzenlemelerin konusunu oluşturmamaktadır. Bu sebeple işletmecinin yalnızca elektronik haberleşme hizmeti sunmak üzere yetkilendirildiği göz önüne alınırsa, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi tanımının şu şekilde yapılması daha isabetli olacaktır. Buna göre elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi:

¹¹ Aslan, Yılmaz, En Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa 2015, s. 470.

¹² Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği, RG: 28.10.2017, S: 30224.

¹³ Özkaya, Ayşe, Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmelerinin İncelenmesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilişim Uzmanlığı Tezi, Ankara 2011, s. 41. (<https://www.btk.gov.tr/uploads/thesis/elektronik-haberlesme-sektorunde-tuketiginin-korunmasi-acisindan-abonelik-sozlesmelerinin-incelenmesi.PDF>). E.T: 27 Kasım 2020.

“İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında sürekli olacak şekilde elektronik haberleşme hizmeti sunmasını veya elektronik haberleşme hizmeti ile mal teminini birlikte üstlendiği sözleşmeyi ifade eder.”

1.2. Sözleşmenin Tarafları

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde, elektronik haberleşme hizmeti sunan veya bununla beraber mal teminini sağlayan taraf işletmecidir. Abone ise, işletmeci tarafından sağlanan bu hizmet veya mal temininden belirli bir ücret ödeyerek yaralanan kişidir. Dolayısıyla elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin tarafları işletmeci ve abonedir.

1.2.1. İşletmeci

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmeci, EHK ve bu kanun kapsamındaki ikincil mevzuat çerçevesinde BTK tarafından elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen yetkilendirilen şirketlerdir.

EHK m. 3/f. 1’de ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği m. 4/f. 1’de İşletmeci aynı ifadelerle şu şekilde tanımlanmıştır:

“Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirket”

Buna göre işletmeciler, BTK tarafından elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ile beraber veya ayrı olarak elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını temin için yetkilendirilmeli ve şirket niteliğini haiz olması gerekmektedir. İşletmecilerin ancak BTK tarafından yetkilendirilmiş oldukları faaliyetler bakımından hizmet sunma hakları bulunmaktadır.

Kurulan elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, karşı tarafta yer alan abonenin tüketici sıfatını da taşıması durumunda TKHK ve bu kanuna göre çıkartılan başta Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ile ilgili sair mevzuat da uygulanabilir olacaktır¹⁴.

ASY madde 4 fıkra 1, (ğ) bendine göre:

“Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari ve mesleki faaliyetlerle tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”

Buna göre, sözleşme gereği tüketiciye elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeci, bu yönetmelik kapsamında “sağlayıcı” olarak ele alınıp, yönetmelik hükümlerine de tabi olacaktır.

ASY madde 4 fıkra 1, (h)’ye göre ise:

“Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”

¹⁴ Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, RG: 24.01.2015, S: 29246.

Burada ise, işletmecinin elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin olarak mal teminini üstlenmesi durumunda ASY'ye göre "satıcı" kapsamına girerek bu kapsamdaki hükümlerin de uygulanması söz konusu olacaktır.

Elektronik haberleşme hizmetlerinde, günlük diğer hizmetlerden farklı şekilde bir takım prosedürlerin ardından lisans alınarak faaliyete geçen hizmetlerden olması sebebiyle sermaye şirketlerinin bu sektörde işletmeci sıfatını alabilmeleri için sektörü düzenleyici ve denetleyici kurum olan BTK'dan yetki alınması gerekmektedir¹⁵.

Yetkilendirmeden anlaşılması gereken EHK m. 3/ (ccc)'de şu şekilde bahsedilmiştir:

"Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel hak ve yükümlülükler verilmesini ifade eder."

Yetkilendirme kapsamında detaylı düzenlemeler EHK madde 8 ve devamında ayrıca Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde düzenlenmiştir¹⁶. EHK madde 9'da yetkilendirme usulü ile ilgili olarak şu şekilde bahsedilmiştir:

"(1) Yetkilendirme bildirim veya kullanım hakkının verilmesi yoluyla yapılır."

"(2) Elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya alt yapısı kurup işletmek isteyen şirketler faaliyete başlamadan önce Kurum düzenlemeleri çerçevesinde Kuruma bildirimde bulunurlar."

"(3) Kuruma bildirimde bulunan şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise Kurumun belirlediği usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler."

Bildirimle yetkilendirme usulü çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebeke veya altyapı kurup işletmek isteyen şirketlerin faaliyete başlamadan önce BTK'ya bildirimde bulunmaları gerekir. Bu şirketlerin bildirimde bulundukları hizmetler için numara, frekans ve uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymamaları durumunda bildirimle yetkilendirilmiş olacaktırlar¹⁷.

BTK'ya elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili bildirimde bulunan şirketler, bu hizmetleri ifa için numara, frekans ve uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisi gereksinimleri olabilir. Bu durumda yetkilendirilme kullanım hakkı verilerek yapılır. BTK tarafından

¹⁵ Açıkgöz, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 64-65.

¹⁶ Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği, RG: 28.05.2009, S: 27241.

¹⁷ Öztürk, Burak, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği, ABD, Y: 67, S: 1, s. 30-31.

kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması gerekmeyen bir durum olduğuna karar verilirse, başvurudan itibaren 30 gün içerisinde kullanım hakkı verilecektir¹⁸.

Yetkilendirme başvurusu yapacak olan şirketlerin taşımaları gereken özellikler EHSİYY m. 7/f. 1 (a), (b) ve (c)'ye göre şu şekilde ifade edilmiştir:

1. Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre, kurulmuş bir anonim veya limited şirket statüsünde olmak (EHSİYY m. 7/f. 1, (a))
2. *“Yalnızca yetkilendirmeye tabi faaliyetleri veya yetkilendirme konusu hizmeti yerine getirirken gerekli ve/veya ilgili olan cihaz satış, kurulum, bakım-onarım ve danışmanlık gibi faaliyetleri”* içeren kurulma amacını taşımak (EHSİYY m. 7/f. 1, (a)),
3. Şirketin tescil ve ilan olduğu Ticaret Sicil Gazetesinde yer alan ana sözleşmede faaliyet alanının *“elektronik haberleşme hizmeti/telekomünikasyon hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısı kurulum işletilmesi”* şeklinde ya da *“yetkilendirilmeyi talep ettiği elektronik haberleşme faaliyeti”* yer almış olması (EHSİYY m.7/f. 1, (b)),
4. *“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, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Üçüncü Kısım Onuncu Bölümünde sayılan bilişim alanındaki suçlardan¹⁹ 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”* (EHSİYY m. 7/f. 1, (c)),
5. *“Ödenmiş sermayesinin en az kurum tarafından belirlenen asgari tutar kadar olması²⁰”* (EHSİYY m. 7/f. 1, (d)),

¹⁸ Kullanım hakkına ilişkin EHK m. 9 f. 6'da *“Kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen sınırlandırılabilir. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması halinde;*

a) 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 başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar Bakanlık tarafından belirlenir ve yetkilendirme Kurum tarafından yapılır. Ancak, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihaleleri Bakanlık gerekli gördüğü hallerde doğrudan kendisi de yapabilir.

b) (a) bendinde belirtilen hususların dışında kalan ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından verilecek olan elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesine ve/veya elektronik haberleşme şebeke ve alt yapısının tesisi ve işletilmesine ilişkin olarak, gerekli işlemler Kurum tarafından yürütülür.”

Burada kullanım hakkı tesisine ilişkin esasen BTK tarafından yapılacağı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının ise gerekli görmesi halinde ihaleyi bizzat kendisinin gerçekleştireceği ifade edilmiştir. Ayrıca aynı maddenin 8. fıkrasında kullanım haklarının süresi 25 yıldan fazla olmamak üzere belirlenmesi öngörülmüştür.

¹⁹ Bu suçlar: “Bilişim sistemine girme” (TCK m. 243), “Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme” (TCK m. 244), “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” (TCK m. 245)’den ibarettir.

²⁰ 31/03/2016 tarihli ve 2016/DK-YED/195 sayılı Kurul Kararına göre bu asgari tutar OKTH yetkilendirmesi için 250.000 TL diğer yetkilendirmeler için 1.000.000 TL olması gerekmektedir.

6. “Kurum tarafından belirlenen bildirim ve/veya kullanım hakkı başvuru formunda istenen bilgi ve belgeleri Kuruma göndermesi gerekmektedir²¹.” (EHSİYY m. 7/f. 1, (e))

Yetkilendirme talebinin kullanım hakkı sınırlandırılmış bir alana ilişkin ait olması durumunda ise sadece anonim şirket niteliğini haiz işletmeciler değerlendirmeye tabi tutulacaktır²². EHSİYY m. 7/f. 1 (a) haricindeki şartların sınırlandırılmamış kullanım hakkı için de aranması öngörülmüştür.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmeciler, abonelerle sözleşme akdederken birebir olarak karşı karşıya gelmemektedirler. Bu sözleşmeleri temsilci sıfatını haiz acenteler olan uygulamada kullanılan ismi ile bayiler tarafından yapılmaktadırlar. Bu husus EHSİYY m. 19/1 (ö)’de işletmeciler tarafından yetkilendirildiği hizmete ilişkin olarak, sorumluluğun kendisinde kalması kaydıyla acenteler aracılığı ile hizmetin sunulabileceği şeklinde düzenlenmiştir²³.

1.2.2. Abone

TKHK’da abone kavramı tanımlanmamış olup, Elektronik haberleşme sektöründe abonelik sözleşmelerinde, abone kavramı EHK madde 3/f. 1 (a)’da ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği madde 4/f. 1 (a)’da aynı olarak şu şekilde tanımlanmıştır:

“Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder.”

²¹ (<https://www.btk.gov.tr/yetkilendirme-icin-basvuru-adimlari>). Erişim tarihi: 3 Aralık 2020. Esasen başvuruda bulunan şirkete ilişkin adres, telefon, KEP adresi vb. bilgiler talep edilmektedir.

²² EHSİYY m. 7 f. 2’de aynı maddede ki (a) bendindeki şartların, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkına ilişkin yetkilendirmelerde aranmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca devamında:

“a) Geçici 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü saklı kalmak üzere, başvuru sahibi şirketin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yalnızca yetkilendirme kapsamındaki faaliyetleri veya bununla birlikte yetkilendirme konusu hizmeti yerine getirirken gerekli ve/veya ilgili olan cihaz satış, kurulum, bakım-onarım ve danışmanlık gibi faaliyetleri yürütmek üzere anonim şirket statüsünde kurulmuş ya da ilgili ihale şartnamesinde belirtilen süre içerisinde kurulacak olması,

b) Anonim şirket hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması,

c) İlgili mevzuat ve/veya ihale şartnamesinde öngörülen koşulları sağlaması, gerekmektedir.” Buna göre limited şirketler kullanım hakkına ilişkin sınırlandırma mevcut olan yetkilendirmeler için başvuruda bulunamayacaklardır.

²³ EHSİYY m. 19/1 (ö)’nün devamında acenteler vasıtasıyla sunulan hizmetlere uygulanacak esaslar ile ilgili TTK ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere şu şekilde bahsedilmiştir:

“1) İşletmeci, elektronik haberleşme sunulmasına yönelik kendi ad ve hesabına faaliyette bulunmak üzere üçüncü kişilere acentelik verebilir. Ancak söz konusu kapsamdaki acenteler alt acentelik veremez.

2) Elektronik haberleşme sunulması için gerekli olan altyapı ihtiyaçları, ilgili altyapı işletmecilerinden İşletmeci veya İşletmeci ad ve hesabına olmak üzere acenteleri tarafından talep edilmek zorundadır.

3) İşletmeci, acentelerinin faaliyetlerinin yetkilendirme kapsamında bulunmasını sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede acentelerin yetkilendirmeye ilişkin ilgili mevzuat hükümlerini ihlal etmeleri durumunda, söz konusu ihlalden İşletmeciler sorumludur.

4) İşletmeci, tüketici mağduriyetlerinin yaşanmaması amacıyla, acentelerin ilgili mevzuat çerçevesinde hareket etmeleri için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

5) İşletmeci, uygulayacağı iş modellerinde, vergilendirme ve faturalama gibi hususlarda ilgili mevzuat çerçevesinde faaliyet göstermek durumundadır.”

Bu hükme göre elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde, abone taraf TKHK kapsamında bir tüketici olabileceği gibi, tüketici kapsamında olmayan bir kimse de abone olarak değerlendirilebilecektir.

Abonelik sözleşmesinin TKHK m. 52/1’de yapılan tanımı ile EHK m. 3/f. 1 (b)’de ki tanımlar birbiri ile karşılaştırıldığında, burada elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin, TKHK kapsamındaki abonelik sözleşmeleri açısından değerlendirilebilmesi için abonenin tüketici kapsamında yer alması gerekmekle birlikte genel olarak tanımların birbiri ile örtüştüğünden bahsedilebilir. TKHK kapsamında ise tüketicinin tanımlaması, aynı kanunun tanımlar başlıklı madde 3/f. 1 (k)’da düzenlenmiştir. Buna göre:

“k) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”

Elektronik haberleşme sektöründe tüketiciden ne anlaşılması gerektiği ise, EHK m.3/f. 1 (uu)’da şu şekilde ifade edilmiştir:

“Elektronik haberleşme hizmetini ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kullanan veya talep eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”

Türk Hukuku açısından gerek gerçek gerekse tüzel kişilerin tüketici kapsamına girebilmesi mümkün olup, abonelerin de hem gerçek hem de tüzel kişi olabilecekleri düzenlendiği için burada abone kavramının tüketiciyi de kapsayan bir şekilde olduğu değerlendirilmeli ve tüketici olan aboneler ile tüketici olmayan aboneler olarak ikili bir ayrıma gidilmesi yerinde olacaktır²⁴.

Ticari veya mesleki ihtiyaç kapsamında değerlendirilemeyecek olan bireysel gereksinimlerle elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin tarafı olan tüketicinin, tüketiciyi koruyan hükümlerden yararlanması mümkün olacaktır. Hem TKHK hem de EHK’da yer alan tüketici tanımları beraber ele alındığında, elektronik haberleşme sektöründe tüketicinin elektronik haberleşme hizmetlerine özgü olarak, sektörün faaliyet alanı kapsamında kullanan veya talep eden konumda bulunması gerekmektedir. Yapılan düzenlemelerde esasen bu iki tanımın aynı olduğu söylenebilir. Gerek EHK gerekse TKHK ve bu kanunlar çerçevesinde çıkarılan yönetmelikler birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun esas amacının tüketiciyi koruma düşüncesi olması sebebiyle uygun düştüğü ölçüde her iki mevzuatın da göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Yani, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin tarafı olan abonenin sözleşmeye konu elektronik haberleşme hizmetini ticari yahut mesleki gereksinimlerinin karşılanması amacıyla talep etmesi durumunda, tüketici kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir. Bunun sonucu ise TKHK’da ve EHK’da yer alan tüketiciyi koruyan hükümlerden

²⁴ Koca, Güneş, Mukayeseli Açından Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması (Düzenleyici Otoritelerin Rolü, Alınması Gereken Tedbirler, Olması Gereken Hukuk Açısından Öneriler), Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005, s. 22 (<https://www.btk.gov.tr/uploads/thesis/mukayeseli-acidan-telekomunikasyon-hukukunda-tuketiginin-korunmasi-duzenleyici-otoritelerin-rolu-alinmasi-gereken-tedbirler-olmasi-gereken-hukuk-acisindan-oneriler.PDF>), E.T: 17 Ocak.2021; Açıkgoz, s. 58.

abonenin yararlanmasının mümkün olmamasıdır. Fakat abone elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin konusunu oluşturan hizmeti ticari ya da mesleki ihtiyaçları haricinde yalnızca bireysel ihtiyacına yönelik olarak talep etmesi halinde ise, tüketici sayılarak hem TKHK hem de EHK'da ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuattaki tüketiciyi koruyan hükümlerden yararlanabilecektir. Ayrıca tüketici olan abonenin TBK'da yer alan hükümlerden de TKHK ve EHK'da ki düzenlemelerle çakışmadığı ölçüde yararlanması mümkündür²⁵. Eğer birbiri ile çatışan hükümler söz konusu ise TKHK ve EHK'da yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Örneğin bir şirket, bünyesindeki çalışanlar arasında şirketin günlük işleyişini sağlamak üzere ve personeli arasındaki haberleşmeyi temin amacıyla bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin tarafı olmak isteyebilir. Bu durumda abone ile işletmeci arasında kurulan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesine, ticari veya mesleki bir ihtiyaca binaen akdediliyor olması sebebiyle tüketiciyi koruyan hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Fakat bir kimsenin kendi günlük yaşamına yönelik elektronik haberleşme ihtiyacını karşılamak üzere işletmeci ile akdettiği bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi bakımından ise aynı durumdan bahsetmemiz mümkün değildir. Bu maksatla kurulan bir sözleşme bakımından ise kişinin bireysel ihtiyacına yönelik olması ve ticari yahut mesleki bir ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak sözleşmenin kurulmamış olması sebebiyle abone, tüketici sıfatını haiz olacağından tüketiciyi koruyan hükümlerden yararlanabilecektir.

Burada değinilmesi gereken bir başka durum ise kişinin elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ile aldığı hizmeti hem günlük yaşamındaki faaliyetlerde hem de mesleki veya ticari ihtiyaçları doğrultusunda kullanması durumudur. Örnek üzerinden ifade etmemiz gerekirse, bir avukatın tarafı olduğu abonelik sözleşmesi ile aldığı mobil haberleşme hizmetinden hem bireysel olarak günlük yaşamında yararlanırken hem de işi ile ilgili olarak kullanması söz konusu olabilir. Bu durumda kanaatimizce bu kimsenin tek bir mobil haberleşme hizmetinden yararlandığı abonelik sözleşmesi bulunması ve kendisinin kullandığı iş hattı ve kişisel hat gibi bir ayrıma gidip gitmediği hususu da değerlendirilmelidir. Eğer mobil haberleşme hizmetinden yararlanan tek bir hat mevcut ise günümüzde hemen hemen herkesin günlük yaşamında mobil haberleşme hizmetinden yararlandığı bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin tarafı olduğu da göz önünde bulundurularak, sözleşmeye tüketiciyi koruyan hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır. Ancak iki farklı numara ile mobil haberleşme hizmetinden yararlanılması ve birinin özellikle mesleki faaliyetler için özgülendiği durumda ise tüketiciyi koruyan hükümlerin gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır. Bunlara ek belirtmek gerekir ki yine avukata ait yazıhanesinde hattın bulunduğu ve sabit telefon aboneliği hizmetinden yararlanmakta olduğu bir abonelik sözleşmesi mevcut ise bu durumda TKHK ve EHK'da yer alan tüketiciyi koruyan hükümlerden yararlanılması mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak ifade etmemiz gerekir ki, elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin TKHK kapsamında da değerlendirilebilmesi ve tüketiciyi

²⁵ Yıldız, Mustafa Göktürk, Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 14-15; Koca, s. 31; Açıkgöz, s. 59.

koruyan hükümlerden faydalanılabilmesi için, sözleşme kapsamında sunulan mal veya hizmetin mesleki ya da ticari ihtiyaçların karşılanması dışında bireysel ihtiyaçlar merkeze alınarak hareket edilmesi gerekmektedir. Bu husus zaten bütün tüketici sözleşmeleri bakımından kapsayıcılığa yönelik ilk şart olarak görülebilir. Tüketici kapsamında değerlendirilemeyen yani ticari ya da mesleki olan bir saik ile hareket eden abone açısından ise, TKHK'daki tüketiciyi koruyan düzenlemeler gündeme gelmeyecek olup, konusuna göre TBK veya TTK'da yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır²⁶.

1.3. Sözleşmenin Unsurları

Yukarıda verilen tanım kapsamında abonelik sözleşmesinin unsurları; tarafların anlaşması, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması veya elektronik haberleşme hizmeti sunulmasıyla beraber mal temini, kaynak tahsisi sağlanması ile bedelden oluşmaktadır.

1.3.1. Tarafların Anlaşması

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde de tarafların yani burada abone ile işletmeci arasında sözleşmenin kurulabilmesi için objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktalarda anlaşmış olma gereklidir. Sözleşmenin asgari zorunlu içeriği objektif esaslı noktalar olup, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflar bu hususlar üzerinde görüşüp anlaşmış olmalıdır²⁷.

1.3.2. Elektronik Haberleşme Hizmetinin Sunulması veya Elektronik Haberleşme Hizmeti Sunulmasıyla Beraber Mal Temini

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin konusu, elektronik haberleşme hizmeti olarak tanımlanan faaliyetlerden bir kısmı veya tümünün işletmeci tarafından sağlanmasından ibarettir. Elektronik haberleşme hizmetini sunma işletmecinin asli edim yükümüdür. Abonelik sözleşmesinin imzalanmasıyla, işletmeci belirlenen süre zarfında sürekli olarak elektronik haberleşme hizmeti sunma yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır.

Elektronik haberleşme hizmetiyle ifade edilen EHK m. 3/ f. 1 (j)'de şu şekilde tanımlanmıştır:

“j) Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını ifade eder²⁸.”

Mobil elektronik haberleşme hizmetlerinde, sabit elektronik haberleşme cihazları vasıtasıyla mobil telefonlar kullanılarak çağrıda bulunma ve gelen çağrıları yanıtlayabilmesi kapsamda olacaktır²⁹. Sabit telefon hizmetlerinde ise sabit telefonlar kullanılarak çağrıda bulunma ve gelen çağrıları yanıtlayabilme; sabit internet hizmetlerinde

²⁶ Dindar Yıldırım, Aylin, Elektrik Piyasasında Abonelik Sözleşmeleri ve Tüketicinin Korunması, Ankara 2020, s. 64; Ayrancı, Hasan Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s. 22; Yıldız, s.16; Açıkgoz, s. 68.

²⁷ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, İstanbul 2014, s. 70.

²⁸ Elektronik haberleşme kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda “Elektronik Haberleşme(Telekomünikasyon) Kavramı” başlığı.

²⁹ Sabit elektronik haberleşme cihazı, EHCGSY m. 4/f. 1 (ö)'de tanımlanmıştır: “ö) Sabit elektronik haberleşme cihazı: Hücresel mobil sistemlerinin verici, verici/alıcı cihazları ile Radyo-TV vericileri dahil olmak üzere, 10 kHz-94 GHz frekans bandında sabit olarak kurulup çalıştırılan verici, verici/alıcı cihazları ile bir mahalde elektronik haberleşme hizmetini geçici bir süre sunmak için kullanılan mobil verici, verici/alıcı cihazlarını ifade eder.”

ise altyapının da durumuna göre kablolu, fiber, VDSL veya ADSL çeşitlerine göre internet hizmetlerine erişim sağlanması işletmecinin sözleşmeye konu borcu kapsamındadır.

Sunulan temel hizmetle beraber, ek ücretle veya aboneliğe bağlı olarak ücret talep edilmeksizin, rehber hizmeti, numarayı gösterme veya gizleme, bilgi verme, gizli numaralardan gelen aramaların sağlanmaması, müşteri hizmetleri ve mobil uygulamalarla ya da web üzerinden erişim sağlanabilecek hizmet uygulamalarına erişim sağlanması şeklinde yan hizmetlerde verilmektedir³⁰.

Buna ek olarak başta 112 ve BTK tarafından belirlenen diğer acil çağrı yardım hizmetlerinin ücretsiz bir şekilde işletmeciler tarafından sunulması ve acil yardım talebi olan kimselerin bulundukları yerlerin belirlenmesini ve yardım talebi ile ilgili kuruluşlara bildirilmesini teminen EHK m. 31/ f. 4 düzenlenmiştir³¹.

Ayrıca elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasıyla beraber, bu hizmetin sunumuna dair bir mal temini içeren bir abonelik sözleşmesinin akdedilmesi de mümkündür. Örneğin elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin bir türünü oluşturan sabit internet abonelik hizmetlerinde aboneye sunulan internet hizmeti ile birlikte modem sağlandığı uygulamada görülmektedir. Ayrıca, uygulamada ilk kez 3G teknolojisine geçilmesiyle beraber başlayan ve yeni nesil teknolojiye geçişle de devam eden, piyasaya sürülen telefonlarla, yeni teknoloji olan 3G'ye uyumlu mobil cihazların satışında oldukça yaygınlaşan, mobil telefon abonelik sözleşmelerinde işletmeciler tarafından mobil cihazların sağlanması ile birlikte yapılan sözleşmeler de gözlemlenmektedir. Burada aboneye cihazın verilmesine ilişkin olarak yapılan abonelik sözleşmesine ek bir biçimde taahhütname imzalatılarak cihazın aboneye teslimi gerçekleştirilmektedir. Abone tarafından, abonelik ücretine eklenen bir ek ücret şeklinde faturaya yansıtılması suretiyle veya doğrudan abonelik ücreti kapsamında cihazla beraber alınan hizmetin de ödemesi gerçekleştirilmektedir.

1.3.3. Kaynak Tahsisi Sağlanması

İşletmeciler tarafından sağlamayı amaçladıkları hizmetlerin gerektirmesi durumunda BTK'dan kullanım hakkı almaları gerekmektedir³². Kıt kaynaklardan olan frekans, uydu pozisyonu ve numara tahsisi ile bunların yönetimi BTK tarafından gerçekleştirilmekte, bu çerçevede, kıt kaynakların verimli bir şekilde kullanılması da gözetilerek işletmecilere kullanım hakkı tahsis edilmektedir.

³⁰ Müşteri hizmetleri, EHSKY m. 3/f. 1 (l)'de tanımlanmıştır: “l) Müşteri hizmetleri: İşletmecinin sunmuş olduğu hizmetlere ilişkin olarak bilgilendirme ve yönlendirme konularında kullanıcılara yardımcı olan çağrı merkezi hizmetlerini ifade eder.”

Rehber hizmeti, EHSYY m. 4/f. 1 (y)'de tanımlanmıştır: “y) Rehber hizmeti: Abonelerine numara tahsis eden işletmecilerin rehberde yer almayı kabul eden abonelerine ilişkin Kurum tarafından belirlenen bilgilerinin basılı, elektronik veya teknolojik açıdan mümkün olan diğer yöntemlerle yayımlaması ile telefon dahil tüm yöntemlerle sunulan sorgulama hizmetini ifade eder.”

³¹ EHSYY m. 4/f. 1 (b)' tanımlanmıştır: “b) Acil yardım çağrı hizmetleri: Yangın, sağlık, doğal afetler ve güvenlik gibi acil durumlara ilişkin bilgilerin itfaiye, polis, jandarma, sağlık kuruluşları gibi ilgili kuruluşlara en hızlı ve en uygun şekilde iletilmesini ifade eder.”

Elektronik Haberleşme Sektöründe Acil Yardım Çağrı Hizmetlerine İlişkin Yönetmelik, RG: 05.06.2012, S: 28314, Yönetmelik Ek'in hizmet adları ve kısa numaraları düzenlenmiştir.

³² Kullanım hakkı, EHK m. 3/1 (çç)'de “çç) Kullanım hakkı: Frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hakkı” şeklinde ifade edilmiştir.

İşletmeci tarafından sağlanan hat ile elektronik haberleşme şebekesine giriş sağlanarak, kurulan bağlantının neticesinde kesintisiz olarak elektronik haberleşme hizmeti sağlanmaktadır³³. Yani aboneye tahsis edilen hattın işletmeci tarafından çağrıda bulunmaya ya da çağrı almaya her an hazır vaziyette tutulması da, hattın kullanılarak bizatihi görüşme yapılmamış olmasına rağmen elektronik haberleşme hizmetinden yararlanma kapsamında ele alınması gerekmektedir. Sabit telefon ve kablolu internet hizmetlerinde sağlanan somut bir hat temini, bunun beraberinde telefon veya bilgisayar gibi cihazlardan ana şebekeye çekilecek bir kablo tesisatı ve telefona ilişkin sağlanacak olan numara ile abone, elektronik haberleşme hizmetlerine ulaşma imkânına sahip olacaktır³⁴. Ancak, mobil telefon, kablosuz internet ile dijital ve sayısal yayıncılık alanlarında kablolu somut bir hatta gereksinim duyulmamakta olup, mobil telefonda sunulan sim kart ile sağlanan numara kapsamında, kablosuz internet ile dijital ve sayısal yayıncılık alanlarında sağlanan teknik araçların verilmesi ile erişim sağlanmaktadır³⁵. Sağlanan sim kartların mülkiyeti işletmecilere ait olup, abone taraf yalnızca kullanım gerçekleştirmektedir.

Numaralar açısından ise, telefon hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen elektronik haberleşme faaliyetlerinde numaranın tahsisinin yapılması gerekmektedir. BTK tarafından numara tahsisi işletmecilere yapılmakta ve bunların mülkiyeti ise işletmecilerde olmayıp, yalnızca kullanım hakkına sahiptirler. İşletmeci kendisine tahsisli numaranın, numara türüne göre ikincil tahsisini yaparak, abonelerin kullanımını gerçekleştirmesi mümkündür³⁶.

1.3.4. Ücret

Abonelik ücreti, sözleşme kapsamında hizmet veya mal temininin abone tarafından edinilmesi sebebiyle, buna karşılık olarak abone tarafından ödenen bedelden oluşur. Ücret abonelik sözleşmesinin esaslı unsuru olduğundan dolayı sözleşmede belirlenmiş olması zorunludur. Bu husus abonenin bir tarife seçmesi ve belirlenen tarifenin sözleşmede belirtilmesi ile gerçekleşmektedir. Sözleşmenin taraflarını oluşturan işletmeci ile abonenin bu hususta açık bir şekilde anlaşmaları gerekir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerindeki ücretler genellikle tarifeler ile belirlenir. Tarife EHK m.3'te şu şekilde tanımlanmıştır:

“İşletmecilerin elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetvel”

³³ EHK m. 3/1 (k)'da “Bir veya daha fazla nokta arasında elektronik haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağı” olarak tanımlanmıştır; Yıldız, s. 32; Açıköz, s.75.

³⁴ Numaralandırma Yönetmeliği m. 4/1 (I)'de numara şeklinde tanımlanmıştır: “Şebeke ve/veya şebeke sonlanma noktasını tanımlayan, söz konusu noktaya ses, veri ve görüntünün yönlendirilmesini sağlayan, kullanıldığı yere göre abone, işletmeci, elektronik haberleşme şebekesi ve/veya hizmeti ile ilişkilendirilebilen bilgiyi içeren harf, rakamlar dizini veya sembolleri ifade eder.”; Yıldız, s. 32; Açıköz, s. 75.

³⁵ Yıldız, s. 32.

³⁶ Numara tahsisine ilişkin detaylı bilgi için bkz. (<http://www.nts.gov.tr/>)

Abonenin sözleşmenin kurulması sırasında bir tarife seçmemesi durumunda, ücretlendirme standart tarife üzerinden yapılacak olup, bu standart tarifenin de abone tarafından onaylanması gerekmektedir³⁷.

Abonenin ücret ödeme borcunun başlangıç zamanı ile ilgili olarak EHSİTHY m. 8/f. 1 şu şekildedir:

“Abonelik sözleşmesinin tesisini müteakip, hizmete ilişkin ücretlendirme, hizmetin aboneye fiilen sunulmasıyla başlar.”

Buna göre abonenin ücret ödeme borcu sözleşmenin kurulması ile değil, işletmeci tarafından elektronik haberleşme hizmetinin fiilen sunulmasının gerçekleşmesiyle başlayacaktır. Uygulamada özellikle internet abonelik hizmetine ilişkin olarak sıkça görülen, sözleşmenin kurulmasının ardından uzunca bir süre, gerekli kurulumun ve elektronik haberleşme hizmetinin işletmeci tarafından sağlanamaması gibi hususlar neticesinde hizmetten yararlanılamama durumları göz önüne alınarak ücret ödeme borcunun sözleşmenin kurulması ile değil fiilen hizmetin sunulmasıyla başlayacağı düzenlenmiştir.

1.4. Sözleşmenin Özellikleri

1.4.1. Çerçeve Sözleşme Olması

Çerçeve sözleşme ile taraflar ileride kurmayı amaçladıkları sözleşmelerin bağlayıcı şartlarını önceden belirler, bu sözleşmeleri kurarken de çerçeve sözleşmede, önceden belirledikleri şartların sözleşmede yer alması hususunda anlaşmaktadırlar³⁸. Taraflar çerçeve sözleşme yaparak aralarında sürekli bir borç ilişkisi doğururlar ve sonraki tarihte akdedecekleri sözleşmelerde karşılıklı borçlarını somut olarak içeren bir temel oluşturmuş olurlar³⁹.

Uygulamada elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri kurulurken, sözleşme şartları ve abonenin şahsi bilgilerini ve tercihlerini içeren farklı ekler sözleşmeyi oluşturmaktadır. Sözleşmedeki asli edimler abone tercihleri kısmında yer alır. Genel işlem koşullarını içeren, sözleşme koşulları kısmı ekte ise borca aykırılık halinde yaptırımlar, yetkili yargı yeri, borca aykırılık durumunda uygulanması gereken yaptırımlar vb. hususlar yer almaktadır. Yani, asli edim ile abonenin tercihlerini içeren kısım haricindeki bölüm çerçeve sözleşme hükümlerini içeren kısımdır⁴⁰.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran çerçeve sözleşme niteliğindedir. Çünkü taraflardan biri, diğerine belirli veya belirli olmayan bir süre içinde tekrarlanan edalarda bulunmaktadır. Sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifa süresi düşünüldüğünde, dönemli bir eda söz konusudur⁴¹. Sürekli borç ilişkisinin taraflar arasında

³⁷ Altaş, Hüseyin, Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 158.

³⁸ Açıkgöz, Osman, s. 149; Barlas, Nami, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 808; Yıldız, s. 68.

³⁹ Akkanat, Halil, Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 276-277.

⁴⁰ Yıldız, s. 69.

⁴¹ Altaş, s. 157.

devamı süresince münferit sözleşmeler yapılmasına bir engel yoktur. Ancak taraflar münferit sözleşme akdettikleri takdirde bu sözleşmeler ilk başta imzalanan çerçeve sözleşmenin hükümlerine göre şekil alacaktır⁴². Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, yalnızca mevcut hizmetleri içeren bir sözleşme kurulmamakta, bununla beraber ileride ortaya çıkması muhtemel farklı tür hizmetlerden yararlanmaya imkân sağlayan bir sözleşme imzalanır. Burada abone başta kararlaştırılmamış bir ek hizmeti daha sonradan müşteri hizmetlerini arayarak, işletmecinin web ara yüzü ya da mobil uygulamalarından gerçekleştirilen işlemler vasıtasıyla olsun elektronik posta veya kısa mesaj göndermek gibi usullerle, yeni bir sözleşme ortaya konarak yararlanılması mümkündür.

1.4.2. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Olması

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin yapılmasındaki amaç, işletmecinin aboneden alacağı ücret karşılığında elektronik haberleşme hizmetini sunması veya beraberinde mal temin etmesidir. Abonenin ise ödediği abonelik ücreti karşılığında sunulan mal veya hizmete erişme isteğidir. Böylelikle abonelik sözleşmesi hukuka uygun olarak kurulduğunda abone işletmeciyi ücret karşılığı olan elektronik haberleşme hizmeti veya mal temini borcu altına sokacaktır. İşletmeci ise aboneyi ediminin karşılığı olan abonelik ücreti ödenmesi borcu altına sokmaktadır. Bu sebeple elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin borç doğuran bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür.

Ani edimli sözleşmelerde, tek bir edimden söz edilir ve bu edimin ifası tek hareketle gerçekleşmiş olur. Sürekli edimlerde ise borcun ifası zamana yayılmış olarak devamlı bir biçimde, yani sürekli bir davranış ortaya konarak gerçekleştirilir⁴³. Yani borç ilişkisinin devamı süresince borçlu edim yükümlülüğünün altında bulunur. Borçlunun borç konusunu bir kere yerine getirmekle borcundan kurtulması söz konusu değildir⁴⁴. TBK m. 126'da bu sözleşmeler "*sürekli edimli sözleşmeler*" olarak ifade edilmekte ve edimlerin niteliğinden kaynaklı farklılıklardan dolayı da ani edimli sözleşmelerle bir takım hususlar ayrık olarak ele alınmıştır.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti sunma borcu sürekli bir edim niteliğini haizdir. Sözleşmedeki edimin bu niteliği sebebiyle, elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler arasında değerlendirilecektir.

Abone ise, yararlandığı hizmet karşılığında ücret ödeme borcunu, her ay kendisine gönderilen faturaları ödeyerek ifa etmektedir. Abone tarafından gerçekleştirilen edimler birbirinden farklı olmasına rağmen, borç konusu olan edim tek bir sözleşmeye dayanmaktadır. Bu durum da, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasının başka bir yansımaları ortaya koyduğundan bahsetmemiz mümkündür.

⁴² Yıldız, s. 69.

⁴³ Oğuzman / Öz, s. 49; Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, İstanbul 2012, s. 38.

⁴⁴ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 5.

1.4.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Sözleşmeler, borç altına giren taraf açısından tek tarafa borç yükleyen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁵. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan yalnızca birisi borç altına girmekte olup bu sözleşmeler için verilen en tipik örnek bağışlama sözleşmesidir⁴⁶. Bağışlamada bağışlayan, bağışlama konusunu lehine bağışlama yapılan şahsa verme borcu altına girmekte olup lehine bağışlama yapılan herhangi bir borç altına girmez.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise kendi içinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden oluşur. Bir tarafın borcu, diğerinin karşılığına denk geliyorsa ve her iki borç açısından bir değiş tokuş yapma meydana geliyorsa tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmeden bahsedilebilir. Taraflardan biri her zaman borç altına girmekteyken karşı tarafın borç altına girebilmesi için bir takım şartların meydana gelmesi gerekiyorsa, bu durumda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden bahsedilecektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tipik örnek satım sözleşmesidir. Satım sözleşmesinde satılan, alıcı tarafından ödenecek olan bedelin karşılığını oluşturmakta ve bu nedenle aralarında bir değiş tokuş ilişkisi oluşturmaktadırlar⁴⁷. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak ücretsiz vekâlet sözleşmesi gösterilebilir. Burada, vekil her zaman yüklendiği işi görme borcu altına girmekteyken, iş sahibi ise ancak vekil tarafından masraf yapılırsa, bu masrafı ödeme borcu altına girmektedir(TBK m. 510).

Yukarıdaki açıklamalara göre elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ele alınacak olursa işletmeci aboneye bir elektronik haberleşme hizmeti sunulması veya bu hizmetle beraber bir mal temini borcu altına girmekte, abone ise bunun karşılığı olan abonelik ücretini işletmeciye ödeme borcu altına girmektedir. Burada abonelik ücreti ile işletmecinin sunacağı elektronik haberleşme hizmeti veya beraberindeki mal temini bir değiş tokuş ilişkisini meydana getirir. Bu sebeple, elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşme özelliğini taşır.

1.4.4. Rızai Sözleşme Olması

Rızai sözleşmeler hukukumuzda genel ilke niteliğinde olup, kurulabilmesi için tarafların yalnızca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olması gerekli ve yeterlidir. Bunun haricinde ayrıca tarafların bir eşya verilmesi, bir mal teslimi veya başkaca herhangi bir işleme gerek yoktur⁴⁸.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri de kural olarak taraflar arası karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş olur. Sözleşmenin geçerli olabilmesi için irade beyanlarının hukuka uygun olarak açıklanması dışında taraflarca karşılıklı edimlerin

⁴⁵ Oğuzman / Öz, s. 45; Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2012, s. 21.

⁴⁶ Oğuzman / Öz, s. 46.

⁴⁷ Oğuzman / Öz, s. 46.

⁴⁸ Açıkgöz, s. 161-162.

ifasına başlanması şart değildir. Bu sebeple diğer abonelik sözleşmelerinde olduğu gibi elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin de rızai bir sözleşme olduğu söylenebilir⁴⁹.

Öğretide bir görüşe göre, abonelik sözleşmelerinin rızai sözleşme olduğundan bahsedilmiş, akabinde bu rızai olma hususunun sözleşmenin abone tarafı için tam anlamı ile meydana geldiğini ancak sözleşmeyle hizmet verecek olan taraf için sözleşmeye konu hizmeti sağlama ve aboneyle abonelik sözleşmesi imzalamasının zorunlu olması sebebiyle her zaman mümkün olmayacağı ifade edilmiştir⁵⁰.

Öğretideki bir başka görüş ise sözleşmenin kuruluşunu TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayandırmaktadır⁵¹. Bu görüşe göre dürüstlük kuralı çerçevesinde elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin işletmeci tarafından yapılmasından kaçınılamayacağı, aksinin hakkın kötüye kullanılması kapsamına gireceği ve özelleştirme neticesinde kamu hizmetleri gibi hizmetleri gerçekleştiren ticaret şirketleri açısından da geçerli olacağı ifade edilmiştir⁵².

Bir başka görüşe göre ise, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin tarafını oluşturan işletmecinin, BTK tarafından yapılacak yetkilendirme ile bu sektörde hizmet sunması mümkün olmakta ise de, sektörde yetkilendirilen birden fazla işletmeci bulunduğu için burada tekel olma durumu söz konusu değildir⁵³. Bu sebeple, işletmecinin abonelik sözleşmesini imzalamakla yükümlü olmaması abone mağduriyetine yol açmayacaktır. Çünkü abonenin aynı hizmeti elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunan diğer işletmecilerin herhangi birinden alması mümkündür⁵⁴. Uygulamada da işletmeciler tarafından abonenin sözleşmenin kurulmasına ilişkin yapmış olduğu bir başvuruyu herhangi bir gerekçe olmadan geri çevirdiği görülmemektedir.

İşletmeci olan taraf ile elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin karşı tarafında bulunan abonenin tüketici sıfatını haiz olması durumunda gündeme gelebilecek başka bir husus bulunmaktadır. TKHK m. 6/ f. 2’de belirtildiği üzere: “*Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.*” hükmü gereğince hizmet sağlamaktan haklı bir sebebi bulunmadığı takdirde işletmeci kaçınması mümkün değildir. Ayrıca EHK m. 50’nin ilk cümlesi şu şekilde ele alınmıştır: “*Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeciyile sözleşme yapma hakkına sahiptir.*” Dolayısıyla elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde işletmeci açısından sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilecektir. Uygulamada işletmeciler tarafından kara listeye alınma gibi uygulamalar yapıldığı görülmekte, bu durumlarda sözleşmenin imzalanmasından kaçınılması söz konusu olmaktadır. Ayrıca bu haklı sebep kapsamında, son yıllarda karşılaşılan bir başka durum, yüksek hızda internet bağlantısının sağlanmasına imkân veren bir bağlantı çeşidi olan fiber internet bağlantısının sağlanması ile alakalı ortaya

⁴⁹ Öktem Çevik, Seda, Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 28, Bal, Yakup, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, Ankara 2020, s.46.

⁵⁰ Altaş, s. 158.

⁵¹ Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 306; Oğuzman / Öz, s.579; Antalya, s. 358; Yıldız, s. 24.

⁵² Antalya, s. 358; Eren, s. 306; Oğuzman / Öz, s.579; Yıldız, s. 24.

⁵³ Açıkgöz, s. 164.

⁵⁴ Açıkgöz, s. 164.

çıkılmaktadır. Yatırım maliyeti oldukça yüksek olan bu fiber internet bağlantı altyapısının kurulumu ülke sathında tam olarak gerçekleşmemiş ve eski tip yapılarda bu altyapının bina içerisine çekilmesinde sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumun kanaatimizce TBK m. 27 çerçevesinde başlangıçtaki ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de sözleşme kurulmuş ise kesin hükümsüz olacaktır. Bu sebeple elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri kapsamında olan sabit internet hizmetinde, fiber hizmet almak isteyen abonenin bu doğrultuda kurulmasını arzu ettiği sözleşmenin akdedilmesi mümkün olmamaktadır.

Bu noktada ayrıca 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanununa ve evrensel hizmet kavramına değinilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz⁵⁵. Kanun kapsamında m. 5'te yer alan ve elektronik haberleşme hizmetleri içerisinde de yer alan sabit telefon, ankesörlü telefon ve internet hizmetleri gibi hizmet türlerini bünyesinde barındırmaktadır. Buna ek olarak maddenin 2. fıkrasından hareketle 13.05.2011 tarihli ve 2011/1880 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile GSM altyapısı bulunmayan nüfusu 500'ün altındaki yerleşim yerleri bakımında da mobil haberleşme hizmetleri evrensel hizmet kapsamına dahil edilmiştir⁵⁶. Buna göre evrensel hizmet kapsamında görülen hizmetlerin bunun sonucu olarak kamu hizmetini niteliğini de taşıması fakat işletmeciler tarafından sağlanmasında mali güçlükler taşıyan evrensel hizmetlerin sunulabilmesi amaçlanmakta ve bu konudaki esaslar ele alınmaktadır.

Evrensel hizmetten yararlanacak kişiler bakımından 5369 sayılı Kanun m. 3/f. 1 (a)'da Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sınırları içinde yaşayan herkesi kapsama almıştır. Burada kişilerin vatandaş olup olmama ya da içinde bulundukları ekonomik durumları esas almaksızın ülke sınırları içindeki herkesin yararlanmasını amaçlayan temel bir hizmet şeklinde kapsam çizilmiştir.

BTK tarafından yetkilendirilen işletmeciler evrensel hizmet yükümlüsü olarak tanımlanmakta ve bu çerçevede temin edilecek gelirler ile evrensel hizmet kapsamında anılan elektronik haberleşme hizmetleri de dahil olmak üzere, bu hizmetlerin ülke sathında sunulmasını ve yaygınlaştırılarak faydalandırmanın temin edilmesi amacı güdülmektedir. Bu yararlanmanın kapsamı belirlenirken ise kamu hizmeti niteliğini taşımasından ve gelişen teknoloji ve günümüz şartları düşünülerek bu hizmetlerden yararlanma noktasında herhangi bir ayrıma gitmeden herkes dahil edilmiştir.

⁵⁵ Evrensel hizmet, Evrensel Hizmet Kanunu m. 2'de şu şekilde tanımlanmıştır: *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri ifade eder.”*

⁵⁶ *“Evrensel hizmetin kapsamı; ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, üç yılı aşmamak üzere belirli aralıklarla, Cumhurbaşkanınca yeniden belirlenebilir.”* Fıkranın eski halinde BTK'nın ve işletmecilerin de görüşleri alınarak Ulaştırma Bakanlığınca yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulunca yeniden belirlenebileceği yer almaktaydı; RG: 04.07.2011, S: 27985 (2. Mükerrer).

1.4.5. İş Görme Sözleşmesi Olması

İş görme sözleşmelerinin ayırt edici en temel özelliği, bir tarafın ediminin bir işin görülmesinden veya bir insan faaliyetinden oluşmasıdır⁵⁷. Başka bir deyişle, iş görme sözleşmelerinde iş sahibi olarak tanımlanan taraf, karşı taraf olan iş sahibine sürekli olarak bir iş görme faaliyetinde bulunarak borcunu ifa etmiş olur.

İş görme sözleşmeleri, TBK’da yer alan hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleri ile sınırlı değildir. Taraflar kanunda yer alan sözleşme tiplerinden birini seçme zorunluluğunda olmadıkları için, özgür iradeleri ile meydana getirdiği ve sözleşmenin taraflarından birinin iş görme borcunu üzerine aldığı sözleşmeler de iş görme sözleşmelerindendir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, elektronik haberleşme hizmeti olarak EHK m. 3’te tanımlanan elektronik haberleşme hizmetlerin tamamı veya bir kısmının sunulması ücret karşılığında gerçekleşmektedir. Sözleşme bu özelliği ile iş görme sözleşmelerinden olduğunu gösterir niteliktedir. İşletmeci taraf, aboneye sözleşme ile yükümlü hale geldiği elektronik haberleşme hizmetini sunarken bununla beraber, konferans görüşmeleri, kısa mesaj, cevapsız çağrıyı bırakan kişinin numarasının abone tarafından görülmesi, çağrıları bekletme gibi birçok ek hizmet kapsamında görülmesi mümkün edimleri de içerecek şekilde iş görme edimi olarak ifa etmektedir.

Sonuç olarak, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin, TBK’da düzenlenen hizmet, eser ve vekâlet sözleşmelerinin özelliklerini tam olarak içermese de iş görme sözleşmesi olarak tanımlanması mümkündür⁵⁸.

1.4.6. Standart Sözleşme Olması

Sözleşmeyi oluşturan taraflardan birinin iradesine üstünlük tanındığı, sözleşmenin içeriğini oluşturan hükümlerin bu üstün tarafın önceden belirlemiş olduğu hükümleri içeren sözleşmeler standart sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. Bireysel sözleşmeler olan tarafların eşit olduğu, sözleşmenin içeriğini özgür iradeleri ile belirlemeye ehil oldukları sözleşmelerin karşısında yer alan ve sözleşme adaletini sağlamaktan uzak görülen sözleşmeler, standart sözleşmelerdir⁶⁰. Bir diğer ifadeyle, içeriği kısmen veya tamamen genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler standart sözleşme olarak tanımlanır⁶¹. Standart sözleşmelerin içeriğinde yer alan hükümler, yalnız bir sözleşmede kullanmak için değil, pek çok sayıda ve farklı kimse ile aynı türe sahip birden çok yapılacak sözleşmelere yönelik olduğu için soyut ve genel hükümler içerir.

Türk Borçlar Kanununda standart sözleşme kavramına yer verilmemiştir. Yalnızca TKHK m. 5’te standart sözleşme terimi kullanılmış ancak tanımlama yapılmamıştır. Bu sebeple standart sözleşmenin, “*satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, ileride yapacağı çok sayıda*

⁵⁷ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/I, İstanbul 2008, s. 4; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 7.

⁵⁸ Öktem Çevik, s. 29.

⁵⁹ Deryal, Yahya, Tüketici Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2008, s. 110; Zevkliler, Aydın / Çağlar, Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 118.

⁶⁰ Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 20; Zevkliler / Özel, s. 118.

⁶¹ Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 79; Açıkgöz, s. 170.

sözleşme için müzakere konusu yapmadan, tek taraflı olarak önceden hazırladığı sözleşme hükümlerinden (kısmen ya da tamamen genel işlem koşullarından) oluşan sözleşme” şeklinde tanımlanması yerindedir⁶².

Yukarıdan anlaşıldığı üzere standart sözleşme için kısaca genel işlem koşullarının içinde yer aldığı, kullanıldığı sözleşme denebilir. Genel işlem koşulları standart sözleşmenin ağırlıklı olarak içeriğini oluşturup, standart sözleşmenin içeriğinde yer alan hükümleri belirtmek için kullanılan bir kavramdır.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri uygulamada istisnasız olarak genel işlem koşullarından meydana gelen standart sözleşme olarak kurulmaktadır⁶³. Bu sözleşmeler içerdiği koşulların sektörü denetleme ve düzenleme faaliyetini gerçekleştiren bağımsız idari otorite konumundaki BTK tarafından onaylanmasının ardından taraflarca kabulü halinde kurulmuş olacaktır.

1.4.7. Genel İşlem Koşulları İçeren Sözleşme Olması

Günümüzde taraflar arası yapılan mal alım satımı, hizmet sağlanması sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğunda, görüşmeler öneri kabul aşamalarının yerine, seri üretim ve seri tüketim alışkanlıklarının yaygınlaşması ile birlikte özellikle elektronik ticaretin de yaygınlaşmasından da kaynaklı olarak taraflar arasında akdedilen sözleşmeler de bu hızdan payını almıştır. Bu çerçevede taraflar yapacakları sözleşmelerde çok büyük oranda içeriği önceden belirlenmiş olan sözleşmelerin günden güne artmasına yol açmıştır. Mal ve hizmetleri tüketicilere ulaştıran büyük üreticiler ve sağlayıcılar tarafından sözleşmeler tek taraflı olarak oluşturulmakta olup, karşı tarafın sözleşme içeriğine herhangi bir müdahalesi mümkün değildir.

Genel işlem koşulları, sözleşmenin taraflarından birinin kendi menfaatine olacak biçimde tek taraflı olarak ileride de akdedeceği birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırladığı ve sözleşmenin yapılırken karşı tarafa sunduğu tipleşmiş veya standartlaşmış hale gelen hükümlerden oluşmaktadır⁶⁴. Yukarıda da belirtildiği üzere genel işlem koşulları ağırlıklı olarak standart sözleşmelerin içeriğini oluşturan koşullardan oluşmaktadır. Öğretide belirtilen özellikler çerçevesinde genel işlem koşullarının kanuni tanımı TBK m. 20/f. 1’de yapılmıştır. Buna göre:

“Genel İşlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri de işletmeci tarafından tek taraflı olarak önceden hazırlanmış genel işlem koşullarından oluşur. Karşı taraf bu koşulları müzakere edememekte ve dolayısıyla içeriğine de herhangi bir müdahalede bulunamamaktadır. Yani

⁶² Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 13; Açıkgöz, s. 172; Tiftik, Mustafa / Özcan, Zeynep, Türk Borçlar Kanununa Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 31 S: 1, 2015, s. 27.

⁶³ Yıldız, s. 53.

⁶⁴ Açıkgöz, s. 175; Eren, s.197; Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 61; Zevkliler / Özel, s. 119; Cansel, Erol / Özel, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, Ankara 2017, s. 130.

bu sözleşmeler, standart sözleşmeler olarak kurulmaktadır⁶⁵. İşletmeci, önceden ve tek taraflı bir şekilde kendi menfaatini dikkate alarak hazırladığı sözleşmeyi karşı tarafa sunmaktadır. Burada kurulmuş olan bir abonelik sözleşmesinde abonenin, tüketici sıfatını haiz olsun ya da olmasın, sözleşmeye Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde yer alan genel işlem koşullarına yönelik düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

1.5. Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının Denetimi

1.5.1. İdari Denetim

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili olduğu sektörler bakımından, bu sektörlerde akdedilen sözleşmelere müdahalesi söz konusu olmaktadır. Elektronik haberleşme alanında ise sektörle alakalı regülasyon faaliyetlerini yerine getiren bağımsız idari otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bu denetimi yerine getirmektedir. Elektronik haberleşme hizmetlerinde işletmeci tarafından önceden bütün muhtemel durumlar değerlendirilerek ve kendi çıkarlarını da düşünerek tek taraflı olarak abonelik sözleşmelerini hazırlamaktadırlar. Sözleşmenin karşı tarafında bulunan abonenin çok büyük bir çoğunlukla tüketici sıfatına sahip olması nedeniyle de sözleşme hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan BTK tarafından yapılan idari denetim büyük önem taşımaktadır.

EHK m. 50/f. 2’de BTK’nın sözleşmeleri resen yahut şikayet kapsamında inceleyebileceği ve bu inceleme neticesinde sözleşme hükümlerinden değiştirilmesini uygun gördüğü kısımlarda, düzenlemeler doğrultusunda işletmeci tarafından gerekli değişikliklerin yapılmakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Buna göre BTK tarafından yapılan incelemede abonenin, kullanıcının veya son kullanıcının menfaatine aykırı şekilde düzenlenmiş olduğunu gördüğü veya sektördeki serbest rekabet ortamını engelleyici gördüğü hususların sözleşmeden çıkarılmasını veya sözleşmenin düzeltilmesini isteyebilecektir⁶⁶. İşletmeci, BTK tarafından gelecek taleplere göre abonelik sözleşmelerinde gerekli değişiklikleri yapmak zorundadır. Burada sözleşme metnine ilişkin müdahale şikâyet üzerine gerçekleştirilebileceği gibi kurum kendiliğinden hareket ederek karar alması da mümkündür.

Ancak, burada BTK tarafından öngörülen hususların işletmeciye bildirilmesiyle yetinilmektedir. BTK’nın işletmeci yerine geçerek kendisi yeni hüküm koyması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu şekilde bir denetimin gerçekleşmesinin ardından ise sözleşmede yer alan değişiklikler, sözleşmenin kuruluşunda olduğu gibi taraf iradelerinin ortaya konmasıyla gerçekleşmesi mümkündür⁶⁷. Burada BTK tarafından idari denetimden

⁶⁵ Altaş, s. 162.

⁶⁶ EHK m. 3/f. 1 (cc)’de şu şekilde tanımlanmaktadır: “cc) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”

EHK m. 3/f. 1 (jj)’de tanımlanmıştır. Buna göre: “jj) Son kullanıcı: Elektronik haberleşme hizmeti ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlamayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.”

⁶⁷ Yıldız, s. 61.

geçmiş olan sözleşme hükümlerinin sonrasında yargısal denetime de tabi tutulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁸.

EHK m. 50/f. 3'te abone aleyhine dürüstlük ilkesine uymayan düzenlemelerle ilgili olarak şu şekilde bir hüküm ele alınmıştır:

“(3) Abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler geçersizdir.”

Böylelikle, abonelik sözleşmelerinde yer alan TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı düzenlemelerin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

EHSİTHY madde 9/f. 2'de ise onayı zorunlu kılınmış olan yahut BTK tarafından onaylanması gerekli görülen sözleşmelerin onaylanacağı düzenlenmiştir. Buradan, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin akdedilen bütün abonelik sözleşmelerinin onayının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, hangi abonelik sözleşmelerin onayının zorunlu kılındığı, hangilerinin ise onayının gerekli görüldüğü gerek EHK gerekse kurum tarafından çıkartılan yönetmeliklerde ve kararlarda öngörülmemiştir.

İşletmeci tarafın, BTK'nın inceleme ve onay kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği m. 12 kapsamında işletmecinin bir önceki takvim yılı net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacaktır⁶⁹. Burada kanaatimizce BTK'nın önceden onaylamış olduğu bir sözleşmeye ilişkin olarak işletmeciye idari yaptırım uygulaması hakkaniyete uygun düşmeyecek olup, kurum tarafından istenen değişikliklere uyulmaması durumunda idari yaptırıma gidilmesi yerinde olacaktır⁷⁰.

Bilgi Teknolojileri ve İlişkim Kurumu tarafından sektörde akdedilen abonelik sözleşmelerine yönelik anlık denetimler gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Bu anlık denetimler neticesinde işletmecilerin doğrudan net satışları baz alınarak kesilen cezalarla, sektörde hakim durumda olan büyük işletmecilerin bu yolla meydana getirebileceği ihlallerin önlerine geçilmesi, tüketici haklarının korunması, ihlallerin sona erdirilmesi hususunda BTK tarafından gerçekleştirilen idari denetimin önemli faydaları mevcuttur.

TKHK kapsamında gerçekleştirilen haksız şartların denetimi ise, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik içerisinde ele alınmıştır⁷¹. Yönetmelikte yer alan “Denetim” başlıklı Madde 8'de Ticaret Bakanlığı tarafından sözleşmedeki haksız şartların kullanımın önlenmesi ve metinden çıkarılması konusunda gerekli tedbirlerin alınacağı belirtilmiş ve haksız şartların sözleşmeden çıkartılmaması durumunda TKHK uyarınca idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

TKHK m. 70/f. 20'de yer alan hükme TKHK'da öngörülen bir idari yaptırımın uygulanması diğer kanunlardan kaynaklı uygulanacak idari yaptırımların önüne geçmeyecektir. Buna göre hem EHK hem de TKHK kapsamında idari para cezası ile ilgili olarak BTK ve Ticaret Bakanlığı tarafından idari yaptırımların uygulanması söz konusu

⁶⁸ Açıkgöz, s. 234.

⁶⁹ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği, RG: 15.02.2014, S: 28914.

⁷⁰ Yıldız, s. 62.

⁷¹ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, RG: 17.06.2014, S: 29033.

olmaktadır. Tabi burada Ticaret Bakanlığı tarafından uygulanacak idari para cezası, BTK'nın uygulayacağı idari para cezasından farklı olarak verilen süreye rağmen işletmecinin aykırılığı sözleşme metninden çıkartmaması halinde her bir sözleşme için ayrı ayrı uygulanacak olduğundan bahsetmemiz gerekir.

Aynı konu ile ilgili olarak birden çok idarenin denetim yetkisini taşımasının ortaya koyduğu en önemli problem bu idarelerin aynı fiilden kaynaklı olarak birden fazla idari yaptırım uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır⁷². Esasında ceza hukukuna ait bir ilke olan ve aynı fiilden kaynaklı olarak iki kez cezalandırılma yapılamayacağına ilişkin “*Non Bis İn İdem*” ilkesi idari yaptırımlar açısından da uygulanması gerektiği kabul görmektedir⁷³. “*Non Bis İn İdem*” ilkesi çerçevesinde idare hukuku öğretisinde tek bir idare tarafından iki farklı yaptırımın doğması bakımından tartışılması söz konusudur⁷⁴. Fakat bu noktada ortaya çıkan sorun aynı fiil neticesinde iki farklı idarece yaptırımın uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

Burada ilk olarak belirtilmesi gereken her iki idare açısından da yaptırım uygulanmasına dair herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira TKHK m. 77/f. 20’de bu husus kabul edilmiştir. Aynı fiilden kaynaklı olarak iki idare tarafından farklı nitelik taşıyan yaptırımlar düzenlenmiş ise burada iki farklı yaptırım uygulanabilecek olup, bu iki yaptırım ile karşılanmak istenen hukuki menfaatin birbirinden farklı olması durumunda bir yaptırım diğerinin uygulanmasına aykırılık teşkil etmeyecektir⁷⁵. Fakat aynı fiile dayalı olarak iki idarenin de birbiri ile aynı nitelik taşıyan iki yaptırım uygulanması durumunda tek fiil için kişiye iki defa yaptırım uygulanması sonucu orta çıkmaktadır. Bu durum ise idari yaptırımların amacını ortaya koyan kamu düzenini koruma ve buna aykırılık gösterenleri cezalandırma amacı taşımakta olduğundan tek bir yaptırım ile bunun gerçekleşmesi mümkünken birden fazla uygulanması, idari yaptırımların amacı ve işlevine yönelik olarak hakkaniyet ilkesi bağlamında aykırılık meydana getirecektir⁷⁶.

Sonuç olarak gerek TKHK gerekse EHK ve bunlara bağlı ikincil mevzuat kapsamında öngörülen ve idarelere tesis edilmiş olunan denetim yetkileri çerçevesinde bir hukuka aykırılık tespiti gerçekleştiği takdirde, idarelerin tabi oldukları mevzuat kapsamında düzenlenmiş olan idari yaptırımı diğer bir idarenin hâlihazırda uygulamış olmasından dolayı uygulamaktan imtina etmesi söz konusu değildir. Kanuni idare ilkesi ile de bağdaşmayacak şekilde böyle bir tasarrufun gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Burada bizimde katıldığımız görüşe göre tek fiilden kaynaklı olarak aynı nitelikte birden fazla yaptırımın uygulanmasının önüne geçilmesini sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerekir. Yapılacak düzenleme ile de genel yetkili idare yerine özel yetkili idarenin uygulayacağı yaptırıma öncelik tanınması isabetli olacaktır. Çünkü elektronik haberleşme sektöründe düzenleyici ve denetleyici kurum olan ve bağımsız idari otorite şeklinde ortaya çıkmış BTK tarafından yaptırımın gerçekleştirilmesi ve sorunun çözümüne bu şekilde gidilmesi kanaatimizce de yerinde olacaktır⁷⁷.

⁷² Yasin, Melikşah, Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Haklarının Düzenlenmesi ve Denetlenmesinde Yetki Meselesi, 15. Türkiye – İsviçre Hukuk Günleri Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon, İstanbul 2017, s. 79.

⁷³ Ulusoy, Ali, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s. 109.

⁷⁴ Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 109 vd.

⁷⁵ Yasin, s. 80.

⁷⁶ Yasin, s. 80.

⁷⁷ Yasin, s. 81.

1.5.2. Yargısal Denetim

Genel işlem koşullarından doğması muhtemel olan olumsuzlukların önlenmesi amacı ile üç aşamalı bir denetim süreci öngörülmektedir⁷⁸. Bunlardan ilki genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası olup olmadığına ilişkin tespit yapılmasıdır. Bu “*yürürlük (kapsam) denetimi*” olarak adlandırılmaktadır⁷⁹. Yürürlük denetimiyle genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası olduğu sonucuna ulaşılması durumunda “*yorum yoluna*” geçilir⁸⁰. Burada sözleşmenin bir parçası olmuş ayrıca yorum yolu ile de kullanan aleyhine olacak şekilde anlamlandırılmayan sözleşme koşulları, hâkim tarafından geçerlilik denetimine tabi tutulur ve gerekirse batıl sayılır. Bu denetim sürecine “*içerik denetimi (geçerlilik denetimi)*” denmektedir⁸¹.

1.5.2.1. Yürürlük (Kapsam) Denetimi

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde genel işlem koşulları tek taraflı olarak işletmecinin hazırladığı koşullardan oluşmakta olsa da tek başına sözleşmenin hükmü haline gelerek yürürlük kazanmamaktadır. Bu koşulların hukukten bağlayıcılık kazanabilmesi için taraflar arasında sözleşmenin kurulması bu sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi gerekmektedir⁸².

Taraflar arasında bir sözleşmenin geçerli olarak kurulması için ise TBK m. 1 ve 2 kapsamında taraf irade açıklamalarının sözleşmenin esas unsurları üzerinde uyuşması gerekmektedir. Burada genel işlem koşullarını sözleşme içine yerleştiren işletmecinin aboneye bu şartlar hakkında bilgi vermesi, abonenin de bu şartları öğrenmesi zorunluluk içermektedir⁸³.

Yürürlük denetimine ilişkin olarak gerek EHK gerekse TKHK ve bunlara bağlı ikincil mevzuatta bir düzenleme yer almamaktadır. Bu açıdan TKHK m. 83/f. 1 gereği yürürlük denetimine ilişkin olarak ilgili TBK hükmü esas alınacaktır. TBK m. 21’de iki fıkra halinde şu şekilde düzenlenmiştir. Maddeye göre, genel işlem koşullarıyla ilgili karşı tarafın bilgilendirilmesi en geç sözleşmenin kurulması aşamasında yapılmış olmalıdır. Bu yükümlülük yerine getirilmez ise genel işlem koşullarının yokluk yaptırımına bağlanacağı düzenlenmiştir. Maddenin devamında ise sözleşme konusu işle alakalı olmayan genel işlem koşullarının da aynı yaptırıma tabi olacağı düzenlenmiştir.

Yazılmamış sayılmanın neticesi ise TBK m. 22’de düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme ile kapsam denetimiyle sözleşmenin bir parçası olmadığı anlaşılan genel işlem koşulları dışında yer alan sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı ele alınmıştır⁸⁴. Sözleşmenin tamamının genel işlem koşullarından oluşması durumunda, genel işlem koşulları yazılmamış sayılacak ve bunun dışında da başka sözleşmede hüküm bulunmazsa, sözleşme tamamen geçersiz olacaktır⁸⁵. TBK’da yer alan hüküm çerçevesinde, aynı

⁷⁸ Sirmen, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s.112; Eren, s. 14.

⁷⁹ Havutçu, s.41; Sirmen, s. 113.

⁸⁰ Sirmen, s. 113; Çabri, s. 139.

⁸¹ Çabri, s. 139.

⁸² Açıkgöz, s. 251; Havutçu, s. 105.

⁸³ Havutçu, s.114;

⁸⁴ Kuntalp, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 96.

⁸⁵ Çetiner, Bilgehan, Telefon Aboneliği Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Korunması, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 63-64, İstanbul 2009, s.77.

doğrultuda yapılan bir başka düzenleme EHSİTHY m. 10/f. 1 ve 2 içerisinde de ele alınmıştır.

TBK m. 22 hükmü aslında sözleşmede bulunan düzenlemelerin bazılarının hükümsüz olması kural olarak kalan düzenlemelerin geçerliliği üzerinde bir etki sahibi olmadığını ancak hükümsüz olan düzenlemeler olmadan sözleşmenin yapılamayacağını açık olarak anlaşılması halinde sözleşmenin tamamen kesin hükümsüz sayılacağına ilişkin TBK m. 27/f. 2’de bulunan düzenlemenin istisnasını oluşturmaktadır⁸⁶. Burada dikkat edilmesi gereken yazılmamış sayılan kısımların dışında kalan ve sözleşmenin içeriğini oluşturacak hükümlerin, sözleşmenin kurulması için yeterli olup olmadığı hususudur. Eğer sözleşmede yer alan kalan kısımlar için objektif esaslı unsurlarda taraflar anlaşıyorsa sözleşme bu şekilde kurulmuş olur. Ancak taraflarca üzerinde anlaşılan hususlar sözleşmenin kurulabilmesi için yeterli gelmiyorsa sözleşme kurulmamış sayılır. TBK m. 27/f. 2 kapsamında işletmeci sözleşmenin akdedilmesi esnasında kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak sözleşmenin geçersiz olmasına ya da sözleşmede yazılmamış sayılan kısımlar dışındaki içerik ile geçerli olmasına neden olmaktadır⁸⁷. TBK’da yer alan bu hükümler çerçevesinde EHSİTHY m. 10/f. 4 yazılmamış sayılan hükümler neticesinde kalan içerik ile geçerli olacağı ve ancak abone aleyhine olarak beklenmeyen sonuçların meydana gelmesi halinde geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir⁸⁸. Yani, burada da işletmeci tarafından sözleşmenin geçersizliğine ilişkin bir savunmada bulunulamayacak olup, ancak sözleşmenin abone aleyhine bir beklenemeyecek sonuçlar içermesi halinde tamamen geçersizlik söz konusu olacaktır.

1.5.2.2. Yorum Yoluyla Denetim

Sözleşmede yer alan tarafların irade beyanlarının anlam ve amacını ölçerek, tarafların akdetmek istedikleri sözleşme ile istenilen hukuki sonuçlar yorum yöntemi ile belirlenmeye çalışılır⁸⁹. Yani, yorum faaliyeti sözleşmenin kurulmasıyla ilgili değildir. Kurulan bir sözleşmede yer alan irade beyanları hakkında bunların anlamları ile alakalıdır. Bir başka ifade ile taraflarca açıklanan irade beyanları ile ilgili bir anlaşmazlık yoksa yoruma gerek olmayıp, tarafların açıklamış olduğu irade beyanları ile gerçek iradeleri arasında örtüşmeme halinde yoruma ihtiyaç duyulacaktır⁹⁰. TMK m. 2 kapsamında mevcut durumun şartlarına göre ve tarafların sözleşmeyi yapmaktaki amacı da dikkate alınarak genel işlem koşullarının hangi anlama geleceği yorumlanır⁹¹.

Yorum denetimi ile genel işlem koşulların açık veya anlaşılır olmadığı ya da birden çok anlama geldiği durumlarda nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak TBK m. 23 hükmü esas alınacaktır. Bu maddeye göre genel işlem koşullarında neyin kastedildiği anlaşılmıyorsa veya birden çok anlam taşıması halinde işletmecinin aleyhine olup abonenin lehine olan anlam tercih edilecektir. Benzer nitelikte düzenlemeler TKHK m.5/f. 4’te ve EHSİTHY m. 10/f. 1 son cümlesinde ele alınarak açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok

⁸⁶ Açıkgöz, s. 265.

⁸⁷ Sirmen, s. 117; Çetiner, s. 78.

⁸⁸ EHSİTHY m. 10/f. 4: “(4) Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, bu maddenin birinci fıkrasına göre yazılmamış sayılır ise sözleşme, kalan muhtevası ile geçerlidir. Bu gibi durumlarda sözleşme içeriği düzenlemelere göre tayin edilir. Sözleşme içeriğinin bu şekilde belirlenmesiyle meydana gelen değişiklik, abone için beklenemeyecek sonuçlar doğuruyorsa sözleşme bütünüyle geçersiz hale gelir.”

⁸⁹ Kaplan, s. 31.

⁹⁰ Sirmen, s. 118.

⁹¹ Açıkgöz, s. 277.

manaya gelen hükümlerin abonenin mağduriyetine neden olacağının kabulü ile abone lehine yorum yapılacağından bahsedilmiştir⁹².

1.5.2.3. İçerik Denetimi

Kapsam ve yorum denetimlerinin ardından sözleşmenin içeriğinde yer alan genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırılık çerçevesinde abone aleyhine olması mümkündür. Bu halde içerik denetimi vasıtasıyla bu koşullar geçersiz sayılarak sözleşme hakkaniyete uygun bir içeriğe kavuşmaktadır⁹³.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, işletmeci tarafından sözleşmeye konan genel işlem koşullarının abone ile tartışılması olanağı bulunmamakta ve bu nedenle abone tarafından sözleşme içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılması ya da başka bir etki söz konusu olmamaktadır. Genel işlem koşulları işletmeci tarafından kendi yararına olacak şekilde tek taraflı ve önceden sözleşme içine yerleştirilmektedir. Abone ise burada hakkaniyete aykırı olan şartlarla sözleşmeye tabi olmak durumunda kalmaktadır. İşletmecinin sözleşme hürriyetinden tek yanlı olarak yararlanmasını engellemek amacı ile genel işlem koşullarına içerik denetimi uygulanmaktadır⁹⁴.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerine uygulanan içerik denetiminde ilk olarak EHK m. 50/ f. 3 esas alınacaktır. Buna göre:

“Abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler geçersizdir.”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun burada abonenin tüketici olup olmamasına göre bir farklılık öngörmeden düzenlemeyi geniş kapsamlı bir şekilde ele almıştır. Yani, tüketici olarak değerlendirilmeyen aboneler ile tüketici olan aboneler bakımından, içerik denetimindeki usul ve esaslar açısından herhangi bir fark bulunmamakta olup her ikisi açısından da uygulanacak hükümlerde bir farklılık yer almamaktadır⁹⁵. Ancak sözleşmede yer alan taraf tüketici ise EHSİTHY m. 10’da yer alan düzenlemelerin uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır⁹⁶.

⁹² “(4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”

“(1)...Abonelik sözleşmesinde yer alan kaydın açık ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınmamış olması veya birden çok anlama gelmesi halinde de, abonenin mağduriyetine neden olduğu kabul edilir ve bu durumda abone lehine yorum esastır.”

⁹³ Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 119.

⁹⁴ Çabri, s. 152; Abonelik sözleşmelerinde içerik denetiminin neden yer alması gerektiğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Açıkgöz, s. 285; Açıkgöz, Osman, Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları, Telekomünikasyon Hukuku, İstanbul 2017, s. 35.

⁹⁵ Açıkgöz, Elektronik Haberleşme Sektörü ve Genel İşlem Koşulları, s.37.

⁹⁶ “(1) İşletmecinin aboneyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak abonelik sözleşmesi, taahhütname veya kampanyalara koyduğu ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler yazılmamış sayılır. Abonelik sözleşmesinde yer alan kaydın açık ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınmamış olması veya birden çok anlama gelmesi halinde de, abonenin mağduriyetine neden olduğu kabul edilir ve bu durumda abone lehine yorum esastır.

(2) Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, dayanağı olan düzenlemenin temelinde yatan asli düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşme doğasından gelen temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını

İçerik denetimi yapıldığı sırada EHK ve EHSİTHY’de düzenlenen hükümlere ek olarak, tüketici sözleşmeleriyle ilgili olarak çıkarılan genel kanun olan TKHK ve bu kanun çerçevesinde çıkarılan TSHŞHY’de yer alan düzenlemelerden faydalanılacaktır⁹⁷. TKHK ve TSHŞHY’de de ilgili hususla alakalı uygulanacak hüküm bulunmazsa, TKHK m. 83’te yer alan “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.*” düzenlemesi gereği bu durumda genel işlem koşulları ile ilgili TBK’da yer alan daha genel hükümler içeren düzenlemelerin devreye girmesi söz konusu olacaktır.

Uygulamada akdedilen elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin çok büyük bir kısmında abone olan taraf tüketici sıfatını haizdir. Bu nedenle içerik denetimindeki usul ve esaslar EHSİTHY m. 10’da yer alan düzenlemeler çerçevesinde ele alınacaktır.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri yukarıda da izah olunduğu üzere standart sözleşmelerden olup, genel işlem koşullarından meydana gelmektedirler. İçerik denetimi ile beraber haksız şartlar belirlenerek geçersizlik yaptırımına tabi tutulmaktadır⁹⁸.

1.6. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Sözleşmeler kanunda düzenlenip düzenlenmemeleri açısından isimli ve isimli sözleşmeler olarak ayrımına tabi tutulmaktadır⁹⁹. Burada isimli sözleşme olarak adlandırılmasının sebebi, sözleşme adının kanunda geçmesi değil, sözleşmedeki esaslı unsurların ve asli edimlerin kanunda yer almasını ifade eder¹⁰⁰. Yani kanunda yalnızca bir sözleşmenin ismine yer verilmiş olması bu sözleşmeyi isimli sözleşmeler kategorisine dahil etmeyecektir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerine ilişkin EHK m. 3’te yer alan sözleşmenin tanımı, sözleşmenin hukuki niteliğini ele almak konusunda yeterli değildir. Bu durum, tarafların hak ve borçlarına ilişkin detaylı düzenlemelere gidilmemiş olması ile sözleşmenin esaslı unsurlarına yer verilmemiş olmasından kaynaklı olup, bu sebeple elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin isimli sözleşmeler kapsamında ele alınması yerinde olacaktır¹⁰¹.

tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyor, bu kaydın dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak abone aleyhine olduğu kabul edilir.

(3) *Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, abonenin hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki sözleşme şartları, sözleşme kapsamına dâhil sayılmaz.*

(4) *Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, bu maddenin birinci fıkrasına göre yazılmamış sayılır ise sözleşme, kalan muhtevası ile geçerlidir. Bu gibi durumlarda sözleşme içeriği düzenlemelere göre tayin edilir. Sözleşme içeriğinin bu şekilde belirlenmesiyle meydana gelen değişiklik, abone için beklenemeyecek sonuçlar doğuruyorsa sözleşme bütünüyle geçersiz hale gelir.*

(5) *Bu Yönetmeliğin EK-1’inde abonelik sözleşmelerinde yer alan ve haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yol göstermek ve sınırlayıcı mahiyette olmamak üzere yer almaktadır.*

(6) *Yönetmeliğin bu maddesinin uygulanmasında abonelik sözleşmesi ifadesi, taahhütnameler, abonelik sözleşmesine yapılan her türlü ek ile sözleşmedeki değişiklik, tarife ve kampanya şartlarını kapsar.”*

⁹⁷ Çetiner, s. 72; Yıldız, s.53; Açıkgöz, s.293.

⁹⁸ TKHK m. 5/f. 1’de haksız şart şu şekilde tanımlanmıştır: “(1) *Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*”

⁹⁹ Eren, Fikret, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Ankara 2008, s. 85.

¹⁰⁰ Zevkililer, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2018 Ankara, s. 11; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013, s. 4; Kama, Musa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, İstanbul 2020, s. 39; Yıldız, s. 49; Açıkgöz, s. 100.

¹⁰¹ Yıldız, s. 50; Öktem Çevik, s. 21; Açıkgöz, s. 100.

İsimsiz sözleşmeler karma sözleşmeler, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak esasen üçlü bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedirler¹⁰².

Taraflar kanunda belirlenmiş sözleşme tiplerini aynı şekilde seçmeyerek bunlardan bir kaçının esaslı unsurlarını birleştirerek diğerlerinden bağımsız olarak sözleşmeler meydana getirebilirler. Karma sözleşme, kanunda düzenlenen çeşitli sözleşmelerin unsurlarının kanunda düzenlendiğinden farklı olarak birleştirilmesi ile ortaya çıkarılmış sözleşmelere denir¹⁰³. Yani karma sözleşmelerin meydana gelmesinde kanunda yer alan sözleşmelerin en azından bir kısmının mevcut olması önem taşımaktadır. Kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine dayanarak karma sözleşmeler meydana getirilmektedirler. Karma sözleşmelere uygulanacak olan hükümlerin tespitinde öğretide genellikle kabul gören esas görüş kıyas yöntemi ile sözleşmelerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanması şeklindedir¹⁰⁴.

Bileşik sözleşmeler, kanunda düzenlenen sözleşmelerden iki veya daha fazlasının birbirlerine bağlanması şeklinde bir araya getirilerek oluşturulan sözleşmelerdir¹⁰⁵. Burada sözleşmeler birbirine bağlı olmakla beraber, ayrıca kaç tane sözleşme mevcutsa onlarda varlıklarını sürdürmektedirler. Bu sözleşmelerde, her bir sözleşme bakımından kanundaki düzenlemeler gereği öngörülen hükümler uygulanacaktır¹⁰⁶.

Kendine özgü sözleşmeler ise kanunda düzenlenen sözleşmelerin herhangi birine ilişkin unsurları kendilerinde barındırmazlar. Taraflarca isimli sözleşmelerde yer almayan unsurların bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmelere kendine özgü sözleşmeler denir¹⁰⁷. Acentelik sözleşmesi, sulh sözleşmesi, hakem sözleşmesi ve garanti sözleşmesi kendine özgü sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁸.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin değerlendirilmesi açısından öğretide bir görüşe göre bu sözleşmeler karma sözleşme niteliğine sahiptir¹⁰⁹. Bir başka görüşe göre ise kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğindedirler¹¹⁰.

TBK m. 299’da kira sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Karma sözleşmeye ilişkin görüşte, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin esaslı unsurları olan “kaynak tahsisi” ve “elektronik haberleşme hizmeti sağlanmasının” kira sözleşmesinin unsurlarından “kira konusu oluşturan mal veya hakkın kullanılmasının devrinin” karşılığını oluşturmaktadır. Bununla beraber elektronik haberleşme abonelik sözleşmesindeki, abonenin kesintisiz bir biçimde elektronik haberleşme hizmetinden yararlandırması, kira sözleşmesinin unsurlarından olan “kira konusu mal veya hakkın kullanımının devrinin” kira sözleşmesindeki karşılığı olduğu ifade

¹⁰² Öğretide eksik sözleşmeleri dördüncü tür olarak ele alan görüş için bkz. Zevkliler / Gökyayla, s. 22.

¹⁰³ Kayıhan, Şaban / Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018 Ankara, s. 90; Yavuz / Acar / Özen, s. 24.

¹⁰⁴ Yavuz / Acar / Özen, s. 28; Kayıhan / Ünlütepe, s. 91.

¹⁰⁵ Kayıhan / Ünlütepe, s. 91; Yavuz / Acar / Özen, s. 28.

¹⁰⁶ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013, s. 6; Yavuz / Acar / Özen, s. 24; Kayıhan / Ünlütepe, s.92.

¹⁰⁷ Ergün, Ömer / Çaldağ, Coşkun, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2018 Ankara, s. 85.

¹⁰⁸ Kayıhan / Ünlütepe, s.89; Ergün / Çaldağ, s. 86.

¹⁰⁹ Öktem Çevik, s. 24.

¹¹⁰ Yıldız, s. 49; Açıkgöz, s. 102.

edilmektedir¹¹¹. Ayrıca iş görme sözleşmelerindeki “iş görme ediminin” elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yer alan, elektronik haberleşme hizmeti sağlanmasının karşılığını oluşturması sebebiyle, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin kanunda yer alan iş görme ile kira sözleşmesinin birtakım unsurlarını barındırması ve bunların kanunda öngörülmemiş bir tarzda olması göz önüne alınarak karma sözleşme olduğu savunulmaktadır¹¹².

Öğretide bizim de katıldığımız kendine özgü sözleşme olduğuna ilişkin görüşe göre ise, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmeci tarafından yapılan numaralandırma ve temin edilen hatla beraber yararlanma imkânı bulunan elektronik haberleşme hizmetinden, işletmeci aracılığı olmadan gerçekleştirilememesi sebebiyle kira sözleşmesinden farklı bir konumda yer aldığı ifade edilmiştir¹¹³. Bunun yanında işletmecinin borçlarından biri olan bağlantı kurulması, kanunda belirtilen iş görme sözleşmelerinden herhangi birinin kapsamında olmayıp, karşılıklı borçlar içeren iş görme sözleşmesi niteliğinde olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş olan iş görme sözleşmeleri kapsamında değerlendirilemez¹¹⁴. Bunlarla beraber, elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri kanunda yer alan iki ya da daha fazla sözleşmenin karakteristik edimlerini bir araya getiren sözleşme kapsamında değerlendirilemeyeceğinden dolayı karma sözleşme olarak değerlendirilmesi imkan dahilinde değildir¹¹⁵.

Kanaatimizce elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi, kendine özgü (sui generis) yapıda isimsiz bir sözleşmedir. Kanun koyucu EHK “abonelik sözleşmeleri” başlıklı madde 50’de elektronik haberleşme abonelik sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri yapmıştır. Ancak söz konusu bu düzenlemelerde tarafların hak ve yükümlülükleri etrafıca ele alınmamış olup, kanunun sözleşmenin içeriği, denetimi ve değiştirilmesi ile feshe ilişkin bazı düzenlemelerin yalnızca bulunması, bu sözleşmenin isimli bir sözleşme olarak değerlendirilmesini mümkün kılmayacaktır¹¹⁶.

Kendine özgü yapıdaki isimsiz bir sözleşme olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesine hangi kuralların uygulanacağıyla ilgili olarak izlenmesi gereken yöntem ise şu şekildedir:

Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesi hususunda zorluklar meydana gelmekte olup, bunun nedeni ise kendine özgü sözleşmelerde yer alan unsurlar ve bunlara ilişkin uygulanacak düzenlemelerde genellikle kanunda yer almamaktadırlar¹¹⁷. Bu sözleşmelerde meydana gelebilecek uyuşmazlıkların giderilmesinde iyiniyet kuralı çerçevesinde ve yaygın teamülleri de göz önüne alacak şekilde yorumlanma ve tamamlanmasıyla değerlendirilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmaya çalışılır¹¹⁸.

¹¹¹ Öktem Çevik, s. 24-25.

¹¹² Öktem Çevik, s. 24-25.

¹¹³ Yıldız, s. 50; Açıköz, s. 102.

¹¹⁴ Yıldız, s. 50; Açıköz, s. 102.

¹¹⁵ Yıldız, s. 50; Açıköz, s. 103.

¹¹⁶ Yıldız, s. 50; Açıköz, s. 104.

¹¹⁷ Zevkliler / Havutçu, s. 37.

¹¹⁸ Yavuz / Acar / Özen, s. 13; Açıköz, s. 104.

İsimsiz sözleşmelerde yorumlama, kanunda yer alan öteki sözleşmelerin yorumlanmasından farklılık arz etmemekte olup, sözleşmeyi oluşturan tarafların iradeleri güven ilkesine göre yorumlanmakta, taraf irade beyanları mevcut koşullar göz önüne alınarak makul ve dürüst bir muhatabın yöneltilecek bu beyana vereceği anlama uygun şekilde yorumlanacaktır¹¹⁹.

Yorumlama neticesinde sözleşmede yer alan hükümlerin, uyumsuzluğa uygulanması gereken bir kuralı içermediğinin anlaşılması durumunda ise sözleşme boşluğu meydana gelecek olup, bu boşluk sözleşmenin tamamlanması ile ortadan kaldırılacaktır.

Hâkim tarafından kural olarak kanunda düzenlenen tamamlayıcı niteliğe sahip bir yedek hukuk kuralı olup olmadığının tespiti gerekir. Hâkim boşluğu tamamlayacağını düşündüğü bir yedek hukuk kuralı tespit etmesi halinde, sözleşmede yer alan boşluk bu kurala istinaden doldurulacaktır. Sözleşmede yer alan boşluğa ilişkin uygulanabilecek bir yedek hukuk kuralının bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde, hâkimin başvurması gereken yol TMK m. 1/ f. 2'ye göre örf ve adet hukukuna bakılması gerektiğidir¹²⁰. Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus, kendine özgü sözleşmelerden olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, bu sözleşmenin kanunda sayılan belirli tip sözleşmelerle ilişkisi olmadığından dolayı, sözleşme boşluğu durumunda yedek hukuk kurallarının doğrudan uygulanması mümkün olmamakta olup, hâkimin hukuk yaratarak boşluğu doldurması gerektiğidir¹²¹. Standartlaşmamış sözleşmeler bakımından tarafların farazi iradeleri çerçevesinde meydana getirilen kurallarla boşluğun doldurulmasının elverişlilik taşımayacağından bahsetmemiz mümkün ilen, aynı zamanda standart sözleşmelerden olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde hukuk yaratma, standart sözleşme olması sebebiyle elverişli sonuçlar ortaya koyacaktır¹²².

Ayrıca son olarak belirtilmesi gerekir ki, kendine özgü yapıda olan sözleşmelerde, isimli sözleşmelerle doğrudan ilişki kurmanın mümkün olmaması sebebiyle isimli sözleşmelere ait kurallar doğrudan uygulama alanı bulamayacak olup, ancak kıyasen uygulanmaları mümkün olacaktır¹²³.

1.7. Sözleşmenin Şekli

1.7.1. Genel Olarak

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin şekli EHK ve buna bağlı olarak çıkarılan EHSİTHY'de ele alınmıştır. EHK m. 50/f. 1'e göre:

“Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeciyile sözleşme yapma hakkına sahiptir. Sözleşme; yazılı olarak veya elektronik ortamda kurulur. Elektronik ortamda kurulacak sözleşmelerde, başvuru sahibinin kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek şekilde, Kurum tarafından belirlenecek

¹¹⁹ Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s. 61.

¹²⁰ Örf ve Adet Hukuku: Sürekli olarak tekrarlanan davranışların toplum tarafından uyulmasının mecburi olduğu kanaatine varılması durumunda, bu davranış örf adet hukuku kuralı olmaktadır. Bir davranışın örf adet hukuku kuralı haline gelmesi için esasen üç şart gerekmektedir. Bunlar sürekli uygulanma, bu davranışa uymanın zorunlu olduğu kanısı ile aynı zamanda bu kuralın devlet tarafından benimsenmesi ve yaptırım gücüyle desteklenmiş olması aranmaktadır, Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk Girişi Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2014, s. 105-106.

¹²¹ Aral / Ayrancı, s. 64.

¹²² Bkz. Aral / Ayrancı, s. 64.

¹²³ Yıldız, s. 51; Yavuz / Acar / Özen, s. 13; Açıkgöz, s. 105.

yöntemler kullanılır ve bunlara ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir. Abonelik sözleşmelerinde asgari olarak elektronik haberleşme hizmeti sağlayan işletmecinin adı ve adresi, sunulacak hizmetler, teklif edilen hizmet kalitesi seviyeleri ve ilk bağlantının gerçekleştirilebilme süresi, sunulacak bakım ve onarım hizmetlerinin çeşitleri, uygulanacak tarifelerin içeriği ve tarifelerdeki değişiklikler hakkında güncel bilgilerin hangi yollardan öğrenilebileceği, sözleşmenin süresi, sona ermesi ve yenilenmesine ilişkin koşullar, işletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalite seviyesinin sağlanamaması halinde tazminat ya da geri ödemeye ilişkin işlem, abone ile işletmeci arasında uzlaşmazlık çıkması halinde uygulanacak çözüm yöntemleri gibi bilgilere yer verilir.”

Buna göre, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin yazılı veya elektronik ortamda kurulabileceği düzenlenmiştir. Maddenin devamında elektronik ortamda kurulacak olan sözleşmelere ilişkin başvurularda kimlik doğrulanmasına ilişkin detaylar ile usul ve esasların BTK tarafından belirleneceği düzenlenmiş ve bu çerçevede BTK tarafından çıkarılan EHSİTHY m. 7/f. 5'te işletmeciler abonenin kimlik belgesi örneği temin edilmesi ile yükümlü kılınmışlardır. Ayrıca elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin içermesi gereken asgari hükümler sınırlı sayıya tabi olmadan örnekleme yoluyla belirtilmiştir.

EHSİTHY m. 7/ f. 2'de ise işletmecilerin abonelik sözleşmelerinde yer almasını sağlamakla yükümlü oldukları hususlar şu şekilde sıralanmıştır:

“İşletmeciler, abonelik sözleşmelerinde asgari aşağıdaki bilgilerin yer almasını sağlamakla yükümlüdür:

- a) Sözleşmenin konusu,*
- b) Sözleşmenin yapıldığı yer ve tarih,*
- c) Sözleşme taraflarının isim, unvan ve açık adresleri ile hizmet numarası gibi aboneliği tanımlayıcı bilgi,*
- ç) Tarafların yükümlülükleri,*
- d) Sözleşmenin süresi, feshi ve yenilenmesine ilişkin şartlar,*
- e) Sunulacak hizmetlerin tanımı, hizmet kalitesi seviyeleri ve ilk bağlantının gerçekleştirileceği süre,*
- f) Sunulacak bakım/onarım hizmetlerine ilişkin genel bilgi,*
- g) Uygulanacak tarifelerin içeriği ve tarifelerdeki değişiklikler hakkında güncel bilgilerin hangi yollardan öğrenilebileceği,*
- ğ) İşletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalitesi seviyesinin sağlanamaması halinde zararın giderilmesi ve/veya geri ödemeye ilişkin prosedür,*
- h) Abonenin fatura bedelini süresi içerisinde ödememesi durumunda; hizmet sunumunun ne şekilde ve asgari olarak ne kadar süre içerisinde durdurulabileceğine/kısıtlanabileceğine ilişkin bilgi ile hukuki sonuçlara (temerrüt, yasal takip ve benzeri) ilişkin bilgi,*
- ı) Abone tarafından sözleşme tarihinde tercih olunan tarife ve abonelik paketi,*

- i) Abone ile işletmeci arasında uzlaşmazlık çıkması halinde yargı yolu da dâhil olmak üzere uygulanacak çözüm prosedürü,
- j) Abonenin hizmetten yararlanabilmesi için gerekli olan teknik ekipman, cihaz ve donanımına ilişkin bilgi,
- k) Hizmetten yararlanılması sırasında oluşabilecek güvenliği tehdit eden durumlara karşı işletmeci ve abone tarafından alınacak ya da alınması gereken tedbirler,
- l) Onaylanması gereken abonelik sözleşmelerinin Kurum tarafından onaylandığı tarih,
- m) Cihaz temini içeren hizmetlerde işletmecinin de cihazın ayıbından sorumlu olduğuna ilişkin bilgi,
- n) Tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında bir ücret alınması söz konusu ise bu ücretin tutarı ve aboneliğin sona ermesi durumunda tüketiciye ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde iade edileceğine ilişkin bilgi,
- o) Sözleşmenin feshedilmesi halinde, modem, telefon, uydu alıcısı ve benzeri cihazların işletmeciye iadesi öngörüliyorsa iade sürecine ve cihazın arızalanması halinde izlenecek sürece ilişkin bilgi.”

Ayrıca EHSİTHY m. 7/f. 3, TKHK m. 4/f. 1 doğrultusunda ele alınmıştır: Buna göre:

“Abonelik sözleşmelerinin en az on iki punto ile hazırlanması, aboneye yükümlülük getiren hususların açık, sade ve anlaşılabilir şekilde siyah koyu harflerle belirtilmesi ve tip abonelik sözleşmelerinin kolay erişilebilir bir şekilde işletmecilerin internet sitelerinde yayınlanması zorunludur.”

Burada, anlaşılamayacak şekilde karmaşık bir dille yazılmış olan, bu sebeple sözleşmede yer alan koşulların önemini anlayacak bilgiye sahip olmayan tüketiciye yönelik olarak koruma maksadıyla, ayrıca okunması fiilen de mümkün olmayan şekilde küçük yazılmasının önlenmesi amaçlanmıştır¹²⁴.

1.7.2. Şekle Aykırılık ve Sonuçları

TBK m. 12/ f. 2’ye göre kanun koyucunun bir sözleşmeyi şekle tabi tutması durumunda, bu şekil şartına aykırı olarak akdedilen sözleşmeler hüküm doğurmayacaktır. Bu geçersizlik türü kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmektedir¹²⁵. EHK m. 50/ f. 1 c. 2’de emredici bir biçimde sözleşmenin yazılı veya elektronik ortamda kurulacağı ele alınmıştır. Bu nedenle elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin kanunda geçerlilik şartı olarak öngörülen bu iki şekilden biri ile kurulmamış olması durumunda kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağından bahsedilebilir. Fakat abonenin aynı zamanda tüketici sıfatını taşıdığı sözleşmeler bakımından özellik arz edecek olan bir hususa da burada değinmemiz yerinde olacaktır. TKHK m. 22/ f. 3, m. 32/ f. 2, m. 41/ f. 1 ve m. 47/ f. 4’te öngörülen tüketici sözleşmelerine ilişkin şekil aykırılıklarında söz konusu olduğu gibi, bu düzenlemelerin kıyasen uygulanması doğrultusunda hükümsüzlüğün yalnızca tüketici tarafça öne sürülebilmesi söz konusudur¹²⁶. Burada, emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde, aykırılığın gerçekleştiği hükmün amacı ve anlamı açısından kesin

¹²⁴ Çabri, s. 77.

¹²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, İstanbul 2014, s. 311; Oğuzman / Öz, s. 154.

¹²⁶ Öktem Çevik, s. 357.

hükümsüzlük taşıması durumunda, kesin hükümsüzlüğün gerçekleşmesi “*esnek hükümsüzlük*” olarak tabir edilmekte ve bu hükümsüzlüğü yalnızca düzenlenme ile korunması hedeflenen tarafın dayanabileceği ifade edilmektedir¹²⁷.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerine ilişkin olarak açıkça esnek hükümsüzlük kapsamında TKHK’da yer alan maddelerde olduğu gibi tüketici aleyhine ileri sürülememesi hüküm altına alınmamıştır. Ancak elektronik haberleşme sektöründe de sözleşmeye ilişkin şekil şartı konmasındaki amaç, başkaca tüketici sözleşmelerindeki gibi tüketiciyi korumaya ilişkin bir niyetle düzenlendiği söylenebilir. Bu nedenle elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde de esnek hükümsüzlüğün esas alınarak, tüketici aleyhine olacak şekilde işletmecinin hükümsüzlüğü öne sürememesi gerekmektedir.

1.7.2.1. Zorunlu İçeriğe Yer Verilmemesi

Elektronik haberleşme sektörüne ilişkin mevzuatta, EHSİTHY m. 7/ f. 2’de sayılan zorunlu unsurların yer almaması halinde uygulanacak olan düzenleme yer almamaktadır. Burada TKHK m. 4/ f. 1’e yer alan hüküm uygulama imkânı bulacaktır. Şöyle ki:

“...Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir.”

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri içinde bu hükümden yola çıkarak, sözleşmenin içermesi gereken zorunlu hususların yer almaması halinde sözleşmenin geçerliliği bundan etkilenmeyecektir. Bu düzenleme aynı fıkra da yer alan özellikle sözleşmede kullanılacak olan punto, dilin açık ve sade olması gerekliliğine ilişkindir. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal, ne derecede giderilebileceği belirli ve kesin olmayan elektronik haberleşme türü veya ücret gibi sözleşmenin temel hususlarında eksiklik söz konusu olması durumunda kanaatimizce sözleşmenin tamamen geçersiz olması yerinde olacaktır.

Eksikliklerin giderilmemesi durumunda ise, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği m. 12 çerçevesinde hükme göre idari para cezası uygulanacaktır. Şöyle ki:

“Abonelik sözleşmelerinin kuruluşuna, uygulanmasına, feshine, değişikliğine, incelenmesi ve onayına yönelik yükümlülükler ile abonelik sözleşmelerine ilişkin ilgili mevzuatta belirtilen diğer yükümlülükleri yerine getirmemesi, halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.”

Ayrıca TKHK m. 77/ f. 20’nin düzenlemesi idari yaptırımlara ilişkin düzenlemesi şu şekildedir:

“Bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez. Bakanlık, bu maddenin uygulanmasında oluşacak tereddütleri gidermeye yetkilidir.”

¹²⁷ Akbulut, Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, İstanbul 2016, s. 68.

Bu düzenlemeden yola çıkarak TKHK m. 77/ f. 1 de belirtilen hüküm dikkate alınacak olursa:

“Bu Kanunun 4 üncü (...) maddelerinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.” Bu hüküm açısından da idari para cezası uygulanması önünde herhangi bir engel yoktur.

1.8. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

Bu kısımda elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin TBK’da bulunan iş görme sözleşmeleri ve kira sözleşmeleri ile benzer ve farklı yönleri üzerinde durulacaktır.

1.8.1. İş Görme Sözleşmeleriyle Karşılaştırılması

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi bünyesinde iş görme edimini de içermesi sebebiyle diğer iş görme sözleşmeleri ile benzerlik gösterdiğinden bahsedilebilir. Bundan dolayı elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin diğer iş görme sözleşmeleri ile arasında bulunan benzerlik ve farklılıkların ortaya konarak ele alınması sözleşmeyi ortaya koymak açısından önem taşımaktadır.

İş görme sözleşmelerinin tamamında görülen ve bu şekilde onu diğer sözleşmelerden ayıran ve aynı zamanda iş görme sözleşmelerini birbirinden ayırt edilmesini zorlaştıran husus taraflardan birinin diğerine karşı iş görme borcu altına girmesidir¹²⁸. Bu sebeple iş görme sözleşmelerini kendi içlerinde ayırt etmede taşıdıkları bir takım unsurlar üzerinde durularak, bu unsurlardan yola çıkılarak sözleşmelerin ayırt edilmesi hedeflenmiştir¹²⁹. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin bu ölçütlerden yararlanılarak, uygulamada en fazla karşılaşılan iş görme sözleşmelerinden olan genel hizmet sözleşmesi, eser (istisna) sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile aralarındaki benzer ve farklı yönlerin ele alınması faydalı olacaktır.

1.8.1.1. Genel Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Genel hizmet sözleşmesi TBK m. 393/ f. 1’de şu şekilde tanımlanmıştır:

“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Hizmet sözleşmesinin konusunu işçi tarafından işverene karşı üstlenilen bir hizmeti görme, yerine getirme buna karşılık olarak ise işveren tarafından ücret alınması oluşturur. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde, aboneye sunulan elektronik haberleşme hizmeti ve karşılığında abone tarafından işletmeciyeye ücret ödemesi, genel hizmet sözleşmesinde ise işçinin iş görme borcuna karşılık işveren tarafın ücret ödemesi ele alındığında, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin genel hizmet sözleşmesi ile örtüştüğü görülmektedir¹³⁰.

Genel hizmet sözleşmesini, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinden ve aynı zamanda diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmeyi sağlayan en temel husus

¹²⁸ Yavuz / Acar / Özen, s. 383.

¹²⁹ Yıldız, s. 37.

¹³⁰ Yavuz / Acar / Özen, s. 389; Yıldız, s. 38.

bağımlılıktır¹³¹. Genel hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmakta, buna dayanarak işçi tarafından iş görme edimi işverene bağımlı bir şekilde ifa edilmektedir. Bu bağımlılığın bir sonucu olarak işçi, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak iş görme ediminin ifasını gerçekleştirir. Oysa elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmeci tarafın herhangi bir emir ve talimat alması söz konusu değildir. Sözleşme kapsamında sağlanan elektronik haberleşme hizmetinin uzmanlığa dayalı olarak yürütülmesi sebebiyle ayrıca teknolojik gelişmeler açısından meydana gelebilecek değişikliklerin uygulanması hususunda uygulamada ücret kısmı hariç tutularak işletmecinin abone onayı olmadan değişiklik yapmasına imkân veren hükümler de sözleşmede yer alabilmektedir¹³².

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ile genel hizmet sözleşmesi arasında değinilmesi gereken bir başka ayrılık ise, genel hizmet sözleşmesinde konu olan iş görme edimi genellikle işverene ait işyerinde gerçekleştirilirken, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde ise, hizmet işletmede görülmekte olup, abonenin kendi adresi veya belirleyeceği farklı bir adreste görülmektedir¹³³. İşverenin işletmesinde gerçekleştirilen iş görme edimi ise tek başına genel hizmet sözleşmesini ayırt etmekte yeterli bir unsur olarak ele alınamamaktadır¹³⁴.

Sonuç olarak elektronik haberleşme abonelik sözleşmesini, genel hizmet sözleşmesinden ayırtan temel husus, genel hizmet sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinden olan “*bağımlılık unsurunun*” elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri için söz konusu olmamasıdır.

1.8.1.2. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Eser sözleşmesi TBK m. 470’de şu şekilde tanımlanmıştır:

“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Eser sözleşmesinde, genel hizmet sözleşmesinde bulunan sıkı bağılıktan farklı olarak yüklenici tarafından üstlenilen iş görme ediminin ifası sırasında iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmadan ifada bulunmakta ve genel hizmet sözleşmesinde mevcut olan emek harcama yükümlülüğü, burada harcanan emekle bir sonuç meydana getirme olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁵. Genel hizmet sözleşmesinde iş görme edimi esas iken, eser sözleşmesinin iş görme ediminin sonucunu ortaya çıkaran ve objektif bir şekilde gözlemlenmesi yapılabilen eserin ön planda olması söz konusudur¹³⁶.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde eser sözleşmesi ile emir ve talimatlara bağlı olmadan bağımsız bir şekilde ifanın gerçekleştirilmesi açısından benzerlik göstermektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesindeki işletmeci gibi iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmadan ifayı gerçekleştirmektedir¹³⁷. Ayrıca eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi borcu ile iş sahibinin ücret ödeme borcu ele

¹³¹ Akkurt, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10 S. 2, Y. 2008, s. 18-19; Yıldız, s. 38.

¹³² Yıldız, s. 39; Açıkgöz, s. 85.

¹³³ Yıldız, s. 39.

¹³⁴ Akkurt, s. 22.

¹³⁵ Ergün, Ömer, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları, Ankara 2018, s. 217.

¹³⁶ Yavuz, s. 986; Akkurt, s. 55.

¹³⁷ Yıldız, s. 40.

alındığında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle de elektronik haberleşme abonelik sözleşmesiyle benzerlik taşımaktadırlar.

Eser sözleşmesinde yüklenici tarafın borçlanmış olduğu eserin meydana getirilmesi belirli bir süre alacak olmasına rağmen eserin meydana gelmesi için gereken bu süre borcun ifası niteliğinde olmayıp ifa hazırlığı olarak sayılmakta ve bu nedenle eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olarak ele alınmaktadır¹³⁸. Oysa elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde ise elektronik haberleşme hizmeti aboneye sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca sağlanması sebebiyle sürekli borç ilişkisi meydana getirmekte ve bu şekilde birbirlerinden ayrılmaktadırlar.

Ayrıca eser sözleşmesinde yüklenicinin bir sonuç meydana getirme borcunun, bir sonuç taahhüdünün bulunmakta iken, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde ise belirli ya da belirli olmayan bir zaman zarfında elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması veya bununla beraber bir mal temininde bulunulması söz konusu olup, eser sözleşmesinden bu yönü ile de farklılık taşımaktadır.

1.8.1.3. Vekâlet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Vekâlet sözleşmesi TBK m. 502/ f. 1’de şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”

Vekâlet sözleşmesinin tanımında kanun koyucu ücret unsuruna yer vermemiş, aynı maddenin son fıkrasında sözleşme veya teamül olması durumunda vekilin ücrete hak kazanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple ücret unsuru diğer iş görme sözleşmeleri için yapılan tanımlamalardan farklı bir biçimde kural olarak vekâlet sözleşmesinde zorunlu ve kanuni bir unsur olarak ele alınmamaktadır¹³⁹. Vekâlet sözleşmesinde ücret kararlaştırılmamış ise eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme¹⁴⁰ olarak ele alınacak olup, bu açıdan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinden ayrılmaktadır.

Kural olarak vekâlet sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmekte, ancak sadece bir işin yerine getirilmesi kapsamında sayılabilecek olan borcu içeren vekâlet sözleşmesi ani edimli olarak kabul edilmektedir¹⁴¹. Sürekli borç ilişkisi doğurması yönünden vekâlet sözleşmesi ile elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin birbirine benzediklerinden bahsedilebilir. İşletmeci taraf vekâlet sözleşmesinde yer alan vekil uzmanlık faaliyeti kapsamındaki bir işin yerine getirilmesi kapsamında özenli olarak davranma borcu altına girmektedir¹⁴². Sözleşmeler arasındaki bu benzerlikten yola çıkarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin elektronik haberleşme abonelik sözleşmesine de uygulama söz konusu

¹³⁸ Zevkliler / Gökyayla, s. 350; Açıkgöz, s. 88.

¹³⁹ Aral / Ayrancı, s. 391; Yavuz / Acar / Özen, s. 527; Zevkliler / Gökyayla, s. 478.

¹⁴⁰ Ücretsiz vekâlet sözleşmesinde, vekilin yapmış olduğu giderler, avanslar ve uğranılan zarar tazmini gibi borçların vekilin iş görme borcu karşısında olması kabul edilirse tam iki tarafa borç yükleyen, aksinin kabul edilmesi durumunda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu görüşü için bkz. Yavuz/Acar/Özen s. 1134; Kural olarak vekâlet sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak ele alınması gerektiği çünkü vekilin iş görme edimine karşın müvekkilin borçlarının tali nitelikte olduğuna ilişkin görüş için bkz. Aral / Ayrancı, s. 388.

¹⁴¹ Doğancı, Doğa Ekrem, Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkilerle Karşılaştırılması, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2014, s. 113.

¹⁴² Yıldız, s. 44.

değildir. Çünkü vekâlet sözleşmesinde yer alan tarafların, birbirine güven ilişkisine dayalı düzenlemeler elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin niteliği ile uyuşmamaktadır. Örneğin, vekâlet sözleşmesine ilişkin olarak tek taraflı sona erdirmeye başlıklı TBK m. 512 hükmü açıkça taraflara sözleşmeyi istedikleri zaman sonlandırma imkânını tek taraflı olarak sağlamaktadır. Buna karşın elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde ise işletmecinin dilediği zaman sözleşmeyi sonlandırması mümkün olmamakta olup, sözleşme yapma zorunluluğu mevcuttur. Kural olarak dilediği zaman tek taraflı bir şekilde sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına yalnızca karşı taraf olan abone sahiptir.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin talimata uygun ifası ile ilgili TBK m. 505'te esasen vekilin açık olarak verilen talimatlara uyma yükümlülüğünden bahsedilerek müvekkil izninin alınmasının mümkün olmadığı hallerde, eğer durumu müvekkil de bilmiş olsa onun da izin vereceği açık durumlarda talimattan ayrılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Buna göre işin görülmesine ilişkin olarak vekil esasen bağımsız olmakla birlikte, bu mutlak bağımsızlık değil, nispi bir bağımsızlık olarak ortaya çıkar¹⁴³. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde ise, alanında mesleki uzmanlık niteliğine sahip konumda olan işletmeci söz konusu hizmetin sunumuna ilişkin olarak herhangi bir talimat alması mümkün olmamakta ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda işin görülmesi hususunda tek başına değişiklikte bulunması mümkündür¹⁴⁴. Yani, işletmecinin elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde işin görülmesi açısından mutlak bir bağımsızlığa sahip olduğu söylenebilir.

Vekâlet sözleşmesiyle ilgili bir başka hüküm TBK m. 502/ f. 2'de sözleşmeye dair hükümlerin TBK'da bulunmayan iş görme sözleşmelerine de uygun düştüğü oranda uygulanacağını belirtmiştir.

Burada önemli olan husus kanunun bu hükmü açısından, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak ele alınıp alınmayacağı ile ilgilidir. Öğretideki genel kabule göre TBK m. 502/ f. 2'de bulunan hüküm sadece niteliklerinin vekâlet sözleşmesine uygun düştüğü iş görme sözleşmelerine uygulanacağına ilişkindir. Aksi hususta ise iş görme sözleşmelerine ilişkin “*sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesini*” geçerli hale getireceği ve bu halin ise sözleşme serbestisi ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir¹⁴⁵. Vekâlet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin yapılarına uymayan ve diğer iş görme sözleşmeleri tipleri içinde yer almayan sözleşmelerin, vekâlet sözleşmesine ilişkin düzenlemelere tabi olmamasının söz konusu olabileceği ve iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme ortaya koyulabileceği değerlendirilmektedir¹⁴⁶. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi de yukarıda belirtilen kapsamda bir sözleşme olması sebebiyle, kanundaki bu hükmün sözleşmeye uygulanması söz konusu değildir¹⁴⁷.

1.8.2. Kira Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Kira sözleşmesi TBK m. 299'da şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

¹⁴³ Zevkliler / Gökyayla, s. 484; Yavuz / Acar / Özen, s. 531.

¹⁴⁴ Yıldız, s. 46.

¹⁴⁵ Yıldız, s. 46; Açıkgöz, s. 95.

¹⁴⁶ Yavuz / Acar / Özen, s. 525.

¹⁴⁷ Yıldız, s. 47.

Kanunda yapılan bu tanımdan yola çıkarak kira sözleşmesinin üç ana unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar, kiraya veren tarafından kiracını kullanımına bırakılan bir mal (kiralanan), kiraya konu olan malın kullanılmasının karşılığı olarak ödenen kira bedeli (kira bedeli) ve son olarak kiracı ile kiraya veren arasında varılan anlaşma (kira anlaşması) olarak ifade edilmektedir¹⁴⁸.

Kira sözleşmesi kiraya veren tarafından kiracıya, kiralananın kullanımına elverişli olarak bırakması, kiracının da kararlaştırılan kira bedelini ödeme borçları arasındaki değiş tokuş ilişkisi olması sebebiyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme kapsamına girmektedir. Ayrıca kira sözleşmesinin meydana gelebilmesi için kiraya verenle kiracı arasında karşılıklı, birbirine uyan irade beyanları gerekli ve yeterli olmakta, bunun haricinde kiracıya kiralanan şeyin teslimi gerekmekte olup, bu açıdan kira sözleşmesi rızai bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁹. Bunlara ek olarak her iki sözleşmenin de sürekli borç ilişkisi meydana getirmesi sebebiyle de benzer sözleşmelerdir. Kira sözleşmesinde taraflar hemen ya da belirli bir zamandaki tek bir edimle değil, sözleşme süresince kiracı tarafından belirli periyotlarla kira bedelinin ödenmesi, karşılığında ise kiraya veren tarafın sözleşme müddetince kesintisiz bir şekilde kiralananı kullanıma elverişli olarak hazır bulundurma yükümlülüğü altına girmesi, kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak tanımlanmasına yol açmaktadır¹⁵⁰. Bu özellikleri bakımından elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ile kira sözleşmesi benzerlik göstermektedir.

Bu benzerliklerin yanında elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ile adi kira sözleşmesi arasında bir takım farklılıklarda mevcuttur. Bu farklılıklardan biri, kira sözleşmesinde kiralananın kiracıya devredilmesi ile kiracı taraf herhangi bir şekilde kiraya verenin aracılığına ihtiyaç duymaksızın kiralananı kullanabilecektir. Burada yalnızca sözleşme zarfında kiralananın kiralayan tarafından, kullanıma uygun olarak hazır bir halde bulundurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde ise işletmecinin aktif katılımı olmaksızın, sürekli olarak elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmayı gerçekleştiren bağlantının ve hat tahsisinin sağlanması şeklinde bir olumlu edimde bulunmadan, sözleşme kapsamında tahsis edilen hattın tek başına, işletmecinin dahil olmadan kullanımı söz konusu değildir¹⁵¹.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ile adi kira sözleşmesi arasındaki diğer bir önemli fark ise TBK m. 328'den kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu bu hükümle sözleşmenin taraflarının belirli sürelerle uyararak sözleşmeyi sona erdirebilmelerine imkân tanımıştır. Ancak elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde hattın iptali için TBK'da yer alan bu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir¹⁵². Çünkü işletmeci bakımından sözleşme yapma zorunluluğu bulunmakta olup, bundan kaynaklı olarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi söz konusu değildir.

¹⁴⁸ Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2019, s. 360; Zevkliler / Gökyayla, s. 165; Yavuz / Acar / Özen, s. 184.

¹⁴⁹ Aydoğdu/Kahveci, s. 363.

¹⁵⁰ Eren, s. 312; Aral / Ayrancı, s. 210.

¹⁵¹ Yıldız, s. 48.

¹⁵² Yıldız, s. 48.

BÖLÜM 2

TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLI BORÇLARI VE HAKLARI

2.1. İşletmecinin Borçları

2.1.1. Elektronik Haberleşme Hizmeti Sunma Borcu

İşletmeci tarafından elektronik haberleşme abonelik sözleşmesiyle ilgili yetkilendirme ile sunmaya ehil olduğu elektronik haberleşme hizmetinden aboneyi yararlandırması asli ve en önemli borcu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵³. Bu borcun kapsamı ise kurulan aboneliğin türüne göre özellik arz etmektedir. Mobil telefon aboneliğinde işletmecinin mobil haberleşme hizmetleri kapsamında elektronik haberleşme hizmeti sunması gerekirken, sabit internet aboneliği bakımından ise sabit internet hizmetinin sağlanması esas olarak işletmecinin borcunu meydana getirmekte ve sözleşme konusu kapsamındaki elektronik haberleşme hizmetinin türü açısından farklıklar içerebilmektedir.

Elektronik Haberleşme Kanunu m. 6/ f. 1 (I)'de sektöre ilişkin BTK'nın yürütülen hizmetlerle alakalı olarak görevlerinden biri şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetleri, şebeke ve/veya alt yapısı ile ilgili olarak yapılacak yetkilendirmelere ilişkin hüküm ve şartları belirlemek, uygulanmasını ve yetkilendirmeye uygunluğu denetlemek, bu hususta gereken iş ve işlemleri yürütmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.”

Bu madde kapsamında BTK tarafından, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasına ilişkin olarak işletmecilerin sağlayacağı nitelikler kararlaştırılmaktadır.

EHK m. 52/ f. 1 ve 2'de işletmecinin sağladığı elektronik haberleşme hizmetinin kalitesi ile ilgili hükümler ele alınmıştır. Bu kapsamda BTK tarafından hizmet kalitesi ile ilgili hususlarda bunların durumunu ortaya koyan düzenlemeler içermektedir. Mobil haberleşme abonelikleri kapsamında sunulan hizmetlerle ilgili işletmeciler tarafından, şebekelerinden elde edilen hizmet kalitesinin tespiti amacıyla yapılan ölçüm sonuçları BTK'ya gönderilmektedir. Ayrıca, kurum tarafında da saha testleri vasıtasıyla hizmet kalitesinin sağlanmasına yönelik denetimler gerçekleştirilmektedir.

İşletmecinin sözleşmeye konu olan elektronik haberleşme hizmetini sürekli bir biçimde ve kesintisiz olarak sağlama borcu altına girmektedir. Asli edim yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ya da gecikmeli olarak yerine getirmesi halinde borca aykırılık sonucunu doğuracaktır. Fakat işletmeci tarafından elektronik haberleşme hizmetinin sağlanamaması daima kendi kusurundan ortaya çıkmamaktadır. İşletmecinin herhangi bir kusuru olmadan mücbir sebep varlığı durumunda hizmetin sağlanamaması söz konusu olabilir.

Bu konu EHSİTHY m. 17/ f. 1'in ilk cümlesinde işletmecilerin mücbir sebepten kaynaklı haller hariç olmak üzere elektronik haberleşme hizmetinin kesintiye uğramayacak bir biçimde sağlanmasının esas olduğu düzenlenmiştir.

Ayrıca maddenin devamında, hizmet sunumunun karşılığında bulunan ücret ödeme borcuna ilişkin olarak faturaların son ödeme tarihinde ödenmemesi durumunda abonenin bilgilendirilmesi kaydıyla kısıtlanması veya durdurulması düzenlenmiştir. Faturanın

¹⁵³ Yıldız, s. 81; Açıkgöz, s. 386; Altaş, 159.

ödenmemesi halinde işletmecinin hizmeti durdurması, kısıtlaması ile tekrar sağlanması aşamalarında bir takvim yılında gerçekleşen ilk açma-kapama işlemi için aboneye herhangi bir ücretin yansıtılması mümkün değildir. Bilgilendirme yapılırken açma kapama ücretinin yansıtılacağı hallerde en az yedi gün önceden borcun ödenmemesi durumunda kısıtlama veya durdurmanın yapılacağı tarih ile açma kapama ücretinin yer alması gerekmektedir. Ödeme yapıldıktan sonra en geç yirmi dört saat içinde hizmet sağlanmasına devam edilecektir. Hizmet sunumunun fatura ödemesinin yapılmaması sebebiyle durdurulmasının ardından aboneye hizmetten yararlanmaması sebebiyle herhangi bir hizmet bedelinin yansıtılması söz konusu değildir. Hukuka aykırı veya hileli bir faaliyet olması hususunda kuvvetli şüphe mevcutsa ya da tüketicinin olağan, alışılmış kullanımın çok üzerinde olduğunun tespiti halinde aboneye bilgi verilerek, bilgi vermenin mümkün olmadığı ve kısa süre içinde müdahalede bulunulması gereken hallerde ise aboneye bilgi verilmeden hizmet sağlanmasının kısıtlanması ya da durdurulmasına gidilebilecektir. İşletmecinin öngörülebilir bir nedenle hizmet sunumunu belli bir süre sağlayamama durumu söz konusu ise burada makul bir süre öncesinden, hizmet sunumunun sağlanamayacağı sürelerin başlangıç ve bitişini belirten kısa mesaj, elektronik posta, uyarı görseli, arama ya da sesli yanıt vasıtasıyla abonelere bildirimde bulundurulacaktır. Buna ek olarak, kesintiye ilişkin bilgiler işletmecinin internet adresinde de duyuru olarak yer alacaktır.

İşletmecinin asıl borcu kapsamında yer alan elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmaması durumunda TBK m. 117 vd. yer alan borçlu temerrüdü hükümleri açısından sorumluluğu doğacaktır. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin karşılıklı borç doğuran sözleşme özelliğini taşıması sebebiyle, abonenin TBK m. 123 ve m. 125 düzenlemelerinde öngörülmüş olan seçimlik hakları kullanabilmesi mümkündür. Fakat burada önemli olan husus bu düzenlemelerin ani edimli borç ilişkilerinde esas teşkil edecek şekilde ele alınması sebebiyle, ifanın belirli zaman zarfında sürekli olarak gerçekleştiği elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde uygulanması açısından farklılık arz eden durumlar ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan sürekli borç ilişkisinde edimlerin ifasına başlanması halinde sözleşmeden dönme yerine ileriye doğru olacak şekilde sözleşmenin feshi gündeme gelecek ve bu çerçevede fesihten kaynaklı olarak işletmeciden olumlu zararın tazmininin talebi mümkündür. Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı, geçmiş dönemde sunulması gereken sağlanmamış bir hizmetin aynen ifası herhangi bir anlam ya da fayda taşımayacağından dolayı, talebinin çoğu zamanda gerçekleşmesi söz konusu olmayacaktır¹⁵⁴. Yani, sözleşmeye konu hizmetin niteliği göz önüne alındığında, sözleşmede geçen önceki dönemler bakımından aynen ifa ve gecikme tazminatının istenmesi mümkün olmamakta, borcun ifasının gerçekleşmemesinden dolayı uğranılan zararın tazmini talebi veya sözleşme feshi ile müspet zararın istenmesi mümkündür.

2.1.2. Fatura Düzenlenmesi ve Gönderilmesi Borcu

İşletmecinin elektronik haberleşme abonelik sözleşmesine ilişkin temel borçlarından bir diğeri abonelik ücretine ilişkin faturalandırma ve bu faturanın aboneye gönderilmesine ilişkindir¹⁵⁵. EHK m. 52’de işletmecilerin her hal ve şartta doğru faturalama gerçekleştirme ve bundan kaynaklı ihtilaflı hallerde ispat yükümlülüğü altında oldukları belirlenmiştir.

¹⁵⁴ Yıldız, s. 82-83; Açıkgöz, s. 391.

¹⁵⁵ Altaş, s. 160.

EHSİTHY’da faturalara ilişkin esaslar başlıklı beşinci bölüm içerisinde, işletmeciye ait fatura gönderme yükümlülüğü m. 19’da ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Sözleşme kurulurken abone kendisine göre en uygun tarifeyi belirlemekte, bu şekilde işletmeciden talepte bulunduğu elektronik haberleşme hizmeti ile buna bağlı olarak gelen ek servislerin karşılığını oluşturan tarife kapsamındaki ücreti ödeme yükümlülüğü meydana gelmektedir. İşletmeci buradan kaynaklı olarak aboneye, tarifenin içeriğini oluşturan hizmetlerin, aboneye sağlanan servis ve olması durumunda diğer ek hizmetler ile ek servislerin ücretini faturalandırarak ulaştırmaktadır¹⁵⁶.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde faturalandırma döneminin EHSİTHY m. 20’de aksi kararlaştırılmadıkça bir ay olacağı düzenlenmiştir. Aksinin kararlaştırılabilmesinin mümkün olması sebebiyle bu hüküm emredici nitelik taşımamaktadır. Uygulamada akdedilen elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin pek çoğunun aylık faturalandırma dönemine göre kurulmakta ise de haftalık veya yıllık olarak kararlaştırmalar da söz konusudur. Ayrıca yönetmeliğe göre faturalama dönemine gelindiğinde sözleşmede önceden belirlenen eşiğin altında kalması halinde, faturalama bir sonraki dönem veya dönemlerde yapılabilir. Buradaki eşik miktar veya tutar cinsinden söz konusu olabilmektedir. Örneğin, mobil telefon aboneliğinde asgari olarak fatura tutarının 10 TL ya da belirli miktarda kalan mobil internet, konuşma ve mesajlaşma hizmetlerinden yararlanması halinde bu tüketilen miktar sözleşmede belirlenenin altında kalmasından dolayı, o dönemde faturalandırma yapılmayarak bir sonraki döneme yansıtılacak şekilde işlem tesis edilebilecektir.

EHSİTHY m. 20/ f. 2’de faturalandırma döneminin değiştirilmesi ile ilgili olarak şu şekilde düzenleme yapılmıştır:

“Sözleşmeye konu hizmetin faturalandırma dönemi değiştirilerek tüketici faydası kısıtlanamaz.”

Buna göre işletmeci tarafından gerçekleştirilecek fiyat artırımının ay sonundan itibaren geçerli olacağına dair yapılan bir değişiklikle örneğin aboneye ait fatura kesiminin aybaşı ya da ay ortasında iken, ay sonuna çekilerek tüketicinin faydasının kısıtlanması sonucunu doğuran bir işlem tesis edilmesi mümkün değildir.

İşletmeci tarafından düzenlenecek olan faturada ve ayrıntılı faturada bulunması gereken zorunlu hususlar EHSİTHY m. 21’de ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Son olarak, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde de uygulama alanı bulan ASY’de faturanın zamanında ödenmesine ilişkin olarak bir düzenleme ele alınmıştır. Buna göre abonenin ücret ödemesinde, faturanın zamanında ödenmemesi halinde uygulanacak gecikme zammı oranı, AATUHK m. 51’e göre belirlenen gecikme zammına ilişkin oranı aşamayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁵⁷.

2.1.3. Sadakat Borcu

İşletmeciye ait olan bu borcun haberleşmenin gizliliğini sağlama ve sır saklama borcu şeklinde adlandırılması da mümkündür¹⁵⁸. Çünkü işletmecilerin abonelere ait işlemlerin

¹⁵⁶ Öktem Çevik, s. 49-50; Açıkgöz, s. 395.

¹⁵⁷ 30.12.2019 tarihli ve 30994 sayılı Resmi Gazetede yer alan 1947 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı neticesinde 6183 sayılı kanunda m. 51’deki gecikme zammı oranı her ay için % 1,6 olacak şekilde kararlaştırılmıştır.

¹⁵⁸ Yıldız, s. 92; Açıkgöz, s. 403.

incelenmesi ve gözden geçirilmesinde ellerindeki teknik olanaklar vasıtasıyla özel hayatının gizliliğine ilişkin aykırılıklarda bulunabilmeleri mümkündür. Bu husus işletmecinin sadakat borcunu ortaya koymakta ve abonenin faydasına olacak şekilde gizliliğin sağlanmasında yarar olan veriler, bilgi ve belgelerin tümü girmekte, gizliliğin sağlanamaması halinde ise gerek maddi gerekse manevi zararların ortaya çıkması sonucu doğabilecektir¹⁵⁹.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde sunulan hizmetin niteliğinin bir sonucu olarak, işletmeciler tarafından abonelere ait olan ve başka kimselerce bilinmesinin, öğrenilmesinin istenilmediği bilgilerin, sağlanan elektronik haberleşme hizmeti kapsamında işletmecinin öğrenmesi ihtimalinden dolayı sadakat borcu ortaya çıkmaktadır¹⁶⁰. Ayrıca, kurulan abonelik sözleşmesi ile ortaya çıkan, işletmecinin abone ile arasındaki karşılıklı güven ve sadakat borcunun sonucu olarak meydana gelmektedir¹⁶¹.

EHK'nın Kurumun görev ve yetkilerinin sıralandığı 6. maddesinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına ilişkin gerekli düzenleme ve denetlemeleri yapmakla görevli olduğu düzenlenmiştir. BTK tarafından bu kapsamda gerçekleştirilen faaliyetler Avrupa Birliği tarafından düzenlenen direktifler ve milletlerarası anlaşmalar çerçevesinde meydana getirilmektedir.¹⁶²

EHK m. 51'de esaslar belirlenmiş ve buna dayalı olarak BTK tarafından çıkartılan Yönetmelik ile kişisel verilerin işlenmesi ile gizliliğin sağlanmasına dair hükümler detaylı olarak ele alınmıştır¹⁶³.

Kişisel verilerden anlaşılması gereken ise Yönetmelik m. 3/ f. 1 (f)'de: *"kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi"* ifade edeceği düzenlenmiştir. Ayrıca güvenlik başlıklı 6. maddede, yönetmelik kapsamında EHK ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda yer alan teknik ve idari tedbirlerin ulusal ve uluslararası standartlar gözetilerek işletmeciler tarafından ele alınacağı belirtilmiştir. Madde içeriğinde bu tedbirlere ilişkin işletmeciler tarafından kişisel verilerin işlenmesine dair güvenlik politikalarının oluşturulması, kişisel verilerin tahribi, kaybolması, değiştirilmesi, farklı bir sisteme kaydedilmesi gibi ihlallere karşı korumayı ve kişisel verilere sadece yetkili kişilerin erişmesini sağlama ile bu sistemlerin güvenliklerin artırılmasından bahsedilmektedir. İşletmeciler tarafından kişisel verilerle ilişkili sistemlere dair yapılan erişimleri içeren işlem kayıtlarının iki yıl süre ile saklanması öngörülmüştür. Buna ek olarak BTK tarafından güvenlik tedbirlerinin etkinliği ile ilgili bilgi ve belge talebinde bulunabilmekte ve idari

¹⁵⁹ Yıldız, s. 92; Öktem Çevik, s. 53; Açıkgöz, s. 403.

¹⁶⁰ Yıldız, s. 92; Açıkgöz, s. 406.

¹⁶¹ Öktem Çevik, s. 53.

¹⁶² Özdemir, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, s. 24; Elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilere ait koruma kapsamındaki düzenlemeler için bkz. Özdemir, s. 17 vd.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilerin korunmasına dair bir hüküm bulunmamakla beraber, sözleşmenin 8. maddesinde şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır: *"Herkesin kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu ve bu verilerin ancak doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre veya ilgili kişinin rızasına ve nihayet diğer kanuni düzenlemelerin yetki verdikleri ölçüde işlenebilecekleri"* düzenlenmiştir. Buna ek olarak sözleşme kapsamında kişilerce kaderlerinin kendileri tarafından tayin etmeleri ile özel hayatın korunması haklarının da haberleşme çerçevesinde korunacağı düzenlenmiştir, Özdemir, s. 24.

¹⁶³ Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik, RG: 04.12.2020, S: 31324.

yaptırım uygulama hakkı saklı kalmak üzere, bu tedbirlere ilişkin değişikliklerde bulunulmasını talep edebilmektedir.

KVİGKİY’de öngörülen tedbirler şu şekildedir:

1. İşletmeciler, sağladıkları elektronik haberleşme hizmetlerinin güvenliğinin ihlaline yönelik bir sorun ortaya çıkması durumunda, bu sorun ile işletmecinin aldığı tedbirlerin kalması durumunda bu sorunun kapsamı ve ortadan kaldırılmasına ilişkin yöntem ile ilgili BTK ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu ile abone ile kullanıcılara en kısa sürede bildirimde bulunurlar. (KVİGKİY m. 7)

2. İşletmeciler tarafından belirli bir işleme dair rıza beyanı o işlem gerçekleştirilmeden önce alınır. Beyan alınmadan önce işlenecek olan kişisel veri, trafik verisi ve konum verisi türleri ile ilgili bilgilendirme yapılır¹⁶⁴. Trafik ve konum verilerinin üçüncü kişilere aktarımı gündemdeyse, aktarımdan önce yapılan bilgilendirilmede aktarılan verinin kapsamı, tarafın ismi ile adresinin ve aktarım süresinin, amacının bilgileri verilir. Bu durumda işletmecilerin belirtildiği şekilde verilerin işlenmesinden sorumluluğu mevcuttur. (KVİGKİY m. 8)

3. İşletmeci basit ve ücretsiz bir şekilde, kullanıcının numarasını gizlemesine mümkün kılmakla ayrıca kendisine çağrıda bulunan numaranın görülmesini ortadan kaldırmasını mümkün kılmakla ya da çağrıyı yapan numaranın gizli olması durumunda daha önceden iletilen bir beyan neticesinde çağrının sonlandırılmasını sağlamakla yükümlüdür. (KVİGKİY m. 10)

4. İşletmeci, aboneye gelen otomatik çağrı yönlendirmelerini ücretsiz ve basit şekilde durdurma imkânı sağlar. (KVİGKİY m. 11)

5. Abonelerin talebi halinde ayrıntılı faturada ve kullanım detaylarında bulunan telefon numaralarının bir kısım rakamlarının gizli kalması işletmeciler tarafından sağlanır. (KVİGKİY m. 12)

6. Verilerin işlenmesine yönelik işletmeci tarafından kısa mesaj, çağrı merkezi, internet vb. yöntemlerle alınan açık rıza yine aynı yöntemler ya da daha basit bir yöntem ile geri alınabilmesi işletmecinin yükümlülüğündedir. (KVİGKİY m. 13/f. 1)

7. Aboneliğin sona ermesiyle birlikte, abone tarafından sona ermeden önce verilmiş olan tüm açık rızalar geri alınmış sayılır. (KVİGKİY m. 13/ f. 4)

8. Yönetmelik kapsamında abonelere yapılacak tüm bilgilendirmeler ücretsiz bir şekilde sağlanır. (KVİGKİY m. 13/ f. 5)

Yönetmelik kapsamında yer alan yükümlülüklerin işletmeci tarafından ihlal edilmesi durumunda hem BTKİYY çerçevesinde BTK tarafından hem de ihlalin KVKK kapsamında yaptırım öngörülen haller içerisinde yer alması durumunda da Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından da idari para cezası uygulanması söz konusudur. Bunlara ek olarak aboneye ait TBK m. 49 ve m. 112 kapsamında yarışan talepler gündeme gelecektir. Burada işletmecinin aboneye ait kişisel verilerin ihlalinden kaynaklı olarak TBK m. 49 vd.

¹⁶⁴ KVİGKİY m. 4/f. 1 (k)’ya göre trafik verisi: “Bir elektronik haberleşme şebekesinde haberleşmenin iletimi veya bu haberleşmenin faturalandırılması amacıyla işlenen her türlü veriyi” ifade eder.

KVİGKİY m. 4/f. 1 (h)’ye göre konum verisi: “Kamuya açık elektronik haberleşme hizmeti kullanıcısına ait bir cihazın coğrafi konumunu belirleyen ve elektronik haberleşme şebekesinde veya elektronik haberleşme hizmeti aracılığıyla işlenen belirli veriyi” ifade eder.

hükümlerince ele alınan haksız fiilden kaynaklı olarak uğranılan maddi ve manevi zararlar talep edilebilecektir. Bununla beraber işletmeci, sözleşmeden kaynaklı sadakat borcuna da aykırılık gerçekleştirmiş olacağından, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklı olarak TBK m.112 vd. hükümlerince sorumluluğundan bahsetmek mümkündür¹⁶⁵. Son olarak, hukuka aykırı bir şekilde kişisel verilerin kaydedilmesi TCK m. 135'te, verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi TCK m. 136'da ve verilerin kanuni sürelerinin geçtiği halde yok edilmemesi TCK m. 138'de şikâyetle bağlı olarak ele alınmıştır.

2.1.4. Numara Taşıma Borcu

Numara taşınabilirliği bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin tarafı olan abonenin sözleşmeye konu hizmeti aldığı işletmeciyi, adresini yahut sağlanan hizmet türünü, numarasını değiştirmesine gerek kalmaksızın değiştirebilmesi şeklinde tanımlanabilir.

Numara taşıma işlemi sayesinde abone sosyal ve iş çevresinde numara değiştirmeden kaynaklı olarak herhangi bir olumsuz etkiye maruz kalmadan ve alınan elektronik haberleşme hizmetinde asgari bir kısıntının gerçekleşmesi neticesinde aboneler mobil ve coğrafi numaralarını değiştirilmeden aynı numaralarını farklı işletmecilerle oluşturdukları abonelik sözleşmesi vasıtasıyla kullanmaya devam edebileceklerdir¹⁶⁶. Numara taşınabilirliği EHK m. 32'de ve BTK tarafından çıkarılan Numara Taşınabilirliği Yönetmeliğinde düzenlenmiştir¹⁶⁷. NTY çerçevesinde, numara taşınabilirliği sisteminin kurulması öngörülmüş ve işletmecilerin sistemleri ile bağlantılı olarak taşıma taleplerinin sisteme girilmesi, kontrolü ve taşınan numaraya ilişkin bilgilerin diğer işletmeciye iletimi ve gerekli bilgi alışverişinin sağlanması amacını taşımaktadır.

NTY m. 6'da numara taşınabilirliğinin kapsamı, m. 7'de numara taşımaya ilişkin talep, m. 8'de numara taşımaya dair talebin alınması ve bilgilerin doğrulanması aşaması düzenlenmiş olup, m. 9'da ise numara taşıma işleminin gerçekleştirilmesi detaylı bir biçimde ele alınmıştır.

Uygulamada akdedilen elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri incelendiğinde numara taşıma borcunun işletmeciler tarafından sözleşme metninde “ *tarafların hak ve yükümlülükleri*” başlığı altında bir genel işlem koşulu olarak dahil edildiği gözlemlenmektedir. Ancak EHK m. 32 ve buna bağlı olarak çıkarılan NTY gereğince emredici olarak düzenleme gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle işletmecinin abone tarafından numara taşınmasına dair başvuruyu koşulsuz bir şekilde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Kanunda yer alan emredici bir hükmün, sözleşmede genel işlem koşulu olarak düzenlenerek bertaraf edilmesi mümkün olmayacağından, işletmecinin numara taşınabilirliğini sağlama borcuna ilişkin olarak içerik denetiminin uygulanması söz konusu değildir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Yıldız, s. 95; Altaş, s. 64.

¹⁶⁶ Coğrafi Numara NTY m. 4/f. 1 (d)'de: “*Ulusal numaralandırma planında rakamları coğrafi anlam taşıyan ve şebeke sonlanma noktasına çağrının yönlendirilmesini sağlayacak şekilde yapılandırılan numarayı ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır; Öktem Çevik, s. 55-56; Açıkgöz, s. 418.

¹⁶⁷ Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği, RG: 02.07.2009, S: 27276.

¹⁶⁸ Antalya, s.290; Açıkgöz, s. 420.

2.1.5. Eşit Davranma Borcu

EHK ilkeler başlıklı m. 4/f. 1 (d)'de eşit davranma borcu ile ilgili olarak şu şekilde düzenlenmiştir:

“Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması.”

İşletmeciye ait olan bu borç Evrensel Hizmet Kanunu kapsamında elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanması gibi durumlar hariç tutularak işletmecinin herhangi bir ayırma bulunmadan benzer konumdaki kişilere hizmetin eşit olarak sunulması noktasında eşit davranmayı içermektedir. Ayrıca eşit davranma borcu Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinin elektronik haberleşme alanındaki bir yansıması görünümündedir.

Buna ek olarak EHK m. 47'de benzer konumda bulunan tüketicilere elektronik haberleşme hizmetlerinin eşit şartlarda ve ayırım gözetilmeden hizmet sağlama yükümlülüğü işletmecilere getirilmiştir. Ayrıca EHK m. 14/ f. 1 (b)'de tarifelerin Evrensel Hizmet Kanununda bulunan istisnalar dışında haklı nedenler olmadan ayırım gözetilmeksizin adil ve şeffaf olması düzenlenmiş ve bu doğrultudaki benzer düzenlemelere EHSİTHY m. 5'te de değinilmiştir.

Bu hükümler çerçevesinde işletmecilerin eşit davranma borcunun kapsamında teknik açıdan hizmetin sunumunun dahil olduğu gibi ücretlendirmenin yapılması açısından da bu borç kapsamında hareket edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁹. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin standart şartları içeren bir sözleşme olması sebebiyle, sözleşmenin kuruluşunda aynı koşulları, hak ve borçları içeren sözleşmeler imzalanması sebebiyle tamamen aynı içeriğe sahip sözleşmelerin imzalanması işletmecinin eşit davranma borcunun bir sonucunu oluşturduğu söylenebilir.¹⁷⁰

Elektronik haberleşme sektöründe kurulan abonelik sözleşmelerinde konunun bir kamu hizmetini içermesi ve tüm kamu hizmetlerinde geçerli olduğu kabul gören nesnellik ve eşitlik ilkesinin bu sözleşmelere de uygulanması gerekmektedir. Aksinin kabulünde ise aboneler bakımından yetenekleri ile pazarlık güçlerine göre farklı durumlar ortaya çıkacak olup kimi abonelerde daha avantajlı koşullarda hizmet almasına yola açacak ve bu durum da eşitlik ilkesine dolayısıyla eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir¹⁷¹.

2.1.6. Belirli Kalitede Hizmet Sağlama Borcu

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmecinin temel borcu olan hizmet sağlama borcunu, ulusal ve uluslararası hizmet standartlarına uygun olarak belirli bir seviyede sunmakla yükümlüdür¹⁷². BTK'nın görev ve yetkilerinin ele alındığı EHK m. 6/f. 1 (u)'da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“İlgili kanun hükümleri dahilinde, evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik

¹⁶⁹ Altaş, s. 65.

¹⁷⁰ Özkaya, s. 179.

¹⁷¹ Altaş, s. 71.

¹⁷² Yıldız, s. 90.

hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetlettirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemek.”

Ayrıca EHK m. 52/f. 1’de hizmet kalitesine ilişkin bir başka düzenleme bulunmaktadır. Buna göre:

“Kurum hizmet kalite seviyesine ilişkin olarak tüketici ve son kullanıcıların kapsamlı, yeterli ve anlaşılabilir bilgiye ulaşmasını sağlamak amacıyla, hizmet kalitesinin seviyesine ilişkin ölçütleri, işletmeciler tarafından yayınlanacak bilgilerin içeriğini, şeklini ve hizmet kalite seviyesine ilişkin diğer hususları belirleyebilir.”

Kanun tarafından öngörülen bu yetki çerçevesinde, BTK’nın çıkardığı Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği hizmet kalitesine ilişkin ölçütler ve seviye taahhütleri, işletmecilerin yayımlayacağı bilgiler içerik ve şekil açısından taşıması gereken hususlar ele alınmaktadır¹⁷³. Buna ek olarak EHSİTHY m. 16’da hizmet kalitesine dair tüketicilerin yeterince bilgilendirilmelerini teminen, işletmecilerin sağlamış oldukları güncel hizmet kalitesine ilişkin bilgilerin yayımlanması yükümlülüğünün BTK tarafından getirilebileceği ve hizmet kalitesine ilişkin ilgili bilgi talebi halinde işletmecilerin gerekli bilgileri BTK’ya sunma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. ESHSKY Ek- 1, Ek- 2, Ek-3, Ek- 4 ve Ek- 5’te sunulan hizmetlere göre GSM, IMT-2000/UMTS bakımından ya da internet servis sağlayıcıları gibi ayrı ayrı olacak şekilde hizmet kalitesine ilişkin hedef değerler ve buna esas teşkil edecek hizmet kalitesi ölçütleri düzenlenmiştir. Esasen bu ölçütlerin konularına göre, veri aktarım hızları, arıza giderim oranları, şikâyet oranları ve sıklığı, arıza giderme süreleri, müşteri hizmetleri cevap verme süresi, arama kurulma süresi gibi ölçütler üzerinden değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.

Hizmet kalitesinin denetimi, hazırlanması ve bildirimine ilişkin olarak EHK m. 52/f. 2 ve 3’te şu şekilde ele alınmıştır. Buna göre:

“(2) İşletmeciler, Kurum tarafından elektronik haberleşme hizmetlerinin hizmet kalitesi ölçütlerine ilişkin her türlü bilgiyi ve hizmet kalite standartlarına uyumu istenen şekilde ve belirlenen sürede sağlamakla yükümlüdür. Kurum belirleyeceği usul ve esaslarla işletmeciler tarafından gönderilen hizmet kalitesine ilişkin bilgileri yayımlayabileceği gibi, işletmecilere yayımlama yükümlülüğü de getirebilir. Kurum bilgilerin doğruluğunu ve hizmet kalitesi ölçüt ve standartlarına uyumu denetleyebilir veya denetletebilir.”

“(3) Kurum işletmecilere, elektronik haberleşme hizmetlerine ve elektronik haberleşme alt yapı veya şebeke unsurlarına yönelik hizmet seviyesi taahhütleri hazırlama ve bu taahhütleri belirlenen biçimde ve sürede yayımlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum, işletmecilerden, hizmet seviyesi taahhütlerinde değişiklik, iyileştirme ve düzeltme yapılmasını isteyebilir. İşletmeciler, söz konusu değişiklik, iyileştirme ve düzeltmeleri Kurum tarafından belirtilen sürede yerine getirmekle yükümlüdür.”

Bu hüküm çerçevesinde ESHSKY m. 8’de BTK tarafından resen ya da şikâyetle hizmet kalitesi denetiminin yapılabilmesini öngörmüştür. Ayrıca ESHSKY m. 7’de ise işletmeciler tarafından hazırlanacak hizmet kalitesine ilişkin raporların belirli sürelerde BTK’ya sunulması ele alınmıştır. İşletmeci tarafından bir takvim yılında, hizmet kalitesine ilişkin öngörülen hedef değerlerinden birini sağlayamaması durumunda ESHSKY m. 9’da

¹⁷³ Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği, RG: 12.09.2010, S: 27697.

öngörüldüğü üzere ilgili hususa dair işletmeciye yazılı uyarı verileceği ve bir ay süre ile BTK'nın internet adresinde duyurulacağı belirtilmiştir.

Hizmet kalitesine ilişkin yükümlülük ihlali halinde şartlarının oluşması durumunda ayrıca BTKİYY m. 15'e göre işletmeciye ait bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir.

Hizmet kalitesine dair ölçütler çerçevesinde oluşturulan raporların bir başka önemi kendisini, işletmecinin üstlendiği elektronik haberleşme hizmeti sağlama borcunun ifası hususunda göstermektedir. Bu borcun işletmeci tarafından yapılan ifanın yönetmelikle öngörülen kıstasları sağlamayan bir şekilde gerçekleşmesi durumunda, borcun gereği gibi ifa edilmediğinden bahisle, işletmecinin TBK m. 112 vd. hükümleri kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁷⁴.

2.1.7. Şeffaflığın Sağlanması ve Bilgilendirme Borcu

EHK m. 49'da işletmecinin şeffaflığı sağlanması ve bilgilendirme yükümlülüğü şu şekilde ele alınmıştır:

“(1) Kurum, son kullanıcı ve tüketicilerin azami faydayı elde edebilmeleri ve hizmetlerin şeffaflık ilkesine uygun olarak sunulabilmesi için hizmet seçenekleri, hizmet kalitesi, tarifeler ile tarife paketlerinin yayımlanmasına ve benzer hususlarda abonelerin bilgilendirilmesine yönelik olarak işletmecilere yükümlülükler getirebilir.

(2) İşletmeciler, özellikle hizmetler arasında seçim yapılırken ve abonelik sözleşmesi kurulurken tüketicilerin karar vermelerinde etkili olabilecek hususlar ile dürüstlük kuralı gereğince bilgilendirilmelerinin gerekli olduğu her durumda talep olmaksızın tüketicileri bilgilendirir.

(3) Kurum bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.”

Burada elektronik haberleşme hizmetinin kamu hizmeti niteliğini de taşımasından dolayı, kamu hizmetlerine hakim ilkelerden olan açıklık ve şeffaflık ilkesi ele alınmıştır¹⁷⁵. Bu çerçevede işletmeciye ait bilgilendirme yükümlülüğü yalnızca sözleşmenin akdedilmesi esnasında değil, sözleşme sürdüğü müddetçe de dürüstlük kuralının gereği doğrultusunda bilgilendirme yükümlülüğü devam etmektedir. EHK m. 49/f. 1 kapsamında şeffaflığın sağlanabilmesi için hizmet kalitesi ve seçeneklerinin, ayrıca tarifelerinde benzeri hususlarda abone aydınlatılmasına yönelik yükümlülüklerin BTK tarafından tahsis edilebileceği ele alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde BTK tarafından EHSİTHY'de şeffaflık ve bilgilendirme borcuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

EHSİTHY'de öngörülen şeffaflık ve bilgilendirmeye ilişkin yükümlülükleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

¹⁷⁴ Yıldız, s. 91.

¹⁷⁵ Esasen kamu hizmetlerinin klasik ilkeleri arasında yer almayan açıklık ve şeffaflık ilkesi, günümüzdeki gelişmelere ve yeniliklere bağlı olarak kamu hizmetleri açısından geçerli hale gelen ve çok önemsenmekte olan kamu hizmetlerinin demokratik hale gelmesinde, gerçekleştirilen hukuki değişiklikler arasında yerini almıştır. Açıklık ve şeffaflık, telekomünikasyon sektöründe oldukça önemli bir nitelik taşımaktadır. Çünkü başta AB olmak üzere tüm dünyada telekomünikasyon hizmetlerinin sağlanmasında temel nitelikte ve yaşamsal öneme sahip olduğu öngörülen bir politika olan serbestleşme ve rekabete açılmanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için açıklık ve şeffaflık en önemli araçlardan biri ya da bu hedefe ulaşmanın bir ön koşulu olduğu düşünülmektedir, Ulusoy, s. 145.

1. İşletmeciler tarafından talep gerekmeksizin bilgilendirmede bulunma ve kolay bir biçimde erişime açmakla yükümlü oldukları bilgiler şunlardır (EHSİTHY m. 6/ f. 1):

“a) İşletmecinin adı, unvanı ve adresi,

b) Sunulacak hizmete ilişkin olarak; hizmetin tanımı ve kapsamı, hizmete erişim ve hizmetin kullanımı konusunda genel hüküm ve şartlar, hizmet için uygulanacak tarifeler ve varsa abonelik paketleri, tarifelerin içerdiği vergi türleri ile bu vergilerin tarifeler hesaplanırken tarifelere yansıtılma oranı, doğru tüketici algısının oluşması amacıyla tarifelerin yalnızca tüm vergiler dahil değeri, abonelik tesisi dolayısıyla alınacak diğer ücretler, tarife ücreti ile birlikte telsiz kullanım ücreti yansıtılacağına dair abonenin doğru değerlendirme yapabileceği açıklıkta bilgi,

c) Taahhütnamelere ilişkin şartlar, sunulan bakım/onarım hizmetlerine ilişkin genel bilgi ve standart sözleşme şartları ile geri ödeme şartları ve/veya işletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalite seviyesinin sağlanamaması halinde zararın giderilmesine ilişkin bilgi,

ç) Tüketici şikâyetlerinin çözüm usul ve süreçlerine ilişkin bilgi.”

2. İşletmeciler, internet adresleri aracılığı ile şikâyet başvurularının alınması ve tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin olarak internet sitelerini bu doğrultuda kurarlar veya düzenlenmesini gerçekleştirirler (EHSİTHY m. 6/f. 2).

3. İşletmeci tarafından yapılacak bilgilendirmelerde ve abonenin onay ya da talebini gerektiren işlemlerde ispat yükü işletmeci üzerindedir (EHSİTHY m. 8/f. 4).

4. İşletmeciler tarife ve kampanyalara ilişkin olarak şartları, süresi, hedef kitlesi, yurtdışında geçerli olup olmaması ile cayma bedeline dair bilgileri internet sitelerinden bilgilendirmekle yükümlüdürler (EHSİTHY m. 11/f. 1). Süresi bir ayı geçen kampanyalarda aboneler kampanyanın sona ermesinden makul bir süre öncesinde, kampanyanın bitiş tarihi ve ardından geçerli olacak tarife ile ilgili asgari bir bildirimde bulunur, kısa mesaj, elektronik posta, arama veya fatura yöntemlerinden biri ile bilgilendirme yapılır (EHSİTHY m. 11/f. 3).

5. Katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasından önce hizmetin tanımı, koşulları, iptal edilme yöntemine ilişkin ücretsiz olarak bilgilendirme yapılır. Hizmetin satın alınmasına dair bilgilendirmenin yapıldığı ve abonenin talep ya da onayının alındığına ilişkin ispat yükü işletmecinin üzerindedir (EHSİTHY m. 13/ f. 1, 2) ¹⁷⁶.

6. İşletmeciler tarafından, uluslararası dolaşım hizmetinden yararlanılması halinde asgari olarak ses, kısa mesaj ve veri hizmetini içeren uluslararası tarife bilgisi aboneye kısa mesajla, görme engelli aboneler için ise talep doğrultusunda sesli mesaj olarak bildirimini sağlanır (EHSİTHY m. 14).

¹⁷⁶ Katma Değerli Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Sunumunda Tüketici Haklarının Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar m. 4/f. 1 (c)’de şu şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre: “*Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri (KDH): 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 hizmetlerini ifade eder.*” Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 21.12.2016, Karar No: 2016/DK-THD/496.

7. İşletmeciler internetin güvenli kullanımına dair bilgilendirmede bulunma ve BTK tarafından belirlenen yasadışı ve zararlı içeriklere ilişkin hizmetleri ek ücret olmaksızın sunmakla yükümlüdür (EHSİTHY m. 15).

8. Fatura ödenmemesi durumunda hizmetin durdurulması veya kısıtlanması abone bilgilendirilerek gerçekleştirilir. Bilgilendirmede açma kapama ücreti alınacak hal söz konusu ise açma kapama ücretine ve asgari olarak yedi gün önceden borcun ödenmemesi halinde kısıtlama veya durdurma işlemi yapılacak tarih belirtilir (EHSİTHY m. 17/f. 1).

İşletmecilerin EHSİTHY’de öngörülen bilgilendirme yükümlülüğüne uymaması söz konusu olabilir¹⁷⁷. Bu durumda aynı yönetmeliğin idari para cezaları ve diğer yaptırımlar başlıklı 25. maddesi gereğince BTKİYY m. 12’de yer alan düzenlemeler çerçevesinde idari para cezası uygulanacaktır¹⁷⁸.

Buna ek olarak, işletmecinin bilgilendirme yükümlülüğüne dair yaptığı ihlal işletmecinin sözleşme kurulmadan önceki açıklaması gerekli konularda açıklama yapmamış olması veya eksik açıklamada bulunarak zarara ilişkin kusurlu bir davranışta bulunmuşsa yani sözleşme öncesi görüşmelere dayanmakta ise burada “*culpa in contrahendo*” sorumluluğundan bahsedilebilir¹⁷⁹. Bu nedenle işletmecinin kusurlu davranışından kaynaklı doğan zararı tazmin yükümlülüğü gündeme gelecektir. Son olarak, işletmecinin bilgilendirmeye ilişkin bu borcu, genel işlem koşullarına dair olması durumunda, bu genel işlem koşulunun sözleşmeye ait bir parça olmaması neticesini oluşturabilecektir¹⁸⁰.

2.1.8. Arabağlantı ve Roaming (Dolaşım) Sağlanması Borcu

İşletmecinin sunduğu elektronik haberleşme hizmeti yalnızca kendi abonelerinin birbirleri ile olan elektronik haberleşme faaliyetini içermemekte, hizmetin tam anlamıyla sağlandığından bahsedebilmek için sektörde aktif konuma sahip bütün işletmecilerin aboneleri ve son kullanıcılarının birbiri ile arasındaki haberleşmeyi sağlamaları gerekmektedir¹⁸¹. İşletmeciler kendi aralarında kurdukları arabağlantı sözleşmesi ile bir işletmecinin abonelerinin bir başka işletmecinin aboneleri ile haberleşme yapabilmelerini sağlamaktadırlar.

EHK m. 3/f. 1 (e)’de arabağlantı şu şekilde tanımlanmıştır:

“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 bağlantısını ifade eder.”

Bu tanımdan yola çıkarak arabağlantı: bir elektronik haberleşme hizmetinin sunumu için yetki alabilmiş ve böylelikle bu hizmetin sunumunu sağlayabilen işletmecinin, kendine ait elektronik haberleşme şebekesi ile diğer işletmecilere ait şebekeler arasında, kendi

¹⁷⁷ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 12.10.2016, Karar No: 2016/DK-SDD/430.

¹⁷⁸ “İşletmecilerin bu Yönetmelik ile belirlenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde 15/2/2014 tarihli ve 28914 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği hükümleri uygulanır.”

¹⁷⁹ Yıldız, s. 89.

¹⁸⁰ Yıldız, s. 89-90; Ayrıca yukarıda bkz. “1.5.2.1. Yürürlük (Kapsam) Denetimi” başlığı.

¹⁸¹ Ekici, s. 112; Yıldız, s. 83.

aboneleri ile diğer işletmecinin aboneleri arasında kurulacak olan elektronik haberleşmenin sağlanmasıdır¹⁸².

Arabağlantı şeklinde isimlendirilen bu “irtibatlanma” işletmeciler arasında akdedilen arabağlantı sözleşmesinin kurulmasıyla sağlanmakta olup, sözleşmeyle işletmecilerin belirlediği arabağlantı ücretlendirmesine ilişkin tarifelerde yer alan miktarlar esas alınarak, bir işletmecinin diğer işletmeciye ücret ödemesi gerçekleştirilmektedir¹⁸³.

Ayrıca arabağlantıya ilişkin olarak EHK m. 16/f. 2’de işletmecilerin bu hususla ilgili talep söz konusu olması durumunda aralarında arabağlantıya ilişkin görüşmelerde bulunmakla yükümlü kılınmışlardır. Ayrıca işletmecilerin kendi aralarında anlaşamamaları gibi bir durum söz konusu ise BTK tarafından arabağlantı sağlanmasına ilişkin yükümlülük getirilebileceği düzenlenmiştir.

Kamu hizmeti niteliğine sahip olan arabağlantının mutlaka sağlanması gerekmekte bu doğrultuda işletmecilerin de arabağlantıyı sağlama zorunlulukları bulunmaktadır¹⁸⁴. Arabağlantı sözleşmeleri esasen özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen işletmecilerin anlaşamamaları durumunda BTK tarafından arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilebileceği düzenlenmektedir¹⁸⁵. Yani işletmecilerin bu noktada birbiri ile sözleşme kurmaları zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Çünkü birbirinden farklı işletmeciler bulunmakta ve bunların aboneleri arasında haberleşme faaliyetinin gerçekleşebilmesi için arabağlantı sözleşmesinin kurulması gerekmektedir¹⁸⁶. Arabağlantı hususunda BTK tarafından çıkarılan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde detaylı olarak ele alınmış düzenlemeler yer almaktadır¹⁸⁷. Yönetmelik madde 9’da işletmeciler arasında sağlanması ve BTK’nın işletmecilere bu hususla alakalı getirebileceği yükümlülükler ele alınmıştır. Aynı yönetmelik m. 8/f. 3’te ise şebeke işletim güvenliğinin ve bütünlüğünün ile veri güvenliğinin sağlanamayacağı bahisle durumu kanıtlamak suretiyle ve BTK’nın onayını alarak sınırlamaya gidebileceğini düzenlemiştir. Ancak bu durum dahi işletmecinin yükümlü olarak belirlenmesini engellememekte ve konu ile ilgili olarak müzakere etmelerini engelleyici bir sebep olarak ortaya konamayacağı belirtilmiştir.

Roaming ise ilk kez 406 sayılı Kanun’da tanımlanmıştır. Uygulamada kullanılan ifade ile roaming bir işletmeciye ait ekipmanlar ve altyapıdan, farklı bir işletmecinin “yararlandırılması” olarak bahsedilmekte ve bundan kaynaklı olarak roaming sağlanan dolaşım olanağından ötürü “dolaşım” olarak ifade edilmektedir¹⁸⁸.

EHK ile roaming, bir takım küçük değişiklikler eklenerek esasen aynı tanıma sahip bir şekilde ulusal dolaşım olarak m. 3/f. 1 (üü)’de şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin abonelerine ait ekipmanlar üzerinden sunulmasına veya bir diğer sistemin arabağlantısına imkân sağlayan sistemlerarası dolaşımı ifade eder.”

¹⁸² Ulusoy, s. 80; Gojayeve, Alvina, Türk Hukukunda Arabağlantı Sözleşmeleri, AÜHFD, C: 61, S: 3, 2012, s 1063.

¹⁸³ Ulusoy, s. 80; Özdemir, s. 10.

¹⁸⁴ Parlak, Şafak, Roaming Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 24, S: 3, 2008, s. 479.

¹⁸⁵ Ulusoy, Ali, Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği, AÜHFD, C: 50, S: 2, 2001, s. 151.

¹⁸⁶ Yıldız, s. 84.

¹⁸⁷ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, RG: 08.09.2009, S: 27343.

¹⁸⁸ Ulusoy, 79; Parlak, s. 470; Özdemir, s. 11.

Günümüzde üç farklı tür olarak uluslararası, bölgelerarası ve ulusal roaming (dolaşım) mevcuttur. Uluslararası dolaşımda, bir işletmeciye ait abone yurtdışında bulunduğu takdirde farklı bir işletmeciye ait olan altyapı hizmetlerinden kapsama alanı içinde bulunduğu sürede yararlanmasını ifade eder¹⁸⁹. İşletmecinin kendi altyapısı ile aboneye hizmet sağlaması söz konusu olmamakta ve yabancı işletmeci ile kurduğu roaming sözleşmesi sonucunda ülke dışında bulunan abone, o işletmecinin altyapı hizmetlerinden yararlanmaktadır¹⁹⁰.

Bölgelerarası roaming ise, bir işletmeci bünyesindeki aboneler diğer işletmecinin altyapıya ilişkin hizmetlerinden, bu işletmecinin lisans almış olduğu farklı bir bölgede faydalanması olup, bu türdeki roaming sözleşmelerinde bahsi geçen iki işletmeci de aynı ülke içinde faaliyet göstermelerine karşın, lisanslarının geçerli olduğu bölgelerin birbiri ile çakışması söz konusu değildir¹⁹¹. Bölgesel roamingde dair uygulama ABD veya Almanya gibi federal yapıdan oluşan ülkelerde, bölgesel bazda yetkilendirmelerin yapılması sonucunda söz konusu olup, bizim ülkemiz açısından söz konusu değildir¹⁹².

Ulusal dolaşım ise aynı ülkenin sınırları içinde bulunan işletmecinin abonelerinin kendi şebekesinden başka bir şebekeye geçişinin abonenin işletmecisi tarafından sağlanamaması durumunda söz konusu olmakta ve bu şekilde abonelerin girişi sağlanarak dolaşımdan yararlanmak suretiyle haberleşme faaliyetlerinden yararlanmaları mümkündür¹⁹³. EHK çerçevesinde işletmeciler ulusal ve uluslararası dolaşımı sağlamakla yükümlüdürler. Roaming ile bir işletmeci tarafından daha önce kurulumu yapılmış ekipmanları vasıtası ile diğer işletmeci arasında kuracakları sözleşme neticesinde ücret karşılığında faydalanma olanağı ortaya çıkacak ve bu şekilde sektörde hizmet vermek üzere yeni işletmecilerin dahil olması mümkün olmakta böylelikle yatırım maliyetlerinin düşmesi ve kaynakların verimli kullanılması sonucunda hizmet fiyatlarının düşmesine neden olarak elektronik haberleşme sektörü açısından yararlı sonuçlar ortaya çıkmaktadır¹⁹⁴.

Arabağlantı ile roaming arasındaki farkın ayırt edilmesi açısından değinmek gerekirse, arabağlantıda iki şebekenin birbiriyle bağlanması söz konusu iken, roamingde ise tek bir şebeke söz konusu olmakta ve bu şebekenin, şebekeye sahip olmayan başka bir işletmecinin abonelerine açılması söz konusudur. Ayrıca arabağlantı bir kamu hizmeti niteliğini taşımakta ve bu nedenle sağlanması zorunlu bir hizmet iken, roaming ise özel hukuk çerçevesinde sağlanması öngörülen bir hizmete dair olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹⁵. Ulusal roamingde ilişkin hizmetlerin ikamesi, hizmet sağlanan bölgede işletmeci tarafından bizzat altyapı ve ekipman kurulumuna dair ise de, uluslararası roamingde böyle imkan bulunmamakta o ülkedeki mevcut başka bir işletmeci ile roaming anlaşması yapılması yoluna gidilmektedir¹⁹⁶.

¹⁸⁹ Parlak, s. 470-471.

¹⁹⁰ Parlak, s. 471.

¹⁹¹ Parlak, s. 471.

¹⁹² Parlak, s. 488.

¹⁹³ Parlak, s. 471.

¹⁹⁴ Özdemir, s. 11.

¹⁹⁵ Parlak, s. 479.

¹⁹⁶ Parlak, s. 489.

Burada değinilmesi gereken bir başka husus EHK çerçevesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na uluslararası dolaşım kapsamındaki faaliyetlere dair yapılmasına ilişkin bir müdahale öngörülmemiştir.

EHK m. 6/f. 1 (t)'de kurumun görevleri arasında arabağlantı ve ulusal dolaşıma ilişkin düzenlemelerde bulunmak ve bu hususlarla ilgili tedbirlerin alınması sayılmıştır.

BTK tarafından arabağlantı ve ulusal dolaşıma ilişkin tüketicilerin menfaatlerini esas alarak tedbirler almaya ehil olduğu düzenlenmiş ancak uluslararası dolaşımda bu şekilde bir yetkilendirilmesi bulunmamaktadır. Burada bağımsız idari otoritelerin yetkilerinin ulusal düzeyde olması açısından BTK'nın müdahalesi söz konusu olmamakta ve uygulamada ulusal roaminge ilişkin olarak abonelere ek bir ücret yansıtılmamakta iken uluslararası roamingde ise abonelere yüksek miktarlarda ek ücret yansıtıldığı görülmektedir.

Son olarak bahsetmek gerekir ki uygulamada öne çıkan önemli bir hukuki sorun ülkemizin sınıra yakın yerleşim yerlerinde yaşayanlar veya o bölgelerde bulunanlar açısından ortaya çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında bu hususu ele almıştır¹⁹⁷. Aboneler yurtdışında bulunmuyor olmalarına karşın, ülke dışında faaliyet gösteren işletmecilerin elektronik haberleşme istasyonları aracılığıyla hizmetten yararlanmaları neticesinde yüksek miktarda faturalara maruz kalmaları sonucu meydana gelmektedir. Buradaki haberleşme faaliyetini içeren faturanın aboneye yansıtılması haksızlık oluşturmakta, çünkü uluslararası dolaşıma dayanan ek ücretlendirmenin yalnızca fiilen yurtdışında olma halinde oradaki işletmeciden alınan hizmetten kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır¹⁹⁸. Buna ek olarak EHK m. 4/f. 1 (d)'de ele alınan eşitlik ilkesine aykırı olarak benzer konumda yer alan kişilerin farklı ücretlendirmeyle karşılaşması sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁹⁹. Örneğin, aynı işletmeci bünyesindeki Ankara'da oturan bir abone ile sınıra yakın olan bir yerleşim biriminde yaşayan abonenin aynı hizmetten eşit şartlarla ve bunun neticesinde eşit maliyete göre faydalanmaları gerekmektedir²⁰⁰.

¹⁹⁷ “...Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Telekomünikasyon Başkanlığından celp edilen CD içeriğine göre hattın fatura döneminde 809 adet İnternet bağlantısı gerçekleştirdiği, bunların tamamının Bodrum, Fethiye, Ortaca, Dalaman, Marmaris ilçelerinin kıyı şeridinde bulunan GSM şebekesine ait 38 farklı istasyondan gerçekleştiği, hat kullanıcısının fatura dönemi süresince kıyı şeridinde olduğu, ülke sınırları bölgesinde dolaştığı, hat kullanıcısının ülke sınırları içerisindeki iken zaman zaman ... kapsama alanı dışında kaldığı, ancak davacı ile davalı arasında yapılan sözleşme göz önüne alınarak yurt içi İnternet kullanımı olarak değerlendirmesi gerektiği, hat kullanıcısının ülke sınırları içerisindeki iken şebekelerinin yetersizliği, yoğunluğu göz önüne alındığında, davacının kullanım bedelinin ... olduğunun tespit edildiği görülmektedir. Buna göre; davacı tarafın ülke sınırları içerisinde iken kullandığı GSM hattını, davalı tarafın yurt dışı kullanım olarak kabul ederek yurt içi kullanıma göre fahiş bir rakamla ücretlendirdiği göz önünde bulundurulduğunda, davacı tarafından taraflar arasındaki sözleşmenin feshinin haklı sebeple fesih olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede taahhüt süresi bitmeden fesih nedeniyle taahhütnamede belirlenen cezai şartın davacı taraftan tahsil edilmemesi gerektiği düşünülmeden yanlış değerlendirme ile yukarıdaki gibi hüküm kurulması doğru görülmemiş...” (Yargıtay 3. HD. E: 2014/10113, K: 2015/3908 T: 12.12.2013) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 27.01.2021)

¹⁹⁸ Yıldız, s. 86.

¹⁹⁹ EHK m. 4/f. 1 (d): “Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması.”

²⁰⁰ Yıldız, s. 86-87.

2.1.9. Abonelerin Rehber Kaydedilmesi Borcu

İşletmeciye ait olan bu borç işletmecilerin hak ve yükümlülüklerinin ele alındığı EHK m. 12/f. 3 (d)'de düzenlenmiştir.

İşletmeci tarafından, abonenin sözleşmede bulunan telefon numarasını ismi, unvanı, adresi, mesleği gibi benzer bilgilerin abonenin talebi doğrultusunda rehber kaydetmesi söz konusudur²⁰¹. Yani, abonelere ait bilgilerin rehber ve bilinmeyen numaralar danışma sisteminde bulunması temin edilecektir. İşletmecinin bu yükümlülüğü aboneye ait kişilik haklarının korunmasının bir neticesi olarak yalnızca abone tarafından onay verilmesi koşulu ile gerçekleştirilmesi mümkündür²⁰². EHSİTHY m. 5/f. 1'de abonelerin rehber kaydedilmesine ilişkin olarak (c) ve (ç) bu doğrultuda ele alınmıştır²⁰³.

Abonenin kişilik hakları ile alakalı olan bu husus EHK'nın emredici düzenlemesi ile ele alınmış ve bu nedenle abonenin talebi doğrultusunda işletmeci tarafından emredici hüküm esas alınarak rehber hizmetinin sağlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

2.1.10. Hattın Kullanıma/Görüşmeye Kapatılması veya Durdurulması Borcu

Abonenin hattının kapatılmasını istemesi durumunda bu talebini bayilikler, müşteri hizmetleri, internet sitesi ve aboneye hizmet sağlanması ile ilgili kurulmuş hizmet kanalları aracılığı ile talebini ileterek hattının görüşmeye kapatılmasını talep etme imkanına sahip olup, bu doğrultuda işletmeci tarafından hattın kapatılması zorunludur²⁰⁴.

İşletmeciye iletilen abone talebi ile hattın görüşmeye kapatılması belli bir süre için gerçekleştirilmekte olup, burada işletmecinin belirlediği süre zarfında abone tarafından hattın tekrar görüşmeye açtırılması için talepte bulunulmaması halinde sözleşme, işletmeci tarafından aboneye yazılı olarak bildirilmek kaydıyla feshedilebilir²⁰⁵. Abone tarafından öngörülen süre içerisinde talepte bulunulması durumunda ise işletmeci tarafından hat tekrar kullanıma açılacaktır.

İşletmecinin sözleşmeyi feshetmesi neticesinde, abonenin istemesi halinde ve hattın başka birine satılmamış olması durumunda tekrardan aynı numarayı kullanarak, yeniden abone olması mümkündür²⁰⁶. Bu husus ayrıca hattı kullanmak için öngörülen ihya bedelinin

²⁰¹ Öktem Çevik, s. 57; Açıkgöz, s. 421.

²⁰² Öktem Çevik, s. 57-58; Açıkgöz, s. 421.

²⁰³ “c) Abonelerin kişisel verilerinin kamuya açık rehberlerde yer alıp almamasını talep etme hakkı.”

“ç) Rehber ayrım gözetilmeksizin kaydolma ve rehber hizmetinden ücretli ve/veya ücretsiz yararlanma hakkı.”

²⁰⁴ Öktem Çevik, s. 54.

²⁰⁵ Bu yaklaşım işletmecinin korunmasına yönelik olan bir uygulama olup, işletmeci hatların kullanımı yaygınlaştırma faaliyetini gerçekleştirmektedir. Bu nedenle abone tarafından hattın uzun süre için görüşmeye kapatılması işletmecinin menfaatine aykırılık teşkil edecektir. Fakat abonenin uzun süreli yurt dışında bulunması veya askerlik hizmeti gibi durumlarda, hattını uzun süreli olarak kullanamayacak durumda olması halinde bu keyfiyetin işletmeciye bildirilerek abonenin hattının muhafazası gerçekleştirilmelidir, Öktem Çevik, s. 54;

²⁰⁶ Uygulamada numara taşınabilirliği sisteminin de ortaya çıkması neticesinde abonelik sözleşmesi herhangi bir şekilde sona eren abonenin büyük çoğunlukla numara taşıyarak farklı bir işletmeci ile abonelik sözleşmesi kurduğu gözlemlenmektedir. Bunun temelinde numara taşıyan aboneler için işletmeciler tarafından öngörülen daha avantajlı tarife ve kampanyalar olması yatmaktadır. Numara taşınabilirliğine dair detaylı bilgi için bkz. (<http://www.nts.gov.tr/>)

temini ve varsa borç bakiyesinin ödenmesi ile gerçekleşmektedir. Burada yeni bir abonelik sözleşmesinin kurulması ile eski hattın kullanımı mümkün hale gelecektir²⁰⁷.

Uygulamada akdedilen abonelik sözleşmelerinde, hattın görüşmeye kapatılmasına dair yükümlülük işletmeciler tarafından genel işlem şartı olarak sözleşme içerisine yerleştirilmektedir²⁰⁸. Sözleşmede genel işlem koşulu olarak yer alan bu yükümlülük, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin tüketicinin aleyhine olacak bir biçimde dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi için içerik denetimi kapsamında değerlendirilmelidir²⁰⁹.

2.1.11. Sözleşme Şartlarının Abone Aleyhine Değiştirilmemesi Borcu

TKHK kapsamında çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekinde örnekleme olarak belirtilmiş, yol gösterme amacı taşıyan haksız şartlara dair liste düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını sözleşmede yer alan haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân sağlayan şartların ve sözleşme konusu mal ya da hizmetin niteliklerine dair tek taraflı ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirilebileceğine ilişkin şartlar haksız şart olacak ve batıl sayılması söz konusu olacaktır²¹⁰. Bu şartların olmaması halinde sözleşme ayakta kalabiliyorsa geçerli olmaya devam edecektir.

Bu çerçevedeki bir husus da elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri kapsamında EHSİTHY ekinde yine sınırlama amacı gütmeyen haksız şart kapsamında değerlendirilebilecek hükümler ele alınmıştır. Bu kapsamda ele alınan haksız şart örneklerinin esasen birbiri ile örtüştüğü görülmektedir²¹¹.

²⁰⁷ Öktem Çevik, s. 54.

²⁰⁸ Uygulamada akdedilen abonelik sözleşmelerinin içerdiği genel işlem şartı olarak düzenlenen yükümlülükler için bkz. (https://s.turkcell.com.tr/DeviceDocumentLibrary/bireysel/Diger/bireysel-tip-abonelik-sozlesmesi_ornegi.pdf); (<https://bireysel.turktelekom.com.tr/mobil/web/destek/Documents/TT-mobil-bireysel-abonelik-sozlesmesi.pdf>); (<http://www.vodafone.com.tr/Net/bireysel-tip-internet-ve-telefon-sozlesmesi-bintel.pdf>), E.T: 17 Ocak 2021.

²⁰⁹ Açıkgöz, s. 415.

²¹⁰ Koca, s. 79-80; Ayrancı, s. 234-235.

²¹¹ “Onuncu Maddenin Beşinci Fıkrasında Yer Alan Türden Haksız Şartlar”

“1) İşletmecinin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu kayıtlar,

2) İşletmeciye, yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciden, olayların normal akışına göre gerçekleşmesi beklenebilecek zararı aşacak ölçüde yüksek bir götürü tazminat talep etme imkânı tanıyan hükümler,

3) İşletmeciye sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı tanıyan ancak tüketicide aynı hakkı vermeyen kayıtlar,

4) İşletmeciye, diğer tarafa ihtarda bulunma veya ek süre vermeye ilişkin yasal bir külfetten kurtarmaya ilişkin kayıtlar,

5) İşletmeciye haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir abonelik sözleşmesini herhangi bir uyarıda bulunmaksızın sona erdirmeye ya da değiştirme hakkı tanıyan kayıtlar,

6) Süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin kayıtlar,

7) Tüketicinin, abonelik sözleşmesinin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren kayıtlar,

8) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar,

9) İşletmeci tarafından tek taraflı olarak, tüketici aleyhine olmak üzere, hizmetin sunumunda, niteliğinde, süresinde ve ücretlerde yapılacak değişikliklere ilişkin kayıtlar,

10) İşletmecinin borçlandığı edimi değiştirmesine veya bundan sapmasına imkân veren kayıtlar; meğerki işletmecinin menfaatleri dikkate alındığında bu değişiklik veya sapmaya tüketicinin rıza göstermesi beklenebilir olsun,

İşletmeciye ait olan, sözleşme şartlarının abonenin aleyhine olacak şekilde değiştirilmemesine dair yükümlülük açısından genel işlem koşulunun EHSİTHY m. 10 kapsamında sözleşmeden doğan haklar ile yükümlülüklerin tüketicinin aleyhine olacak bir biçimde dengesizlik teşkil edip etmediğinin tespiti amacıyla içerik denetimi bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir. EHSİTHY ekinde ele alınan, örnekleme yoluyla ve yol gösterici mahiyette olması için belirtilmiş haksız şarta ilişkin liste çerçevesinde, listede yer alan haksız şartlar ile aynı doğrultuda görülebilecek veya bu haksız şartlar kapsamda değerlendirilebilecek bir sözleşme hükmü ile karşılaştırılması söz konusu olabilir. Burada listede belirtilen haksız şartların tahdidi bir biçimde ele alınmamış olması nedeniyle ilk olarak dikkat edilmesi gereken sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülükler bakımından dengesizliğe yol açıp açmadığıdır. Eğer ilgili düzenleme bu anlamda bir dengesizlik içeriyorsa haksız şart kapsamında değerlendirilmelidir.

2.1.12. Eksik ve Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk

Ayıplı hizmetten kaynaklı sorumluluk, sağlanan hizmetle alakalı olarak sağlayıcının sözleşmenin karşı tarafına bildirdiği niteliklerin (ki bu niteliklerin reklam veya ilan yolu ile bildirilmesi de mümkündür) veya dürüstlük kuralı çerçevesinde sağlanan hizmete ilişkin beklenen niteliklerin bulunmamasından dolayı sağlayıcının sorumluluğunun ortaya çıkmasıdır²¹². Ayıplı hizmete ilişkin TKHK m. 14/f. 1’de sağlayıcının sözleşmeye konu hizmeti, sözleşmeye uygun bir biçimde ifada bulunması gerektiği açık olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sözleşmeye uygun bir biçimde ifanın yapılması gerektiğini vurgulama amacı ile düzenlendiği belirtilmiştir²¹³. Ancak, bu düzenlemeyi gereksiz bularak sözleşmeye uygun bir ifanın her borç ilişkisinde zaten beklenmekte olduğu, dolayısıyla ifanın sözleşmeye aykırılık taşıması halinin zaten ayıplı hizmetten doğan sorumluluk kapsamına gireceği de belirtilmiştir²¹⁴. Ayıptan doğan sorumlulukta kötü bir ifa yani edimin gerektiği şekilde yerine getirilememesi söz konusudur²¹⁵. Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından ise, sözleşmesinin konusunun elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması olduğundan bu çerçevede sunulan ayıplı hizmetin ele alınması gerekmektedir.

Elektronik haberleşme sektörüne ilişkin hizmetlerde esas olarak EHK çerçevesinde ele alınmakta olup, Kanun’da ve buna bağlı olarak düzenlenen ikincil mevzuatta ayıplı hizmete dair herhangi bir düzenleme yoluna gidilmemiştir. Bu nedenle işletmecinin sağlama borcu altında olduğu hizmetin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, karşısında yer alan taraf tüketici değil ise, yani adi bir borç ilişkisi söz konusu ise bu durumda ilk olarak

11) Taahhütsüz abonelik sözleşmelerine son verme isteklerinden dolayı cezai şart veya cayma bedeli ve benzeri isimler altında bedel uygulanacağına dair kayıtlar,

12) İşletmeciye, ifa edilen hizmetin abonelik sözleşmesi şartlarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren kayıtlar,

13) İşletmecinin, yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin kayıtlar,

14) Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle de hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yükleyen kayıtlar.”

²¹² Çabri, s. 297-298; Aslan, s.112.

²¹³ Gümüş, Şerh, s. 135.

²¹⁴ Çabri, s. 298.

²¹⁵ Aslan, s. 112.

başvurulması gereken TBK'nın genel hükümleridir. Bu husus ile ilgili bir düzenleme yer almadığından dolayı, kanaatimizce taşınır satışı ile ilgili olarak TBK m. 219 ile beraberinde yer alan düzenlemelerin uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye uygulanması yerinde olacaktır. Sözleşmenin tarafı olan abone aynı zamanda tüketici sıfatına sahipse burada TKHK'da bulunan düzenlemeler gündeme gelecektir.

Ayıplı hizmete ilişkin olarak TKHK m. 13/f. 1 şu şekilde ele alınmıştır:

“(1) Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.”

Burada ayıplı hizmetin esasen üç durumda meydana gelebileceği ele alınmıştır. Her ne kadar cümle yapısından, hizmetin tarafların önceden kararlaştırılmış olduğu ve objektif biçimde taşınması gereken nitelikleri içermemesi şeklinde tek bir husus düzenlenmiş gibi anlaşılmakta ise de, burada bu hususlardan birinin meydana gelmesi hizmeti ayıplı hale sokacaktır. Bu nedenle bu düzenleme ayıplı hizmeti meydana getirecek hususların tamamının “veya” bağlacını içerek şekilde değişiklikte bulunulması isabetli olacaktır. Çünkü sağlanacak olan hizmetin objektif olarak içermesi gereken niteliklere sahip olmaması durumunda bunun ayrıca sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılmış olmasını aramak, abonenin mağduriyetine yol açacak ve hizmete dair tüm objektif hususların taraflar bakımından kararlaştırılmış olması gerektiği sonucunu doğuracaktır²¹⁶. Madde'nin devamında ise somutlaştırma yapılarak, internet aracılığı ile ya da reklam veya ilan yoluyla bildirmiş olduğu hizmetin içeriğine dair özellikler ya da tüketicinin makul olarak faydalanmayı umduğu yararları ortadan kaldıran maddi, hukuki veya iktisadi eksikler taşınması durumunda hizmetin ayıplı olarak değerlendirileceği belirtilmiştir²¹⁷.

EHSİTHY m. 7/f. 1 (e)'de işletmecinin sözleşmede bulunmasını sağlamakla yükümlü olduğu hususlardan hizmet kapsamında bağlantının ilk gerçekleştirileceği zaman yer almaktadır. Bu durumda hizmetin öngörülen süre içinde başlamaması sebebiyle ayıplı hizmet gündeme gelecektir. Fakat bu durumla ilgili öğretide, işletmecinin borcunu gereği gibi ifa etmemesi yerine borcunun ifasında hiç bulunmaması bu nedenle de temerrüde düştüğünün kabulü gerekmekte olup, ayıplı hizmete ilişkin sorumluluk değil, TBK m. 126 kapsamında borçlu temerrüdüne ilişkin sorumluluğun gündeme gelmesi gerektiği ifade edilmektedir²¹⁸. TKHK m. 14/f. 2'de ise hizmetin özelliğine ilişkin olarak bildirim yapılan reklamlara dair kurtuluş kanıtı sunulurken ayıplı hizmet kapsamında sorumluluğun önüne geçilebilmesine imkan sağlanmış olup, reklamlarla duyurulan açıklamalardan haberdar olunmadığı ve bunun kendisinden beklenemeyeceği ya da açıklamaya ilişkin içeriğin sözleşmenin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olması veya sözleşmenin kurulmasına dair kararın duyurulan açıklamayla arasında illiyet bağı mevcut olmadığı durumda, reklam yoluyla yapılan açıklamadaki içerikle bağlı olunmayacağı düzenlenmiştir²¹⁹.

TKHK m. 15'te ise ayıplı hizmete dair tüketiciye tanınmış olan seçimlik haklar ele alınmıştır. Kanun burada tüketiciye bir takım seçimlik haklar sunduğu ve tüketicinin bunlardan dilediğini kullanabileceği görülmektedir. Elektronik haberleşme abonelik

²¹⁶ Çabri, s. 288.

²¹⁷ Maddi ayıp, hukuki ayıp ve ekonomik ayıp türleri için bkz. Aslan, s. 109 vd; Eren, s. 134 vd.

²¹⁸ Çabri, s. 289.

²¹⁹ Çabri, s. 292.

sözleşmelerinde sunulan temel borcun elektronik haberleşme hizmeti olmasından dolayı Kanun'da belirtilen hizmetin yeniden görülmesi ve ortaya çıkan eserin hizmetin yeniden görülmesi talebi mümkün olmayacaktır. Çünkü söz konusu hizmetin sağlanması sürekli bir borç olarak işletmeciye ait olup, geçmişte sunulan hizmete dair olarak gerçekleşmiş ve bitmiş olduğundan dolayı hizmetin yeniden görülmesi mümkün olmamaktadır. Hizmet borcu o anda sağlanmış ve gerekli niteliklerde gerçekleşmiş ya da gerçekleşmemiştir. Ücretsiz onarıma ilişkin olarak ise ayıplı hizmetin sunumu, ifanın tamamlanmış olması sebebiyle artık bu temin edilmiş ayıplı hizmete dair ücretsiz bir şekilde onarımın gerçekleştirilmesi fiilen mümkün olmadığından dolayı tüketicinin elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde esasen bu iki seçimlik hakkı kullanması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle tüketici ayıp oranı ile sınırlı olmak üzere bedelden indirim yahut dönme hakkından birini kullanabilecektir.

Sözleşmeden dönme hakkı açısından, fesih yerine dönme hakkının düzenlenmesi, geriye doğru olacak şekilde ayıplı hizmete dair ücret ödenmemesi amacı ile yapıldığı fark edilmektedir. Bu durumda söz konusu hizmetin sadece belirli bir müddet zarfında gereği gibi sunulmamasının sonucunda o güne kadar ki ödenmiş olan tüm ücretin iadesine ilişkin bir talep hakkının tüketiciye tanınması hakkaniyet çerçevesinden uzak olmakla beraber işletmeci aleyhine aşırı bir orantısızlık da oluşturacağı söylenebilir²²⁰. Burada, kanunda dönme şeklinde belirtilen hakkın fesih şeklinde anlaşılması ve buna bağlı olarak sözleşmenin sadece ileriye dönük olacak bir biçimde feshinin kabulüne ilişkin görüş bulunmaktadır²²¹. Fakat bu halde de kanunda seçimlik haklardan ancak birinin kullanılabileceği ele alındığından dolayı, tüketici ayıplı hizmet sunulduğu döneme dair indirim talebine bulunması söz konusu olmayacak ve tüketicinin uğradığı zararı tazmin talebinde bulunması gerekecek olup, uğranılan zararın ispatına dair güçlükten kaynaklı olarak bu çözüme ilişkin metodun uygulanmasında kolaylık içermeyeceği gözlemlenmektedir²²².

Öğretideki bir başka görüş açısından ise, tüketiciye ait dönme hakkı, sadece hizmetin ayıplı olarak geriye dönük bir biçimde sunulduğu dönemi içerecektir. Bu görüşün kanunda öngörülen amaç doğrultusunda bulunduğu gözlenirse de Türk hukukundaki fesih ve dönme haklarına ilişkin olarak, bunlardan birine girmemekte olup, kendine özgü yapıda bir hak ortaya koyması sebebiyle eleştirilmektedir²²³.

Son olarak öğretilde yer alan ve bizimde katıldığımız bir diğer görüşte ise, kanunun tüketiciye sunduğu hakların seçimlik olması ve yalnızca birinin kullanımı öngörülmesine karşın, tüketici tarafından ileriye dönük bir biçimde fesih talebi ile birlikte ayıplı hizmetin sağlandığı döneme ilişkin olarak ücret indirimi talebinde bulunabileceğinin kabulünden bahsedilmektedir²²⁴. Çünkü abone tarafından sadece belirli bir dönem zarfında ayıplı olarak sağlanan hizmet neticesinde sözleşmenin akdedilmesinden bu yana ödenmiş olan tüm ücretlerin geri verilmesi adalet bakımından ters düşen bir sonuca neden olacaktır.

²²⁰ İncoğlu, Murat, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler – Tartışmalar, İstanbul 2015, s. 213.

²²¹ İncoğlu, s. 193.

²²² Gümüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 140.

²²³ İncoğlu, s. 214.

²²⁴ İncoğlu, s. 215.

TKHK m. 15'in devamı fıkralarında ise tüketicinin kullanma imkânına sahip olduğu seçimlik haklara ilişkin olarak detaylara değinilmiş ve bu kapsamda çeşitli hallerde tüketicinin onarım veya ayıbın giderilmesine ilişkin olarak hakkını kullanamayacağı durumlar ile kullanmış olduğu zaman giderilmesine ilişkin süre ve dönme, bedel indirimine ilişkin iade ele alınmıştır.

Zamanaşımına ilişkin olarak TKHK m. 16/f. 1 ayıplı hizmetten kaynaklı sorumlulukta kural olarak iki yıllık zamanaşımı öngörmüştür. Bu sürenin sözleşme ile iki yılın üzerinde belirlenmesi de mümkündür.

Bu hüküm kapsamında sağlanan hizmetin süreklilik arz eden bir biçimde olması ve bu sunumun iki yılı aşan bir süre ile gerçekleştirilmiş olmasının imkan dahilinde olması sebebiyle, hizmetin ayıplı bir şekilde sağlanmasının devamı süresince tüketici tarafından seçimlik hakların kullanımı mümkün olduğu savunulmaktadır²²⁵. Bu doğrultuda iki yıllık sürenin başlangıcı ise hizmet sağlanmasının sona ermesi ya da hizmetin ayıplı bir şekilde sağlanmasının sona ermesinin bitmesiyle bu tarihten itibaren iki yıllık süre işlemeye başlayacaktır²²⁶.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise zamanaşımının uygulanmayacağı haller olarak ağır kusur veya hile ile ayıbın gizlenmesi halleri düzenlenmiştir.

Bu fıkra da uygulanmayacağı öngörülen zamanaşımına dair hükümler bakımından ise madde 16 kapsamındaki ele alınan zamanaşımı hükümleri olduğu kabul edilerek, bunun yerine uygulanacak hüküm açısından TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımının esas alınması gerekmektedir²²⁷.

2.2. İşletmecinin Hakları

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde taraf olan işletmecinin çeşitli hakları yer almaktadır. Burada işletmecinin en temel hakkı sunulan elektronik haberleşme hizmeti karşılığında elde ettiği ücret alacağıdır. Abone tarafından ücret ödeme borcu yerine getirilmezse işletmeci tarafından aynen ifanın talep ve dava edilebilmesi mümkündür. Burada mahkemeden aynen ifa kararı ile birlikte ilamlı icra yoluna gidilebilecek veya aynen ifa kararı alınmaksızın da ilamsız icra yoluna başvurulması mümkündür.

Abonelik sözleşmelerinden kaynaklı alacaklarda ise bir takım koşulların gerçekleşmesi durumunda 7155 sayılı Kanun çerçevesinde ele alınan ilamsız icra yoluna başvurulması gerekmektedir.

7155 sayılı Kanun m. 2'de bu yola TKHK ve diğer mevzuatta öngörülen abonelik sözleşmeleri çerçevesinde tüketiciye sunulan ve bedeli faturaya yansıtılmış mal veya hizmete dair avukatla takibi yapılan para alacaklarına dair icra takiplerini kapsayacağı belirtilmiştir. Yani, bu yola sözleşmenin bir tarafının tüketici olduğu ve faturaya yansıtılmış olan mal ya da hizmete dair olarak başvurulabilecek olup, sözleşmeye taraf olan kimsenin tüketici sıfatını taşımadığı veya tüketiciye yöneltilmeyen alacağa dair olarak 7155 sayılı Kanun kapsamında icra takipleri yapılması mümkün değildir. 7155 sayılı Kanun madde

²²⁵ Inceoğlu s. 219.

²²⁶ Inceoğlu, s. 219.

²²⁷ Gümüş, Şerh, s. 149; Inceoğlu, s. 219.

2/f. 2’de ise bu Kanun çerçevesinde takip yoluna başvurulması zorunlu olduğu, aksi halde icra dairesi tarafından takip talebi reddedileceği belirtilmiştir.

İşletmeci tarafından, abonenin ücret ödeme borcunda temerrüde düşmesi durumunda ise TBK m. 126’ya göre sözleşmeyi feshetmesi mümkün olacaktır²²⁸.

2.3. Abonenin Borçları

2.3.1. Bedel Ödeme Borcu

Abonenin en temel borcu sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmete ilişkin yararlanmas karşılığında ödemekle yükümlü olduğu bedel, abonelik ücreti olarak karşımıza çıkmaktadır.

Aboneye ait borcun faturalı sistemden yararlanılması durumunda faturalandırma döneminin ardından yansıtılan ücretin ödenmesi ile tahsilat gerçekleşmiş olurken, ön ödemeli sistemden yararlanılması durumunda ise abone tarafından kullanılan hizmet bedeli ve sair ücretin kayıtlı bulunan hesabındaki yüklü miktardan düşülmesi şeklinde kullanımın gerçekleşmesinin sonrasında tahsilatı yapılmaktadır.

2.3.1.1. Ücret Tespiti

Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeye ilişkin hükümlerin taraflarca müzakerede bulunularak belirlenmesini ifade etmektedir²²⁹. Ücretin tespiti ile ilgili olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olup, taraflar TBK m. 28’de yer alan aşırı yararlanmaya ilişkin hükümleri dikkate alarak ve emredici hukuk kurallarını da gözeterek serbest bir şekilde belirleyebileceklerdir²³⁰. Fakat günlük hayatta alışverişe dair sözleşmelerde çoğunlukla sözleşmenin bir tarafı hükümleri önceden ele almış olup, sözleşmenin karşı tarafında ise yalnızca sözleşmeyi yapıp yapmamaya ilişkin bir serbesti kalmaktadır²³¹.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri genel işlem şartlarını taşıyan standart sözleşmeler olarak kurulmakta olup, standart sözleşmelerde işletmeci, genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi karşı tarafa kabul ettirmekte ve genel işlem koşulları ile sözleşmenin esaslı bir edimi olan ücretin de bireysel olarak yapılacak bir anlaşmaya dayanmaksızın tarifelerle tespiti gerçekleştirilmektedir²³².

Tarife EHK m. 3/f. 1 (nn)’de şu şekilde tanımlanmıştır:

“İşletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetveli ifade eder.”

Aboneler tarafından ödenecek olan ücret tarifelerle doğrudan ilişki içerisinde olup, sözleşmenin kurulması aşamasında işletmeci tarafından sunulan tarifelerden birinin seçilmesinin ardından bu çerçevede seçilen tarife esas alınarak ücret borcu ortaya çıkmaktadır. Abonenin sunulan tarifelerden herhangi birini seçmemiş olması durumunda ise standart tarife üzerinden ücretlendirme işlemi gerçekleştirilecektir.

²²⁸ Bkz. “3.3.4. Temerrüt Hali” başlığı.

²²⁹ Oğuzman / Öz, s. 26.

²³⁰ Yıldız, s. 95.

²³¹ Oğuzman / Öz, s. 26.

²³² Yıldız, s. 96 dn. 33; Çetiner, s. 73; Havutçu, s. 5.

EHK m. 6/f. 1 (g) ve (j)'de BTK'nın görevleri arasında tarifelerle ilgili gerekli olan düzenleme ve denetleme faaliyetlerini gerçekleştirmek ve tarifelerin onaylanması ile denetimine dair düzenlemede bulunmak ele alınmıştır.

BTK'nın çıkardığı Tarifeler Yönetmeliği çerçevesinde tarifelerin düzenlenmesi, incelenmesi ve izlenmesine ilişkin usul ve esasların ele alınmış olup m. 9'da öngörülen tarifelere hem alt hem de üst sınır öngörmeye yetkili olduğu ele alınmıştır²³³.

Buna göre, işletmeci tarafından sağlanan elektronik haberleşme hizmetinin karşılığında aboneden talep edilen ücrete dair BTK tarafından yayınlanan azami tarife çizelgesi esas alınmaktadır²³⁴. Abone ise bu tarifelerin içinden kendisine en uygun olanı serbestçe takdir etmektedir. Yani, işletmecilerin sağladığı elektronik haberleşme hizmeti karşılığında abonenin ödeyeceği ücretin belirlenmesi aşamasında işletmecilerin mutlak olarak bir serbestliği bulunmamaktadır. Burada EHK ve buna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikler çerçevesinde, işletmecilerin tarifeleri belirlerken uymakla yükümlü olduğu esaslar belirlenmiştir.

EHK'nın tarifeler başlıklı ikinci bölümünde madde 13'te tarifelerin düzenlenmesi ve madde 14'te ve aynı doğrultuda düzenlenmiş olan TY m. 5'te ise tarifelerin düzenlenmesine ilişkin ilkeler ele alınmıştır. Tarifelere ilişkin ilkelerde Kanun BTK tarafından ilkeleri göz önünde bulundurarak düzenlemeye gidileceğini öngörmüş olmakla beraber, BTK'nın ilkeleri baz alarak yapacağı değerlendirme ortaya çıkacağından bu noktada tarifeleri düzenleyen işletmecilerin de bu ilkeleri göz önüne alarak düzenleme yapması gerekmektedir²³⁵. Buna göre m. 13/f. 1'de tarifenin içeriğine girebilecek ücret kalemlerinin abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti ile hat kirası gibi değişik çeşitte olabileceği ele alınmıştır. Ayrıca 2. fıkrada etkin piyasa gücüne sahip olması durumunda tarife onayı ve denetimi de dahil olmak üzere fiyat sıkılaştırmasına karşı ve rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesine kadar pek çok husus hakkında BTK tarafından usul ve esasların belirleneceği düzenlenmiştir²³⁶. Kanun böylelikle elektronik haberleşme sektörünün rekabet ortamını koruyarak faaliyetlerin gerçekleşmesini öngörmüş ve rekabet gücü sektördeki diğer işletmecilerle kıyaslandığında daha az olan işletmecilerin, sektörde tutunabilmelerini ve ayakta kalmalarını sağlamak ile etkin piyasa gücüne sahip olan işletmecilerle bu işletmecileri ayırarak, bir kısım ek yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu çerçevede ele alınan yükümlülükler BTK tarafından çıkarılan Pazar Analizi Yönetmeliği kapsamında düzenlenmiştir²³⁷. Ayrıca madde 10/f. 2'de²³⁸ ele alınmıştır. Bu çerçevede

²³³ Tarifeler Yönetmeliği, RG: 12.11.2009 S: 27404.

²³⁴ Örneğin, BTK tarafından yayınlanan 01.10.2020 tarihli mobil elektronik haberleşme hizmetleri azami ücret tarifesi için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/mobil-elektronik-haberlesme-hizmetlerine-iliskin-son-kullanici-tarifeleri/mobil-elektronik-haberlesme-hizmetleri-azami-ucret-tarifesi-2020-10.pdf>) E.T: 25 Ocak 2021.

²³⁵ Yıldız, s. 100.

²³⁶ Etkin piyasa gücü EHK m. 3/f. 1 (r)'de: “İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkan sağlayan ekonomik gücü” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. EHK'da etkin piyasa gücü olarak ele alınan kavram RKHK m. 3'te “hakim durum” olarak ele alınmıştır. Kanunda hakim durum: “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü,” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Yıldız, s. 96 dn. 35.

²³⁷ Pazar Analizi Yönetmeliği, RG: 27.11.2012 S: 28480.

²³⁸ “(2) Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere, ilgili mevzuattaki hükümler saklı kalmak üzere, aşağıda yer alan yükümlülüklerden birini, birkaçını veya tamamını getirir: a) Erişim ve/veya

öngörülen yükümlülüklerin bir veya bir kaçının BTK tarafından getirilebileceği öngörülmüştür.

Tarifeler için öngörülen eşitlik, ayırım gözetilmemesi, şeffaflığın sağlanması ve açıklık ilkeleri kapsamında maliyet esaslı olarak tespit edilmesi elektronik haberleşme hizmetinden yararlanacak olanların çıkarlarının gözetilmesi açısından büyük önem arz etmekte olup, burada öngörülen düzenlemelerin tümünde güdülen amaç tüketici menfaatinin gözetilerek serbest piyasaya ilişkin rekabetin gerçekleştirilmesidir²³⁹. Tarifelerin maliyet esaslı olarak belirlenmemesi durumunda ise elektronik haberleşmenin yüksek gider kalemleri içeren bir sektör olarak ortaya çıkabileceği ve bundan kaynaklı olarak da tamamen kısıtlanması ya da ortandan kalkması sonucuyla karşılaşılabilmesi mümkündür²⁴⁰. Bu nedenle elektronik haberleşme sektöründe işletmeciler tarifelerini eşit ve serbest olarak tespit etmeli ve maliyet ile makul düzeydeki kar hesabına göre yansıtılması şeklinde gerçekleştirilmesi yerinde olacak olup, böyle bir yaklaşım tüketicinin menfaatinin korunmasıyla beraber haberleşme özgürlüğünün temin edilmesi açısından da büyük önem taşımaktadır²⁴¹.

Kanaatimizce mevzuatta öngörülen düzenlemeler yerinde olarak yapılmıştır. Çünkü elektronik haberleşme sektöründe sınırlı sayıda işletmeci yer almakta olup, bu sektöre daha eski tarihli olarak girmiş olan ve uzun süredir faaliyet gerçekleştiren işletmeciler, daha yeni tarihli bir şekilde sektörde faaliyette bulunmaya başlayanlara nazaran daha avantajlı konumda yer almaktadırlar. Burada taraflar arasında rekabet ortamının oluşması ve rekabetin hakkaniyetli bir şekilde tesis edilerek sektöre yeni katılabilecek işletmecileri de olumsuz etkilerden koruyan ve önlerini açmaya yönelik bir amaç güdülmektedir. Uzun süredir sektörde faaliyet göstermekte olan işletmecilerin, yeni olarak sektörde faaliyete başlayan işletmecilere gerek altyapı kullandırma olarak gerekse ekipman yararlandırılması ücret karşılığında sağlanacak olup, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ilişkin bu hususta öngörülen sözleşme akdedilmesine yönelik zorunluluklar işletmecinin cezalandırılmasına ilişkin bir müeyyide olarak görülmeyecek ve sözleşme yapma özgürlüğüne esasen aykırı olmayan bir sonuç meydana getirmektedir. Bu durum elektronik haberleşme altyapı yatırımlarının çok yüksek meblağları içermesi sebebiyle yeni işletmecilerin piyasaya girmesinde kolaylık sağlama amacı gütmektedir. Buna bağlı olarak da farklı işletmeciler tarafından maliyeti yüksek olan bu yatırımların tekrar tekrar yapılması önlenerek ülke kaynaklarının da bu şekilde verimli kullanılmasına katkıda bulunduğu ayrıca sektörde rekabet eden işletmeci sayısının fazlalaşarak oluşan rekabet ortamı ile tüketicinin lehine bir tablo ortaya çıkmasına yol açtığı söylenebilecektir.

BTK tarafından etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin ortaya koyacakları tarifelerle ilgili olarak bir takım düzenlemelere tabi tutulmasına dair belirli yetkiler tanınmıştır. TY m. 6'da bu çerçevede düzenlemeye gidilmiş ve m. 7'de ise tarife düzenlemelerine ilişkin esaslar ele alınmıştır. Etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler bakımından uyulması yükümlü olan ilk husus TY m. 8'de ele alınmış olan bildirim usulüdür. Bildirim usulünde etkin piyasa gücüne

arabağlantı sağlama, b) Şeffaflık, c) Ayırım gözetmeme, ç) Referans erişim ve/veya arabağlantı tekliflerinin yayımlanması, d) Hesap ayırımı, e) Tarife kontrolüne tabi olma, f) Maliyet muhasebesi, g) Asgari kiralık hat gurubu hizmetini sunma, ğ) Ortak yerleşim ve h) Tesis paylaşımı."

²³⁹ Altaş, Hüseyin, Tüketici Haklarının Korunması Açısından Telekomünikasyon Sektöründe Tarife Rejimi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan 1. Cilt, Ankara 2010, s. 221.

²⁴⁰ Altaş, Tarife Rejimi, s. 221.

²⁴¹ Altaş, Tarife Rejimi, s. 221.

sahip işletmecilerin çıkardığı tarifelerin yürürlüğe girmeden önceki on beş güne kadar, tarifelerde yapılması söz konusu olan değişiklikler bakımından ise bu değişikliğin, tarifenin yürürlüğe girmesinden önceki yedi güne kadar BTK'ya bildirilmesi öngörülmüştür. BTK tarafından yürürlüğe giren bütün bir tarife ya da öngörülen değişikliklere ise bu kapsamdaki yapılan düzenlemeler, bunlara ilişkin ilkeler ve uygulama esasları bakımından denetim gerçekleştirilecektir.

BTK tarafından TY m. 10'da öngörüldüğü şekilde maliyet esasına göre de tarifeyi onaylaması mümkün olup TY m. 11'de belirtilen bilgi ve belgelerin işletmeci tarafından sunulması gerekmektedir. Tavan fiyatı kapsamında onaylamaya ise TY m. 12'de değinilmiş ve tarifeleri tavan fiyat kapsamında değerlendirilecek olan işletmecilerin TY m. 13'te yer alan bilgi ve belgeleri BTK'ya ibraz edeceği düzenlenmiştir.

Son olarak, TY m. 14'te belirtildiği üzere inceleme ve onaylama süreçlerinin ardından tarifelerin kamuoyuna duyurulmasının ardından yürürlüğe girmesi mümkün olmakta ve BTK tarafından tarifelerin duyurulması konusunda bununla bir takım hususlar da getirilmiştir.

Bu düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olmakta ve bu sebeple emredici nitelik taşımakta olup, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yapılacak emredici hükümlere aykırı şekilde düzenleme gerçekleştirilmesi halinde bu düzenlemelerin TBK m.26 ve 27 çerçevesinde kesin hükümsüz sayılması söz konusu olacaktır. Buna ek olarak TY m. 15 çerçevesinde BTK tarafından resen veya şikâyet üzerine tüketicinin korunması ve rekabetin tesisi amacıyla tarifeler üzerinde denetim sağlayabilmesine ilişkin işletmecilerden istenilen belgeleri temin edebilir.

Tarifelerin BTK tarafında yürütülen inceleme izleme neticesinde alabileceği TY kapsamındaki tedbirler m. 15/f. 2'de tarifenin düzeltilmesinin temini, geçici olarak uygulamayı durdurma veya yürürlükten kaldırma olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca işletmecilerin bu düzenlemelere dair ihlal edici uygulama veya davranışların tespit edilmesi durumunda BTKİYY m. 11 kapsamında ihlal edilen yükümlülükler göre ayırım yapılarak aykırılığın türüne göre farklı idari para cezaları uygulanması söz konusu olabilecektir.

2.3.1.2. Ücret Kapsamı ve Miktarı

EHK'da tarifelerin düzenlenmesine dair m. 13/f. 1 kapsamında abonenin işletmeci tarafından sağlanan elektronik haberleşme hizmetinin karşılığı olarak ödeyeceği ücrete ilişkin, tarife kapsamında ücret kalemlerini şu şekilde sıralamaktadır:

“Tarife; abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti, hat kirası ve benzeri değişik ücret kalemlerinden birisi veya birkaçı olarak tespit edilebilir.”

Abone tarafından elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan ücretin ödenmesine dair borç bir para borcu olarak ortaya çıkmakta olup, esasen ödeme yöntemlerinden abonenin yaptığı tercihe göre ön ödemeli olarak ya da sonradan ödemeli şekilde gerçekleştirilmesi mümkündür. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin konusu para borcu olması sebebiyle bu borcun Ülke parası ile ödenmesi TBK m. 99 gereğince gerekmektedir. Aboneye yansıtılan dönem faturasına ilişkin tutardan, işletmeci tarafından sağlanan elektronik haberleşme hizmetinden yararlanılması sonucu tahsil edilen ve takip eden fatura tutarından mahsup edilecek olan tutar olan ara ödeme

tutarı ile eğer varsa, düzeltmeye dair tutarların çıkarılmasının ardından kalan sonuç miktar olan faturaya ilişkin tutarı ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁴².

Abone tarafından ödemekle yükümlü olunan ücret sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olan tarifeye göre bir takım farklılıklar içermekte olup bu çerçevede ücretin sınıflandırılmasında götürü ücret, zaman ve miktara göre ücret veya sabit ücret olacak şekilde ayrıştırılması söz konusudur²⁴³.

2.3.1.2.1. Götürü Ücret

İşletmecinin elektronik haberleşme abonelik sözleşmesiyle sağlama borcu altına girdiği hizmetler ve bu kapsamdaki bütün işler karşılığında abone tarafından tarife kapsamında belirlenen bedelin ödenmesi götürü ücreti taşıyan tarifenin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır²⁴⁴. Götürü ücret kapsamında belirlenmesinde, abonenin taraflarca sözleşmede kararlaştırılan tutarın altında veya üzerinde bir ücretle karşılaşmadan tam olarak tarife kapsamındaki ücretle karşılaşması söz konusu olmakta olup, fakat tarifeden yararlanılacak hizmete dair örneğin süre açısından (*her yöne 1000 dakika*) veya veri kullanımı bakımından (*2 GB kotalı*) şeklinde sınırlamalar içeren uygulamalar gözlemlenmektedir²⁴⁵. Abonenin tarifede öngörülmüş olan süre veya veri kullanım miktarına ilişkin kotaların aşılması durumunda, aşılacak kısım bakımından kullanılan süre ya da elektronik veri kullanımı açısından yapılan ücretlendirmeye göre bu miktarı ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu şekilde gerçekleştirilecek kullanım miktarı sınırlı olan hizmetlere ilişkin, kullanımın öngörülen miktarlar yaklaşması veya tamamlaması durumunun işletmeci tarafından aboneye bildirimde bulunulması zorunludur. Bu husus EHSİTHY m 17/f. 5'te işletmecilere kullanım miktarı sınırlı hizmetler bakımından bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde BTK tarafından yükümlülük getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda BTK'nın çıkardığı Kurul Kararı ile düzenlemeye gidilmiştir²⁴⁶. Bu doğrultuda kullanım miktarı sınırlı hizmetlere ilişkin uygulanacak usul ve esaslar ele alınmış olup, m. 5'te bu konu ile alakalı işletmecilere kullanım limitinin %80 ve %100 doldurulması durumunda bilgilendirme yapılacağı belirtilmiştir²⁴⁷. Ayrıca, kalan kullanım miktarları ile aşan kısım ile uygulanacak birim ücretler hususunda bilgilendirme yapılacağı düzenlenmiştir. Usul ve

²⁴² Öktem Çevik, s. 61.

²⁴³ Yıldız, s. 103 vd.

²⁴⁴ Yıldız, s. 103.

²⁴⁵ Yıldız, s. 103.

²⁴⁶ Kullanım Miktarı Sınırlı Hizmetler ile Fatura Üst Sınır Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar, KT: 10.08.2016, KN: 2016/DK-THD/363.

²⁴⁷ "(1) İşletmeciler, yurt içindeki kullanım miktarı sınırlı hizmetler ile asgari olarak uluslararası veri dolaşımı kapsamındaki kullanım miktarı sınırlı hizmetlerde kullanım limitinin %80'ine ve %100'üne ulaşılması halinde abonelerini bilgilendirir.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasında kullanım limitinin %80'ine ve %100'üne ulaşılması durumunda yapılan abone bilgilendirmeleri;

a) Güncellik bilgisini,

b) Kalan veya kullanılan miktar bilgisini,

c) Hizmetin özelliği gereği (şebeke dışı, sabit/mobil hat ve şebeke içi gibi) ayrıştırılmış dakikaların/kullanımların olması halinde her bir kırılım için kalan veya kullanılan miktar bilgisini,

ç) Kullanım limitinin %100'ünün aşılması halinde varsa; uygulanacak birim ücretleri, ücret bilgisinin verilememesi durumunda ise paket aşım ücreti uygulanacağı bilgisini içerir.

(3) Kullanım miktarı sınırlı hizmetler kapsamında kullanılan veya kalan miktarların, işletmecilerin internet sayfaları üzerinden ücretsiz sorgulanması imkânı sağlanır. GSM/IMT- 2000/UMTS/IMT hizmeti sunan işletmeciler aynı imkânı ücretsiz olarak kısa mesaj yöntemi ile de sağlar. Sorgulama sonucunda abonelere yapılan bilgilendirmelerde, bu maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki bilgilere yer verilir."

esaslarda işletmecilerin yapacağı bu bilgilendirmelere ilişkin m. 8/f. 3’de detaylı düzenlemelere gidilmiştir²⁴⁸. Burada söz konusu bilgilendirmenin esasen kısa mesaj yoluyla ve ücretsiz olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, ancak bir takım şartlar dâhilinde mobil telefon ile sabit telefon, kablo TV ve internet servis sağlayıcılığına ilişkin hizmetler bakımından bu bilgilendirmenin elektronik posta ve yanıtla sistemleri ile de bildirimde bulunulabileceği ele alınmıştır.

2.3.1.2.2. Zaman ve Miktarla Göre Belirlenen Ücret

Zaman ve miktar bakımından tespit edilen ücret kapsamında tarife belirlenirken zamana ve miktara göre tespiti yapılan ücret veya kullanım ücretinin yanında sabit ücret ve abonman ücretinin de eklenmesiyle toplam bedel çıkarılmaktadır²⁴⁹. Ayrıca tarife kapsamında zaman esas tutularak belirlenen ücrete ilişkin “dakika” veya “saniye” temel alınarak hesaplama yapılabilecek olup, EHSİTHY m. 21/f. 2 vd.’da faturalarda konuşmalara ilişkin süre ve ücretler ile veri aktarım boyutlarının süresi ve ücretlerinin yer alması zorunluluğu getirilmiştir²⁵⁰.

Faturasız hatlar olarak da bilinen ön ödemeli (pre-paid) sistemde ise ücretin belirlenmesi aşamasında konuşma süresi ile veri aktarım miktarı esas alınarak yapılmakta olup, buradaki temel husus olan durum ise işletmeci tarafından sağlanan hizmete ilişkin bedel ödemesi, işletmeci tarafından hizmetin sunulmasından önce gerçekleştirilecektir²⁵¹. Bu şekilde tarifede yer alan miktarlar çerçevesinde yapılan ücret ödemesiyle işletmecinin sunduğu elektronik haberleşme hizmetinden yararlanılması mümkündür. Bu sistem bakımından da hizmete dair bedel, saniye ya da dakika temel alınarak kullanılan süre veya miktar çerçevesinde gerçekleştirilecek olmaktadır. Yani bu husus ile götürü ücretten bir farklılık taşımakta iken, bedel ödemesinin kullanımdan önce gerçekleşmesi sebebiyle ise faturalı hatlar ile arasında ayrılık gözlemlenmektedir²⁵². Ayrıca ön ödemeli sisteme ilişkin mobil telefon hizmeti sağlayan işletmeciler bakımından ise EHSİTHY m. 19/f. 5’te kullanım

²⁴⁸ “(3) Bu Usul ve Esasların 5 inci maddesinin birinci fıkrası, 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası ve 7 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince abonelere yapılacak bilgilendirmeler ücretsiz olarak ve kısa mesaj ile gerçekleştirilir. Ancak aşağıda belirtilen hallerde aboneler işletmeciler tarafından uyarı görseli, e-posta, akıllı çubuk, sesli yanıt sistemi gibi yöntemlerle etkin bir şekilde bilgilendirilir;

a) Sabit Telefon, Uydu ve Kablo TV, İnternet Servis Sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerde abonelerinin kısa mesaj alabileceği herhangi bir mobil telefon numarasının kayıtlı olmaması,
b) GSM/İMT-2000/UMTS/İMT hizmeti sunan işletmecilerde abonelerinin kısa mesaj alabileceği herhangi bir mobil telefon numarasının kayıtlı olmaması, abone cihazının kısa mesaj alımına kapalı olması veya cihazın niteliği gereği kısa mesaj ile bilgilendirme yapılmasının mümkün olmaması.”

²⁴⁹ Yıldız, s. 104.

²⁵⁰ “(2) Ayrıntılı faturalarda ise, yukarıdaki hususlarla birlikte asgari aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:

a) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde aranan her numara ve numaranın ait olduğu işletmeci adı, işletmeci adı bilinmiyorsa “diğer işletmeci” ifadesi,

b) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde aramanın yapıldığı tarih ve saat, her bir arama için arama süresi ve arama ücreti,

c) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde arama yöntemi (sesli, görüntülü ve benzeri),

ç) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde toplam arama sayısı ve toplam konuşma süresi,

d) Mobil telefon hizmeti aboneliklerinde uluslararası dolaşımda ve yurtdışına doğru yapılan çağrılarda, sabit telefon hizmeti aboneliklerinde ise yurtdışına doğru yapılan çağrılarda aranan numaranın yanında aranan ülkeye ilişkin ülke adı/kodu gibi açıklayıcı bilgi ile mobil telefon hizmeti aboneliklerinde uluslararası dolaşımda aramanın başlatıldığı ülke bilgisi,

e) Veri iletim yöntemi, veri aktarımının boyutu, süresi ve ücreti.”

²⁵¹ Yıldız, s. 105; Açıkgöz, s. 474.

²⁵² Yıldız, s. 105; Açıkgöz, s. 474.

miktarı ve tutarına ilişkin bilgilendirmenin işletmeci tarafından ayrı ayrı her bir hizmet kullanımının ardından ücretsiz bir şekilde gerçekleştirileceği ele alınmıştır²⁵³.

2.3.1.2.3. Sabit Ücret

Abone tarafından ödenen bedeli oluşturan unsurlardan bir başkası sabit ücrettir. EHK m. 13/f. 1’de tarifeyi oluşturan ücret kalemlerinin arasında sabit ücret de sayılmıştır. Sabit ücret hattın kullanılıp kullanılmamasından bağımsız olarak sabit bir şekilde işletmeci tarafından aboneden talep edilen ücrettir. Yani kişi hiçbir kullanım gerçekleştirilmeden, sağlanan hizmetten yararlanmama durumu olsa dahi kendisine yansıtılan ücrettir.

Sabit ücretin dayanağı olan hizmetin belli olmaması nedeniyle hukuka aykırılığı öne sürülerek mahkemelerde dava konusu olarak ortaya çıkmıştır. 406 sayılı Kanun Ek Madde 18 sonuna eklenen “sabit ücret” teriminin Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile iptali için AYM’ye başvuruda bulunulmuştur. AYM tarafından verilen 10.02.2004 tarihli kararda sabit ücretin alınmasına ilişkin olarak, mobil telefon hatları ile hiç konuşma yapılmadan kişiye gelen aramaların cevaplanması ve bu bağlantının korunması sağlandığından bahsedilmiştir²⁵⁴. Ayrıca bu bağlantının sürdürülebilir bir şekilde devam etmesini sağlamak için elektronik haberleşme istasyonlarının kontrollü ve çalışır durumda kalmasını temin

²⁵³ EHSİTHY m. 19/f. 5: “Mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler ön ödemeli hatlarda her bir hizmetin kullanımını müteakip sunmuş oldukları hizmete yönelik kullanım miktarı, kullanım tutarı, kalan tutar ve kalan miktarı gösteren bilgiyi ücretsiz olarak sağlamakla yükümlüdür.”

²⁵⁴ “İtiraz başvurularında, ücretin bir emek veya hizmet karşılığı olarak alınan parayı ifade ettiği, mobil telefon abonelerinden alınan aylık sabit ücretin herhangi bir emek veya hizmet karşılığı olmadığı, yasa çıkarma yetkisine dayanılarak hiçbir karşılığı olmaksızın sabit ücret adı altında bedel alınmasının temel hak ve özgürlükleri ekonomik yönden engelleyeceği, kişinin kendisine verilecek hizmetin ne olduğunu ve karşılığı ücretin nasıl belirlendiğini bilme hakkının bulunduğu, Devletin tüketicileri aşırı fiyata karşı koruması gerektiği, herkesin haberleşme özgürlüğüne, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu, Anayasa’nın 5. maddesine göre, Devlete düşen görevin bu engelleri ortadan kaldırmak olduğu, aylık sabit ücretin telefondan yararlanma olanaklarını azaltması nedeniyle Anayasa’nın 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyetini de kısıtladığı, bu nedenlerle, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun Ek 18. maddesinin sonuna 4502 sayılı Yasa ile eklenen fıkra da yer alan “...sabit ücret...” sözcüklerinin Anayasa’nın 5., 22. ve 56. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun Ek 18. maddesinin sonuna 4502 sayılı Yasa ile eklenen fıkra da, “Bir iş ve hizmetin karşılığı olarak alınan ücret; abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti hat kirası ve benzeri kira, ücretler ve bunlar gibi değişik kalemlerden birisi veya birkaçı olarak tesbit edilebilir” denilmektedir. Anayasa’nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bu maddeyle kişinin hak ve hürriyetlerini engelleyen sınırları kaldırarak refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan bir devlet tanımlanırken, kişinin özgürleştirilmesi amacı da güdülmektedir. Böylece, devlet, kişinin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını sağlayacaktır. Anayasa’nın 22. maddesinde de, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir. Haberleşme hürriyeti, kişilerin kendi aralarında serbestçe iletişim kurabilmesini ve maddede sayılan durumlar dışında herhangi bir nedenle engellenememesini gerektirir. İtiraz konusu fıkra da bir iş veya hizmetin karşılığı olarak alınan ücret çeşitleri arasında yer alan “sabit ücret”in, mobil telefon hatlarının, hiç konuşma yapmadan gelen aramaları cevaplandırması, sürekli olarak baz istasyonları aracılığıyla kontrol edilmesi ve çalışır durumda olmasının sağlanması amacıyla yapılan işletme maliyetinin karşılığında, bir tarife ve abonelik sözleşmesine dayanarak alındığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki yasakoyucu, bir iş veya hizmetin karşılığı olarak alınan ücret çeşitleri içinde sabit ücreti sayarken bunu zorunlu olarak alınacak bir ücret kalemi olarak tanımlamamış, yapılacak abonelik sözleşmelerine konulması konusunda emredici bir kural getirmemiştir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu sabit ücretin abone tarafından ödenmesi, Anayasa’nın 5. maddesinde temel amaç ve görevleri belirtilen sosyal hukuk devleti ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturmayaacağı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını zedelemeyeceği gibi, Anayasa’nın 22. maddesindeki haberleşme hürriyetini de engellemez. Kural, Anayasa’nın 5. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İtirazların reddi gerekir. Konunun Anayasa’nın 56. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.”

etmek için işletmeci tarafından üstlenilen maliyetler sebebiyle dayanak olduğu belirtilmiş ve iptale ilişkin bu başvuruyu reddetmiştir.

Öğretide Anayasa Mahkemesi'nin sabit ücrete ilişkin bu kararının, işletmecilerin sabit ücrete dair uygulama şekli bakımından değil, bu bedelin ücretlendirme türlerinin içerisinde bulunmasının Anayasa'ya aykırılık içermediğinden bahsedilmiş ve bu durumun da kararda bir takım üyeler bakımından değişik ve farklı gerekçelerinden anlaşıldığı belirtilmiştir²⁵⁵.

Yargıtay tarafından verilen 18.12.2008 tarihli bir kararda ise esasen sabit ücrete ilişkin kanunla ortaya konmuş bir ücret olduğu vurgusu yapılmıştır²⁵⁶. Ardından, yapılan görüşmelerin haricinde işletmecinin telefon görüşmelerini sağlayabilmek adına telefon hattının kullanımını sağlayabilmesi ve kullanılmadığı zamanlarda da görüşmeye hazır tutulabilmesi için yıl boyunca yapılan bakım çalışmaları, yönetimi, personel çalıştırılması ile enerji tüketimi ve teknik donanımın sağlanması hususunda masrafların karşılığı olduğunu belirtmiştir. Bu masrafların yalnızca görüşme yapan abonelerden tahsil edilmesi ve diğerlerinden alınmaması durumunda ise aboneler arasında adaletsizlik yaratacağı belirtilmiş ve tüm bu nedenle davanın kabulüne karar verilmiştir. Gerek Yargıtay'ın gerekse Anayasa Mahkemesi'nin sabit ücrete dair görüşlerinin genel olarak aynı çerçevede olması sebebiyle sabit ücretin talep edilmesi ile alakalı hukuka uygunluğu ve görüş birliği olduğu söylenebilir²⁵⁷.

Öğretide ise bu kararların aksine sabit ücrete ilişkin mevzuatta yer alan bir hizmete karşılık teşkil edip etmediğinin belirlenmesinin önem taşımakta olduğu değerlendirilmektedir. Bu noktada tüketicinin ödediği sabit ücretin bir hizmete karşılık gelmekte olması durumunda hangi hizmet bakımından ücretin alındığı tespit edilmesi ile hakkaniyete uyup uymaması konusunun belirlenmesi önemlidir²⁵⁸. Sabit ücretin kanunla alınması zorunluluk olarak düzenlenen ücret kalemleri içerisinde sayılmamış olup, ihtiyari özellik taşıyan ücret kalemlerinden biri olarak düzenlenmiş ve ayrıca mevzuat kapsamında "fiilen sunulan bir hizmetin karşılığı" olarak alınmasına ilişkin ilke gereğince, bu ücretin açıkça hangi hizmetin karşılığını oluşturduğu belirli değildir²⁵⁹. Bu sebeple sabit ücret makul ücret ile tüketicinin korunması çerçevesindeki ilkelere aykırılık taşımakta olup aboneye ayrıca yük getiren bir ödeme olarak ortaya çıkmaktadır. Abonelik sözleşmesinin kurulması aşamasında işletmeci tarafından talep edilen abonelik ücretinin yargı kararlarında bahsedilen ücret kalemlerini zaten içerisinde barındırmakta olduğu, bu nedenlerle sabit ücrete veya bu çerçevedeki başka bir ücrete gereksinim duyulmadığı savunulmaktadır²⁶⁰.

Yüksek yargı kararları ile içerdikleri gerekçeler kanaatimizce yerinde olarak ele alınmıştır. Fakat bu husus işletmecinin sabit ücreti hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın tamamen keyfi olarak tespit edebileceği sonucuna ulaştırmamakta olup, EHK m. 14/f. 1 (a) ve m. 4/f. 1

²⁵⁵ Bozgeyik, Hayri, Telefonda Sabit Ücret Uygulaması ve Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan Cilt – 1, İstanbul 2009, s. 460.

²⁵⁶ Yargıtay kararının içeri hakkında bkz. Yıldız, s. 106-107; Yargıtay ve Danıştay'ın sabit ücret konusunda verdiği kararlar için bkz. Bozgeyik, s. 460 vd.

²⁵⁷ Yıldız, s. 105.

²⁵⁸ Deryal, s. 141.

²⁵⁹ Deryal s. 141-142.

²⁶⁰ Deryal, s. 146.

(ç)’de yer alan “makul ücret” ilkesinin sabit ücret açısından da esas tutulması gerekmektedir²⁶¹.

2.3.1.3. Abonenin Bedeli İfa Zamanı

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde Elektronik Haberleşme Kanunu ile aynı doğrultuda olan EHSİTHY “hizmet karşılığı ücret” kuralını esas almış olup EHSİTHY m. 8/f. 1’de elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmaya başlamasının ardından bu hizmet kapsamındaki ücretlendirmenin de başlayacağı açıkça ortaya konmuştur.

Burada sunulan elektronik haberleşme hizmetine ilişkin yapılan ücretlendirmenin, fiilen hizmet sağlanması ile başlayacağı açıkça ele alınmıştır. Bir başka deyişle elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasına ilişkin vadin sözleşmeye yazıldığı ya da buna dair taahhüdün verildiği tarih değil, bu hizmetin bizatihi tüketiciye fiilen sağlandığı andan itibaren başlaması söz konusudur.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin kurulduğu sırada abonenin borcunun hangi tarihte muaccel olacağı taraflarca sözleşmede kararlaştırılarak belirtilmekte olup, abone tarafından sonradan ödemeli sistem veya ön ödemeli sistemden biri seçilerek sözleşme kurulmaktadır. Abone tarafından yapılan tercihe göre ücret ödeme borcunun zamanında farklılıklar meydana gelmekte gelmektedir. Sonradan ödemeli sistemin seçilmesi durumunda işletmeci tarafından kural olarak aylık bazda düzenlenen faturalara göre ödeme gerçekleştirilmektedir. Fakat abonenin ön ödemeli sistemi seçmesi durumunda ücret ödemesi hizmetin alınmasından önce ödenerek gerçekleştirilecektir²⁶².

Faturalı sistem adı ile de bilinen sonradan ödemeli sistemde ise işletmecinin aboneye sunduğu elektronik haberleşme hizmetine ilişkin bedeli aylık olarak düzenlenen faturada yer almakta olup, işletmecinin düzenleyeceği faturaya ilişkin olarak EHSİTHY m. 19/f. 1’de şu şekilde ele alınmıştır:

“ İşletmeciler, abonenin ispatlanabilir beyanı doğrultusunda; mali mevzuata uygun olarak düzenlenen faturayı posta veya elektronik posta yöntemlerinden birisini kullanarak veya asgari olarak fatura tutarı ve son ödeme tarihini içeren fatura bilgilerini kısa mesaj yöntemi ile son ödeme tarihinden önce abonelere ulaşacak şekilde ücretsiz olarak göndermekle yükümlüdür. Fatura veya fatura bilgisinin, elektronik posta veya kısa mesaj ile gönderilmesi durumunda söz konusu gönderme işlemi son ödeme tarihinden en az yedi gün önce aboneye ulaşacak şekilde ücretsiz olarak gönderilir. ”

İlgili fatura dönemine ilişkin olarak faturada yer alması gereken zorunlu unsurlar sayılırken EHSİTHY m. 21’de bunlar arasında faturanın ait olduğu dönemin, fatura kesim ve düzenlenme tarihinin, ödenmemiş fatura borcu ile uygulanmış olan veya ödenmeme durumunda uygulanacak olan gecikme faizi düzenlenmiştir. Bunlara ilaveten bir sonraki faturanın kesin ve son ödeme tarihlerinin ayrıca ödeme şekilleriyle ödeme merkezlerinin belirtilmesi zorunluluğu yine aynı madde kapsamında ele alınmıştır.

²⁶¹ “a) Kullanıcıların makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi.”

“ç) Herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi.”; Yıldız, s. 107; Açıköz, s. 476-477.

²⁶² Yıldız, s. 108.

İşletmeci tarafından aboneye çeşitli yollarla belirtilen faturanın iletilmesi ile birlikte abonenin bedel ödeme borcunun muaccel hale geldiğinden bahsedilemez. Çünkü faturanın ulaşması ile ilgili döneme dair abone tarafından ödenecek olan bedele ilişkin tespitin yapıldığı sonucu faturadan çıkmaktadır²⁶³. Bu nedenle abonenin ücret borcu faturanın üzerinde yer alan son ödeme tarihi itibarıyla muaccel duruma gelmiş olmakta, yani vadeye bağlı olan bir borcun ifası meydana gelmekte olup, borcun yerine getirileceği tarih, vadenin sona erdiği zamandır²⁶⁴. Bu sebeptendir ki vade sona ermeden işletmeci tarafından borcun ifası talep edilmesi mümkün olmamakta ve abonenin faturanın son ödeme günü ile tebliğ edildiği zaman aralığında ücret ödeme borcunu yerine getirmesi mümkündür.

Abonenin faturada öngörülen son ödeme tarihi itibarıyla ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi durumunda günlük olarak temerrüt faizi ödemek durumunda kalınacaktır. Ödenecek olan faiz oranına ilişkin bilgi, fatura veya işletmecinin diğer hizmet kanalları vasıtası ile yapılmaktadır. İşletmecinin öngördüğü ASY m. 12’de gecikme zammı olarak ifade edilen temerrüt faizinin 6183 sayılı Kanun m. 51’de yer alan miktarı aşamayacağı düzenlenmiştir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde, abonenin ücret ödeme borcunu hangi vasıtalarla ve nerelere gerçekleştirebileceğine ilişkin düzenlemeler uygulamada yer almaktadır. Bunlar arasında işletmeci tarafından anlaşma sağlanan bankalar veya kurumlar ile ödeme gerçekleştirilebilir. Abonenin faturasını bankalar vasıtasıyla ödemesi durumunda, burada ödeme yapılan bankaların TBK m. 40 vd. gereğince temsilci olarak nitelendirilmesi mümkündür²⁶⁵.

2.3.1.4. Ücretin İfasında Temerrüt

İşletmeci tarafından sağlanan hizmetin karşılığında abone tarafından ödenecek ücrete dair belirlenen ve uygulamada “son ödeme tarihi” olarak adlandırılan tarihe kadar abonenin ücret ödeme borcunu yerine getirmesi beklenmektedir. Bir para borcu olan abonenin ücret ödeme borcunun ifasında temerrüde düşülmesi durumunda temerrüt faizi gündeme gelecek olup, elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından ücret ödemede temerrüde düşülmesine dair ayrıca bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle TBK m. 117 vd.’da ele alınan borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁶⁶. Son ödeme tarihi olan günde muaccel hale gelen ücret ödeme borcunun ifa mümkün ve muaccel olmasına rağmen ödenmemesi durumunda temerrütten bahsedilecektir. Burada abone ile işletmeci arasında sözleşmesel olarak son ödeme tarihi belirlenmesi sebebiyle abonenin temerrüde düşmesinde işletmeci tarafından gerçekleştirilecek ihtar şartı aranmayacaktır. Çünkü borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiştir²⁶⁷.

Abonenin temerrüde düşmesi yalnızca faturalı hatlar olarak da adlandırılan sonradan ödemeli sistemde mümkün olmaktadır. Ön ödemeli sistem bakımından ücretin, elektronik

²⁶³ Öktem Çevik, s. 67.

²⁶⁴ Öktem Çevik, s. 67.

²⁶⁵ Öktem Çevik, s. 69.

²⁶⁶ “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”

²⁶⁷ Oğuzman / Öz, s. 470-471; Eren, s. 1045; Öktem Çevik, s. 70.

haberleşme hizmetinden yararlanmadan önce ifa edilmesi sebebiyle zaten ödeme gerçekleşmiş olduğu için borçlu temerrüdü bu aşamada mümkün değildir.

Sürekli edimli borç ilişkisini içeren elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde borçlunun temerrüdüne dair TBK m. 126’da ayrıca düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre:

“İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

Burada geçmişe etkili olacak şekilde sözleşmeden dönme mümkün olmamakta olup, yararlanılan ve kullanımı gerçekleştirilen elektronik haberleşme hizmetinin iadesi söz konusu değildir. Madde kapsamından anlaşılabileceği üzere, sürekli edim içeren borç ilişkilerinde borçlunun temerrüt hali ortaya çıkarsa, burada alacaklıya ait olan seçimlik hakları gündeme gelecektir. Bunlardan ilki ifa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini iken, diğeri ise sözleşmenin feshi ile birlikte ifası gerçekleşmeyen kısımdan kaynaklı olarak uğranılan olumlu zararın tazminidir²⁶⁸.

TBK m. 120’de ise gecikme tazminatına dair bir üst sınır ele alınmış olup, uygulama alanı bulacak olan faiz oranı 3095 sayılı Kanuna göre belirlenmesi söz konusudur. Ancak yine de bu rakamın yıllık faiz oranının yüzde yüzünü aşması mümkün değildir. Tabii olarak burada işletmecinin temerrüt faizi ile karşılayamadığı bir aşkın zararının mevcut olması durumunda ise TBK m. 122’ye göre aşkın zararın talebi mümkün olabilecektir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından temerrüt faizine ilişkin ASY m. 12’de 6183 sayılı Kanun m. 51 kapsamında öngörülen miktarı aşmaması düzenlenmiştir²⁶⁹. Yargıtay abonelik sözleşmelerinde temerrüt halinde 6183 sayılı Kanun çerçevesinde belirlenen gecikme zammının talep edilebilmesi için bu gecikme zammına ilişkin şartın açıkça oranları belirtir ve anlaşılabilir şekilde sözleşmede yer almasını gerekli görmektedir²⁷⁰. Nitekim EHSİTHY m. 21/f. 1 (g)’de gecikme faizi oranının açıkça faturada yazılması gerektiği de düzenlenmiştir.

Abone tarafından borcun ifa edilmemesi durumunda karşılaşılabileceği bir diğer sonuç ise işletmeciler tarafından “kara listeye” kaydedilmek olduğu söylenebilir. Bu yöntem ile işletmecilerin borcunu ifa etmeyen aboneleri tespit etmeleri ve bu kimseleri “kara liste” olarak adlandırılan sisteme kaydederek önceden sözleşmeden kaynaklı ücret ödeme borcunu yerine getirmeyen aboneler ile yeni abonelik sözleşmesi kurmaktan kaçınması

²⁶⁸ Oğuzman / Öz, s. 528.

²⁶⁹ 30.12.2019 tarihli ve 30994 sayılı Resmi Gazetede yer alan 1947 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı neticesinde 6183 sayılı kanunda m. 51’deki gecikme zammı oranı her ay için ayrı ayrı olacak şekilde % 1,6 olarak düzenlenebileceği yer almaktadır.

²⁷⁰ “...Hukuk Genel Kurulu’nun ve Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre; abonelik sözleşmesinde ödemelerde gecikme olması halinde, 6183 sayılı kanunda belirtilen gecikme zammı istenebilmesi için, gecikme zammına ilişkin şartın açık, anlaşılabilir ve oranları da belirtilmek suretiyle yazılması gerekir. Soyut olarak, salt kanun ve yönetmelik hükümlerine atıf yapılmış olması halinde gecikme zammı istenemez, abonenin sıfatına göre yasal veya ticari faiz istenebilir. Abonelik sözleşmesinde; 6183 sayılı Kanunda belirtilen gecikme zammı oranının uygulanacağına yönelik bir hüküm yoksa, borç ödenmediği takdirde normal tüketim bedeline 6183 sayılı Kanunda belirtilen gecikme zammı değil, abonenin sıfatına göre faiz uygulanacaktır. (HGK’nın 22/09/2010 tarih, 2010/13-466 Esas, 2010/410 Karar, 28/11/2012 tarih, 2012/13-624 Esas, 2012/915 Karar, 3. HD’nin 27/02/2014 tarih, 2013/18346 Esas, 2014/3079 Karar sayılı ilamlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.)...” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Esas No: 2018/4621 Karar No: 2018/8685, Berberoğlu Yenipınar, Filiz, Abonelik Sözleşmeleri Uyuşmazlıkları, Ankara 2019, s. 190.

veya ara ödeme, avans ya da depozito gibi ödeme kalemi taleplerinde bulunulması söz konusudur²⁷¹.

2.3.2. Mevzuattaki Standartları Taşıyan Cihaz Kullanma Borcu

Elektronik Haberleşme Kanunu “*Teknik Uyumluluk*” başlıklı m. 57’de BTK’nın düzenlemelerine uymayan elektronik kimlik bilgisi değiştirilmiş olup tespiti yapılan veya kayıp, kaçak ya da çalıntı olan cihazlara elektronik haberleşme hizmetinin verilmeyeceği ele alınmıştır. Bu işlemlerin gerçekleştirilebilmesi sağlamak için MCKS adında merkezi bir sistemin kurulması öngörülmüştür²⁷². Bu düzenleme çerçevesinde BTK’nın çıkardığı Yönetmelik çerçevesinde elektronik kimlik bilgisine sahip olan cihazlar ile elektronik haberleşme hizmetinden yararlanabilmek için kayda alınmalarına ilişkin hususlar ve kayıp, kaçak, çalıntı olduğu tespiti yapılan cihazların elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmalarının engellenmesi hususları düzenlenmiştir²⁷³.

Elektronik haberleşme cihazlarının mevzuata uygun olarak yolcu beraberinde getirilmiş olması, ithal edilmiş veya yurt içinde imalatı yapıp BTK’ya bildirilmiş olan bu suretle kayıt altına alınmış olan cihazlar “*beyaz liste*” içerisinde yer almaktadır. Elektronik kimlik bilgisi değiştirilen veya başka elektronik kimlik bilgisine sahip olabilen cihazlara kopyalanan cihazlar ya da kayıp, çalıntı yahut kaçak olduğu tespit edilen cihazlar “*siyah listede*” yer alır. Siyah listede yer alan bu cihazların ise elektronik haberleşme bağlantısı kesilir. Siyah listede yer alan bir cihazın elektronik haberleşme bağlantısının kesilmesi için ise farklı süreler öngörülmüştür. Buna göre kayıp çalıntı halinde siyah listeye girmesinden itibaren yirmi dört saat içinde işlem yapılırken, elektronik kimlik bilgisi değiştirilmiş bir cihazın elektronik haberleşme bağlantısının kesilmesi otuz gün içerisinde gerçekleştirilir. Kayıt altına alınmamış olan cihazlar bakımından ise yüz yirmi günlük kullanım süresi ardından kesinti gerçekleştirilecektir.

Yani bir elektronik kimlik bilgisini haiz cihaz ile elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanılabilmesi için bu cihazın beyaz listede yer alması gerekmektedir. Yönetmelikte bunların yanında son olarak “*gri liste*” olarak tabir edilen beyaz ve siyah listeye alınmamış olan cihazların gri listede yer alacağını ve bu süre zarfında geçici olarak elektronik haberleşme hizmetinden yararlanacağı ele alınmıştır. Bu noktada uygulamada oldukça çok rastlanılan ve “*klonlama*” olarak da tabir edilen durumda yani cihazların elektronik kimlik bilgisinin kopyalanması neticesinde siyah listeye alınması durumunda cihazın elektronik haberleşme bağlantısı kesilmektedir. Bu noktada ayıplı mala ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabileceği ilk olarak akla gelebileceği düşünülmekle beraber, Yargıtay 13. HD’nin bir kararında belirttiği üzere cihazın elektronik kimlik bilgisinin kopyalanma zamanının dikkate alınması gerekecektir²⁷⁴. Burada ayıbın mevcut olduğu zamana göre sorumluluk

²⁷¹ Özkaya, s. 186.

²⁷² EHK m. 3/f. 1 (ff)’de MCKS: “*merkezi mobil cihaz kimlik tanımı veri tabanı sistemi*” şeklinde ele alınmıştır.

²⁷³ Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazların Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik RG: 12.07.2014, S: 29058.

²⁷⁴ “...Uyuşmazlık telefonunun klonlanmasının davacının kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususundadır. Klonlanmış cep telefonunun 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4.maddesi gereğince ayıplı mal olduğunun kabulü gerekir. Ayıplı mal satışında tüketici, süresinde ayıp ihbarında bulunduğu takdirde, bedel iadesini içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesine, ayıp oranında bedel indirimini veya malın ücretsiz onarımını isteme hakkına sahiptir. Ne var ki, tüketicinin yasa da öngörülen seçimlik haklarını kullanabilmesi için ayıbın satış sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olması

hududunun çizilmesi söz konusudur. TBK m. 208’de taşınırklar bakımından ayıbın bulunması gereken anı zilyetliğin devri olarak öngörmüştür. TKHK’da, TBK’da yer alan düzenlemeyle aynı doğrultuda bir hüküm öngörmüştür. TKHK m. 8/f. 1 açık bir şekilde malın tüketiciye teslim edildiği anda ayıbın var olması gerektiğini düzenlemiştir.

Sonuç olarak elektronik haberleşme hizmetinden yararlanılabilmesi için mevzuatta yer alan şartları taşıyan ve bu şekilde BTK tarafından kayıt altına alınmış cihazların abone tarafından kullanılması gerekmektedir.

2.3.3. Bildirimde Bulunma Borcu

Abonenin asli borcu olan ücret ödemenin dışında bir takım yan borçlar da yer almaktadır. Sözleşmenin bir parçası haline gelmesi için bu yan yükümlülüklerin üzerinde işletmeci ve abonenin anlaşmış olmaları gerekmektedir. İşletmecinin sözleşmeden kaynaklı asıl borçları ile yan borçlar arasında TBK m. 97 kapsamındaki bir karşılıklılığı içermesi de söz konusu değildir. Bu nedenle de abone tarafından bu yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı işletmecinin TBK m. 97 çerçevesinde ödemezlik def’inde bulunarak sözleşmeden kaynaklı kendi asli borcu olan elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması borcunun yerine getirilmemesine ilişkin bir hak sağlamasından bahsedilemez²⁷⁵.

Sözleşmenin kurulması aşamasında abone tarafından adı, soyadı, adresi, irtibat numarası, elektronik posta adresinin yanı sıra kullandığı cihazın marka ve model bilgileri ile IMEI numarası gibi cihaza dair bilgileri de işletmeciye vermesi gerekmektedir²⁷⁶. Bununla beraber abonenin sunmuş olduğu bu bilgilerde herhangi bir değişiklik gerçekleşmesi durumunda, işletmeciye yazılı olarak ya da yine işletmeci tarafından öngörülen kanallar vasıtasıyla bildirimde bulunulması gerekmekte olup, aksi halde sözleşmede belirtilen bilgiler işletmeci tarafından doğru kabul edilmesi söz konusu olacaktır²⁷⁷. Burada abonenin sözleşme kurulurken vermiş olduğu bilgilerde herhangi bir değişiklik gerçekleşmesi durumunda işletmeciye bildirimde bulunarak bu bilgilerin güncel kalmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

Aboneye ait bu bildirimde bulunma yükümlülüğünün iki açıdan önemli olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki işletmecinin bilgilendirme yükümlülüğü bakımından gerçekleştireceği bildirimlere dair iken bir diğer husus ise aboneye ilişkin verilerin kontrolünün sürdürülebilmesine ilişkindir. Bu nedenle abone tarafından bildirim yapılmayan bir değişikikte, işletmecinin mevcut bilgiler çerçevesinde gerçekleştireceği bilgilendirmeden haberdar olmadığını ileri sürmesi mümkün değildir²⁷⁸.

Abonenin bu çerçevedeki bildirimde bulunmasına dair mobil telefon aboneliklerinde telefon kartının rızası dışında elinden çıkması veya yine rızası olmadan üçüncü kişiler tarafından kullanım gerçekleşmesi halinde keyfiyetin işletmeciye bildirilmesi gerekmekte olup, bu çerçevede işletmecinin hattı derhal kullanıma kapatmasına ilişkin yükümlülüğü meydana gelecektir. Fakat burada işletmeciye bildirimde bulunana kadar geçen süre

gerekir. Satışa konu malda kullanımdan doğan arızalar ayıp kapsamına girmez...” Y. 13. HD E: 2015/39286, K: 2018/2427, T: 26.02.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

²⁷⁵ Yıldız, s. 109; Açıkgöz, s. 501-502.

²⁷⁶ Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazların Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik m. 4/f. 1 (g)’de şu şekilde tanımlanmaktadır: “g) IMEI numarası: Mobil cihazlara ait uluslararası elektronik kimlik bilgisini gösteren numarayı ifade eder.”

²⁷⁷ Yıldız, 109-110; Özkaya, s. 191; Öktem Çevik, s. 76.

²⁷⁸ Yıldız, s. 109-110.

içerisinde gerçekleşen kullanımdan kaynaklı ortaya çıkacak olan ücretin kural olarak abone tarafından karşılanması söz konusu olacaktır²⁷⁹.

Abonenin üzerinde olan bildirimde bulunmaya ilişkin borcun önemi ise şu noktada karşımıza çıkmaktadır. Burada abone tarafından yapılacak olan bazı bildirimlerin, işletmecinin sağladığı elektronik haberleşme hizmetinin gerçekleştirilmesi kapsamında, alacaklı olan abonenin gerçekleştirmesi gereken bir faaliyet kapsamında değerlendirilmesi durumunda, bu noktada abonenin bu hazırlık faaliyeti olarak nitelendirilebilecek davranışları gerçekleştirmediğinden bahisle TBK m. 106'ya göre alacaklı temerrüdü gündeme gelecektir²⁸⁰. Netice olarak sürekli borç ilişkisi içeren elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde de alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurulması mümkün olmakta ve bu çerçevede sözleşmede borçlu konumdaki işletmecinin dönme hakkını kullanması TBK m. 110 bakımından ve TBK m. 126'ya kıyasen ileriye etkili olan feshin sonuçlarını ortaya koyması gerekmektedir²⁸¹.

2.3.4. Abonenin Yararlandığı Hizmeti Ticari Amaçla Üçüncü Kişilere Sunmama Borcu

İşletmecinin elektronik haberleşme hizmeti sunma hususunda BTK tarafından yetkilendirilmiş olması esasen şebekenin kurulması ve beraberindeki teknik hususlar haricinde kendisinden ayrı olarak bütün satıcı ve sağlayıcılar bakımından aradaki en önemli farkı oluşturmaktadır²⁸². Yani sektörde işletmeci olarak faaliyette bulunmak için BTK tarafından yetkilendirilmiş olmak ilk ve en önemli şarttır. Burada işletmeci sıfatını taşımayan abonelerin işletmecilerden almış oldukları bir elektronik haberleşme hizmetini üçüncü kişilere ticari amaçla üçüncü kişilere sağlaması yetkilendirmeye ilişkin düzenlemelere aykırılık oluşturacaktır²⁸³.

EHK m. 60/f. 4'te abone tarafından yararlanılan elektronik haberleşme hizmetinin ticari amaçlarla üçüncü kişilere sağlanması kesin olarak yasaklanmıştır.

Bu hükme göre işletmeci ile abone arasında akdedilen abonelik sözleşmesinin tarafı olan gerçek veya tüzel kişilerinin gerçekleştirdikleri faaliyetlerin kapsamında gerekmesi halinde bu aldıkları elektronik haberleşme hizmetini üçüncü kişilere ücretli ya da ücretsiz olarak sunmaları mümkün kılınmıştır. Nitekim BTK tarafından çıkartılan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik çerçevesinde ticari amaçlı olarak hizmetin üçüncü kişilere sunulması hakkında düzenlemeye gidilmiştir²⁸⁴. Bu doğrultuda örneğin, otel, restoran, kafe veya işyerleri gibi abonelik sözleşmesi ile elektronik haberleşme hizmeti alan bu aboneler, müşterilerine veya çalışanlarına bu hizmeti sunabilmeleri mümkündür. Sunulan bu hizmet karşılığında üçüncü kişilerden ücret alınabileceği de düzenlenmiştir. Ancak maddenin devamında bahsedilen şekilde abonenin almış olduğu elektronik

²⁷⁹ Yıldız, s. 110-111; Açıköz, s. 504.

²⁸⁰ TBK m. 106: "Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur."

²⁸¹ Oğuzman / Öz, s. 375; Yıldız, s. 110; Açıköz, s. 504; TBK m. 110: "Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü hâlinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir."

²⁸² Güçlüer, Tümer, Elektronik Haberleşme Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri, İstanbul 2018, s. 80-81.

²⁸³ Güçlüer, s. 81.

²⁸⁴ İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik RG: 11.04.2017 S: 30035.

haberleşme hizmetinin üçüncü kişilere ticari amaçlarla sunulamayacağı ayrıca belirtilmiştir.

Uygulamada işletmeciler tarafından abonelik sözleşmelerinde bu çerçevede sağlanan hizmetin üçüncü kişilere kullandırılmayacağı ya da işletmeci tarafından yazılı izin verilmeden bu hizmetin üçüncü kişilere kullandırılmayacağına dair düzenlemelere yer verildiği gözlemlenmektedir.

Kanunda yer alan düzenleme çerçevesinde abonelerin yararlandıkları elektronik haberleşme hizmetinin üçüncü kişilere sunulmasının ticari amaç taşımaması halinde, bu konu ile ilgili herhangi bir kısıtlama öngörülmemiştir. Bununla beraber elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde hattın üçüncü kişiler tarafından kullanılması neticesinde sorumluluğun sözleşmeyi akdeden abonenin üzerinde olduğu ve hat üzerinden gerçekleştirilen işlemlerin kendisi tarafından yapılmadığından bahisle bedel ödeme borcundan imtina edemeyeceği ve abonenin hattı üçüncü kişilere kullandırmasından kaynaklı sorumluluğun abonenin üzerinde olacağı şeklinde hükümlere yer verilmektedir. Burada abonelerin yararlandıkları elektronik haberleşme hizmetini üçüncü kişilere sağladıkları durumda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar hususunda sözleşmelerde yer alan yasaklayıcı hükümlerin yerine, bu doğabilecek olumsuzluklar bakımından bilinçlendirilmeleri ve hizmetin üçüncü kişilere sunumunun kişilerin kendi iradeleriyle gerçekleştirilmesinin önüne geçilmesi daha yerinde olacaktır²⁸⁵.

Kanun koyucu EHK m. 60/son'da madde hükmüne aykırı davrananların abonelik sözleşmelerinin iptal edileceği hükme bağlanmıştır. Burada EHK m. 50'de yer aldığı şekilde fesih yerine iptal olarak düzenlemeye gidilmesi hususunun üzerinde durmakta yarar vardır. Şöyle ki TBK m. 30, m. 36 ve m. 37'de sözleşmenin akdedildiği sırada esaslı yanılmaya düşen, korkutma ya da aldatma ile karşılaşan kimsenin sözleşme ile bağlı olamayacağı hususu ele alınmıştır. TBK m. 39'da ise yanılma veya aldatmadan kaynaklı olarak veya korkutulmanın etkisi ile sözleşmeyi yapanın, yanılma ile aldatmayı öğrendiği tarihten, korkutma bakımından ise etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık zaman dilimi içinde sözleşmeyle kendisinin bağlı bulunmadığını ortaya koymaması ya da verdiğini geri istememesi durumunda sözleşmeyi onamış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu kapsamda yanılan, aldatma ya da korkutmaya maruz kalan kimse sözleşmenin geçerli hale gelmesinin önüne geçmek isteyerek bu yöndeki irade beyanında bulunacak olup, bu konuda gerçekleştirilen irade beyanı "*iptal beyanı*" ve bu iptal beyanında bulunabilme hakkı ise "*iptal hakkı*" olarak adlandırılmaktadır²⁸⁶. Bu iptal hakkı sözleşmenin geçerli hale gelmesini engelleyen ve hükümsüz hale getirmeye olanak sağlayan bir yenilik doğuran hak olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸⁷. İptal hakkının etkisinden dolayı sözleşmenin her iki tarafının da iptal hakkı kullanılmadan evvel gerçekleştirilmiş olan edimlerin geri istenmesi olanağı ortaya çıkar.

Sürekli borç ilişkileri bakımından ise durum farklılık arz etmektedir. Burada edimlerin iadesinden beklenen faydanın ve iadenin fiilen gerçekleştirilmesinin fiilen mümkün olmaması sebebiyle bu süre zarfında gerçekleştirilen edimlerin iptalden etkilenmeyeceği kabul edilmelidir. İptalin nedeni olan yararlanan elektronik haberleşme hizmetinin

²⁸⁵ Özkaya, s. 190.

²⁸⁶ Oğuzman / Öz, s. 120.

²⁸⁷ Oğuzman / Öz, s. 120.

üçüncü kişilere ticari amaçla sunulması durumunun, sözleşmenin devam ettiği süre zarfında ortaya çıkması halinde kanun koyucu tarafından ortaya konan sözleşmenin iptalinden anlaşılması gereken, ileriye etkili bir biçimde sözleşmenin feshedilmesi gerektirir²⁸⁸. Sözleşmenin sona ermesinde abonenin bu fiilinden kaynaklı olarak gerçekleşmesi ile bir zarar var ise bu durumda işletmeci tarafından ayrıca talep edilmesi mümkündür²⁸⁹.

2.3.5. Güvence, Teminat, Depozito veya Avans Ödeme Borcu

İşletmeciler tarafından genellikle gelirlerini güvence altına almak maksadı ile elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yer verdikleri ve abonelerden avans, ara ödeme depozito, teminat şeklinde çeşitli olarak adlandırılan güvence bedeli aldıkları gözlemlenmektedir.

Alınacak bu ücrete ilişkin sözleşmede yer alması zorunlu hususlar EHSİTHY m. 7/f. 1 (n)'de ele alınmıştır. Buna göre: *“Tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında bir ücret alınması söz konusu ise bu ücretin tutarı ve aboneliğin sona ermesi durumunda tüketiciye ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde iade edileceğine ilişkin bilgi”* yer alacağı düzenlenmiştir.

Aboneler işletmecinin talep ettiği bu ücreti sözleşmenin kuruluş aşamasında talep edebilecekleri gibi sözleşme kurulduktan sonra devamı sırasında da talep edilmiş olabilir. Abonenin bu borcunu yerine getirmemesi halinde ise hattının ya da üzerine kayıtlı olan başka hatların kendisine bilgi verilerek geçici olarak kapatılabileceği, ödemenin gerçekleşmemesi durumunu taşıyan bazı hallerde ise sözleşmenin feshedilebileceği düzenlenmiştir²⁹⁰.

Sözleşmenin feshinin ardından alınan bu ücretin iadesinin hangi süre içerisinde gerçekleştirileceği hususunda ise EHSİTHY m. 23/f. 6'da işletmecinin, aboneden depozito veya avans ya da farklı adlarda belirtilerek almış olduğu ücretlerin mahsuplaşmanın ardından eğer varsa kalan tutarı on beş günlük zaman diliminde aboneye iadesinde bulunacağı belirtilmiştir.

2.4. Abonenin Hakları

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde EHK m. 50 ve EHSİTHY çerçevesinde ayrıca TKHK m. 52 ile ASY ile aboneye sunulmuş bir takım haklar mevcuttur. Burada abonenin sözleşmenin konusunu oluşturan elektronik haberleşme hizmetinin sunulması veya bununla beraber sağlanan mal teminini sözleşmeye uygun bir şekilde ifasını talep etme hakkı mevcuttur.

Abone sözleşme ile bedel ödeme borcu altına girmekte iken bunun karşılığı olarak sözleşmeye konu olan elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması veya bu hizmetle beraber sunulacak mal teminine dair bir alacak hakkının ortaya çıkması söz konusudur. Burada kural olarak gerçekleştirilecek ifanın sözleşmeye uygun bir biçimde yerine getirilmesi gerekmektedir. İfanın sözleşmeye uygun bir biçimde bulunulmaması durumunda ise abonenin bu ifayı kabulüne dair bir yükümlülüğü söz konusu değildir.

²⁸⁸ Güçlüer, s. 82-83.

²⁸⁹ Oğuzman / Öz, s. 122.

²⁹⁰ Özkaya, s. 191.

İşletmeci tarafından ifanın gerçekleştirilmemesi halinde ise abonenin TBK m. 126 gereğince sürekli edimli sözleşme olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi kapsamında temerrüt hükmüne başvurulması mümkündür. Buna göre ifasına başlanmış olan sürekli edim taşıyan sözleşmeler bakımından borçlu temerrüt haline düştü ise, alacaklı tarafın ifada bulunulmasını talep etmekle birlikte gecikme tazminatını da isteyebilmesi ya da sözleşmeyi feshederek olumlu zararını talep etmesi mümkündür.

Son olarak aboneye tanınan haklar arasında fesih hakkına değinmek gerekmektedir²⁹¹. EHK m. 50/f. 4'ün son cümlesinde ise abonelerin taleplerini bildirmek kaydı ile aboneliklerini her zaman sona erdirebilecekleri düzenlenmiştir²⁹². Ayrıca TKHK m. 52/f. 4 kapsamında belirsiz süreli olarak kararlaştırılmış olan abonelik sözleşmelerinin ortaya bir neden öne sürülmeksizin ayrıca cezai şart gündeme gelmeden dilediği zamanda abone tarafından sona erdirilebileceği ele alınmıştır. EHSİTHY m. 12/f. 6'da ise taahhütlü olarak kurulan elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından, mobil elektronik haberleşme hizmeti haricinde olarak sabit internet, sabit telefon ve Kablo TV yayın hizmetleri kapsamında abonenin yerleşim yerini değiştirmesi ve abonenin bu yeni yerleşim yerinde de yararlandığı hizmetin aynı nitelikte sunulmasının fiilen imkansızlık taşıması halinde cayma bedeli ödenmeksizin taahhütlü abonelik sözleşmesinin feshedilebileceği ele alınmıştır.

²⁹¹ Bkz. “3.3.2. Fesih” başlığı

²⁹² Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için aşağıda bkz. “3.3.2.2.1. Olağan Fesih” başlığı

BÖLÜM 3

SÖZLEŞMENİN SONA ERME HALLERİ

3.1. Genel Olarak

Abonelik sözleşmelerinde yer alan ortak özellik sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olmasındadır. Genel olarak tüketici sıfatını taşıyan ve sözleşmede abone olan tarafın borcu önceden veya belirli dönemlere ayrılmış bir şekilde ve periyodik bir biçimde kısımlar halinde olacak şekilde yerine getirilirken işletmecinin borcu olan elektronik haberleşme hizmeti sunumunun ifası süreklilik taşıyan bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin bu özelliklerinden yola çıkarak ait olduğu tip sözleşmenin EHK ve TKHK ile bunlara bağlı ikincil mevzuatta düzenlemelerin yetersiz olarak bulunduğu düzeyde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ortak hükümlerinin uygulanması mümkündür. Fakat elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından EHK ve ayrıca tüketicilerin tarafı olduğu bu abonelik sözleşmeleri bakımından ise TKHK kapsamında da yer alan düzenlemelerin öncelikli olarak uygulanması söz konusu olmaktadır.

TKHK m. 2’de Kanun’un bütün tüketici işlemlerini içine alan bir şekilde düzenlendiği açıkça ifade edilmiştir. Elektronik haberleşme alanında akdedilen abonelik sözleşmelerinin bir tarafının tüketici olması halinde tipik bir tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi sebebiyle ayrıca özel kanun ve genel kanun arasındaki ilişkiden kaynaklı olarak TKHK’da yer alan hükümlerin bu sözleşmelere uygulanmasında genel hükümlerden öncelikli bir yere sahip olacaktır. Ayrıca EHK m. 1’de elektronik haberleşme sektöründe tüketici haklarının gözetilmesi ile usul ve esaslarının ortaya konması şeklinde Kanun’un amaç ve kapsamını belirtilirken, bu alanda akdedilen abonelik sözleşmelerinde uygulama alanı bulacağı ele alınmıştır.

Bir sürekli borç ilişkisi meydana getiren elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin farklı biçimlerde sona ermesi mümkündür. Bu sona erme halleri kendiliğinden sona erme halleri ile hukuki işlemten kaynaklı sona erme halleri olarak ikiye ayrılabilir.

Sürekli borç ilişkisinin kendiliğinden sona ermesinde taraf iradelerinden ayrı olarak, herhangi bir hukuki işleme ihtiyaç olmadan herhangi bir olayın gerçekleşmesi ile sona erme neticesi ortaya çıkmaktadır. Buradaki sona ermeye ilişkin sonuç doğrudan doğruya meydana gelmekte ve tarafların iradelerinin herhangi bir müdahalesi bulunmamakta olup, bu nedenle kendiliğinden sona erme halleri “*doğrudan doğruya sona erme*” halleri olarak da adlandırılmaktadır²⁹³.

Hukuki işlemten kaynaklı olarak sürekli borç ilişkisinin sona ermesi halinde ise, bir takım nedenler ile borç ilişkisi sonlanmaktadır. Burada ortaya çıkan sebepler ile sürekli borç ilişkisi doğrudan bir şekilde sona ermemekte olup, bu sebebe dayanan taraf bakımından ortaya konacak bir irade beyanı ile sürekli borç ilişkisi sona erdirilebilecektir. Bir tarafın öne sürdüğü irade beyanı ile sona erme gerçekleşmekte olmakta, ancak irade beyanı ile hukuki sonucun geçerlilik kazanması için dayanılan sebebin irade beyanını haklı kılması noktasında belirleyiciliği söz konusudur²⁹⁴. Yani ortaya çıkan bu sebepler mevcut sözleşmenin devam etmesine engel teşkil edebilecek, fakat bu sebebe dayanan tarafın

²⁹³ Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 103.

²⁹⁴ Altınok Ormancı, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 90.

ortaya koyduğu irade beyanına göre bu sürekli borç ilişkisinin sonlandırılması hususunda özellik arz etmekte olacak bu nedenle söz konusu durum açısından “*dolayısı ile sona erme*” sebeplerinden bahsedilebilecektir²⁹⁵.

Sürekli borç ilişkisini sona erdirebilecek sebeplerden bir diğeri ise sonraki imkânsızlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Esas olarak sonraki imkânsızlık sürekli borç ilişkisini içersin veya içermesin bütün borç ilişkilerini kapsayacak şekilde TBK’nın genel kısmında m. 112’de borçlunun sorumlu tutulacağı ifa imkânsızlığı ile bunun sonuçları kapsamında, m. 136’da ise borçlunun sorumlu tutulmayacağı ifa imkânsızlığı ile sonuçları bakımından ele alınmaktadır. İmkânsızlığın hangi zamanda kesin ve devamlı olarak mevcut olduğunun belirlenmesi, sürekli borç ilişkileri açısından özellik arz eden bir durumdur²⁹⁶.

3.2. Kendiliğinden Sona Erme Halleri

3.2.1. Kararlaştırılan Sürenin Bitmesi

Sürekli borç ilişkileri bakımından ifanın zamanı özellik olarak “*zaman içinde bir süreyi*” içermekte olup, borç ilişkisinin başladığı tarih ile sürenin başlangıcı aynı tarih olacak ve dolayısıyla bu belirlenmiş süre içerisinde sürekli borç ilişkisinin ifasına devam edilecektir²⁹⁷. Yani bu ilişkinin devamı süresince, ilişkiden kaynaklı borçların yerine getirildiği süre boyunca borç ilişkisinin amacı ve dolayısıyla ilişkinin kendisinin de devamı söz konusudur.

Ani edim taşıyan borç ilişkileri bakımından edimin gerçekleştirilmesiyle borç ilişkisinin sonlanması aynı anda meydana gelmekte, fakat sürekli borç ilişkisi burada ifade edildiği üzere farklılık göstermektedir²⁹⁸. Sürekli borç ilişkileri sona erme sebebini kendi bünyelerinde taşımamakta fakat bundan bu borç ilişkilerinin sonsuza değin süreceğinin de anlaşılması mümkün değildir. Bu ilişkilerin var olduğu süreler kendi bünyelerinde bulunmadığından dışarıdan gelen bir müdahale ya da sebeple sona ermeleri söz konusu olmakta ve ifa süresinin ise kanunda öngörülmüş olması veya borç ilişkisinin taraflarınca kararlaştırılması mümkündür²⁹⁹.

Taraflar sürekli borç ilişkisini bünyesinde barındıran sözleşmeyi kurdukları aşamada sözleşmenin sona ermesine dair belirli süreye kadar veya kendilerinin belirleyecekleri tarihe kadar öngörebilecekleri gibi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir olaya da bağlanabilmesi mümkün olmakta ve sözleşmenin sona ermesi bu belirlenen sürenin sonucunda ya da olayın meydana gelmesi ile gerçekleşecektir³⁰⁰.

TKHK yürürlüğe girmeden önce itiraz gelmemesi durumunda belirli süreli abonelik sözleşmelerinin, sözleşmenin ilk kurulduğu halde kararlaştırılan süre ile uzayacağına dair düzenlemeler içerebilmekte idi. Burada sözleşmenin uzamasını istemeyen abonenin ise sözleşme sona ermeden önce bir fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi sonlandırması

²⁹⁵ Seliçi, s. 103.

²⁹⁶ Seliçi, s. 90-91.

²⁹⁷ Seliçi, s. 66.

²⁹⁸ Sürekli edimli borç ilişkileri ile ani edimli borç ilişkilerini birbirinden ayrılmasına dair detaylı bilgi için bkz. Seliçi, s. 8 vd.

²⁹⁹ Seliçi, s. 65-66.

³⁰⁰ Burada sözleşmenin sona erme anına ilişkin olarak, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ancak gerçekleşeceği kesinlik arz eden bir olaya bağlanması mümkün olabilir. Bunun yanında sona ermenin gerçekleşip gerçekleşmeme durumu ile zamanının belli olmadığı bir olayında kararlaştırılması mümkündür. Bkz. Seliçi, s. 67 vd.; Yıldız, s. 113-114; Altınok Ormancı, s. 84-85.

mümkün olmaktadır³⁰¹. Kurduğu abonelik sözleşmesini sona erme zamanını unutan veya hatırlayamayan aboneler bakımından ise bu nedenle sözleşme süresinin bitiminden önce fesih beyanında bulunamamakta ve dolayısı ile sözleşme sürelerinin uzaması söz konusu olmaktadır. Karşılaşılan bu problemlerden sonra TKHK m. 52/f. 3 ile abonelik sözleşmelerinde belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin düzenlemelerin konamayacağı kararlaştırılmış ve abonelik sözleşmesinin tüketicinin onayı ya da talebi ile uzamasının mümkün olduğu ele alınmıştır³⁰². Buna ek olarak sözleşmenin sona ermesinden çok önceden ya da kurulması aşamasında alınan sürenin bitiminde sözleşmenin uzayacağına dair alınan onayın maddenin gerekçesinde haksız şart kapsamında değerlendirileceği yer almıştır.

Uygulamada akdedilen abonelik sözleşmelerinin pek çoğunda sözleşmenin çoğunlukla bir yıl gibi kararlaştırılan belirli bir süre için devam edeceği veya sözleşmenin sona ermesinden önce genel olarak on beş gün şeklinde belirtilen bir zaman diliminde herhangi bir tarafın fesih beyanını öne sürmemesi durumunda aynı şartlar dahilinde sözleşmenin uzamış sayılacağı veya bir tarafın sözleşmeyi feshetmesine kadar geçerli halde bulunacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır³⁰³.

Bu aşamada gündeme gelmesi olası olan sorun ise sözleşmenin süresi sona ermesine karşın tüketici tarafından öne sürülmüş bir onay ya da talep bulunmamasına rağmen işletmecinin hizmet sunmaya ve tüketicinin de bu hizmetten yararlanmaya devam etmesi durumudur. Bu noktada geçerli bir sözleşmenin mevcut olmadığına dair bulunulacak iddianın hakkın kötüye kullanımı sonucunu doğurması söz konusu olabilir. Örneğin bir ay gibi bir kullanım süresinin kötüye kullanım oluşturacak şekilde yorumlanması mümkün olup, sürenin geçmiş olması durumunda tüketici tarafından sözleşmeye zımnen onay verildiği kabul edilmelidir³⁰⁴. Çünkü Kanun Koyucu tarafından tüketicinin bahsedilen durumda hizmetten yararlanmaya belirli bir süre boyunca devam etmesini örtülü irade beyanı olarak değerlendirilerek sözleşmenin uzamasına sebep olacaktır³⁰⁵. “Sükût ile tecdit” kurumu olarak da adlandırılan bu hususta tarafların davranışları esas alınarak bu davranışların, taraflarca sözleşmeyi sürdürmeye yönelik eğilimleri olduğu yönde hukuki sonuç ile ilişkilendirilmektedir. Bu şekilde sürekli borç ilişkilerinin kendi içeriğinden doğan ve istikrar unsuru olarak da adlandırılan “sürme eğilimine” aykırılık oluşturan sözleşmelerde, ifa süresinin sonunun öngörülmesine dair yaklaşım, bu bahsedilen kurum ile yumuşatılmak istenmektedir³⁰⁶. Sükût ile tecdit sürekli borç ilişkisi taşıyan sözleşmelerin kapsamına uymasından kaynaklı olarak, sürekli borç ilişkisini bünyesinde barındıran elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerin de, bu çerçevede hükümler içermesinin önünde bir engel yer almamaktadır³⁰⁷. Ayrıca ASY m. 13/f. 2’de yer alan düzenlemeye de burada

³⁰¹ Çetiner, Bilgehan, Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Telekomünikasyon Hukuku, İstanbul 2017, s.99.

³⁰² TKHK m. 52/f. 3: “Belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz; ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde abonelik sözleşmesi uzatılabilir.”

³⁰³ Seliçi, s. 70.

³⁰⁴ Çetiner, Sona Erme, s. 99.

³⁰⁵ Çetiner, Sona Erme, s. 99.

³⁰⁶ Seliçi, s. 75.

³⁰⁷ Yıldız, s. 114; Ormancı Altınok, s. 85.

değınmemız yerinde olacaktır³⁰⁸. Buna göre sözleşme süresinin bitmesinden sonra tüketicinin açık bir talebi veya onayı olmadığı halde hizmet sunmaya devam eden satıcı ya da sağlayıcının, sunduğu hizmet bedelini talep edemeyeceği ele alınmıştır. Sözleşme süresinin bitiminden itibaren birkaç gün sürecek şekilde gerçekleşen yararlanmanın bu düzenleme kapsamında değerlendirileceğinden abonenin bedel ödemesi söz konusu olmayacaktır. Fakat abonenin sağlanan hizmetten örneğın bir ay gibi uzun bir zaman boyunca yararlanması durumunda ise öne sürölen bir sözleşmenin bulunmadığına ilişkin iddia hakkın kötüye kullanımı içermesi muhtemeldir. Burada somut olayın özelliklerine göre tüketici tarafından hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacak ise, hizmetten yararlanmanın örtölü bir irade beyanı olarak kabul edilmesi ve belirsiz süreli abonelik sözleşmesine dönüşeceğinin kabulü mümkündür³⁰⁹. Fakat burada yukarıda izah olunan düzenleme ile TKHK m. 7/f. 1’de ele alınan sipariş edilmeyen mal veya hizmetlere ilişkin hüküm açısından varılması istenen neticeye ulaşmada ve korunması gereken menfaat kapsamında özenli davranılması gerekmektedir³¹⁰.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri uygulamada incelendiğinde sözleşme süresi hususunda sürenin öngörölmediğı gözlemlenmektedir. Sözleşmelerin tamamı belirsiz süreli olarak kurulmakta ve “sözleşmenin süresi” başlığında “*Sözleşme abone tarafından usulüne uygun olarak imzalanması ile yürürlüğe girecek ve taraflardan biri tarafından fesih şartlarına uygun olarak feshedilinceye kadar yürürlükte kalacaktır.*” biçiminde düzenlemeler içerdığı görölmektedir. Bu şekilde ele alınan elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri çerçeve sözleşme niteliğı içermesinden dolayı işletmecinin yaptığı kampanyalarla ilgili tüketicinin asgari olarak bağılı olacağı abonelik sözleşmesinin kurulmasına engel teşkil etmeyecektir. Buna örnek olarak işletmecilerin uygulamada akdettiğı elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde cihaz kampanyası ile birlikte tüketicinin belirli bir süre bağılı kalacağı sözleşmeler verilebilir. Burada sözleşmeyle öngörölen süreden önceki fesih halinde abonenin cezai şart ödeyeceğı düzenlenmektedir³¹¹.

Son olarak taahhütlü abonelik sözleşmeleri açısından süreye ilişkin değinilmesi gereken husus ise taahhütlü aboneliklerde sözleşme kurulması aşamasında baştan beri abone tarafından verilen taahhüt çerçevesinde sözleşme meydana gelmekte olup, bu açıdan taahhütlü abonelik sözleşmesini belirli süreli abonelik sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkündür. Bu nedenle taahhüt süresinin bitmesi ile beraber sözleşme süresi de sona erecektir. Ancak genellikle uygulamada akdedilen abonelik sözleşmeleri önceden belirsiz süreli şekilde kurulmuş olan mevcut bir abonelik sözleşmesine taahhütname eklenerek meydana getirilmektedir³¹². Kararlaştırılan taahhüt süresinin bitmesi ile de mevcut abonelik sözleşmesi belirsiz süreli olarak devam etmekte yani, bu durumda taahhüt edilen sürenin

³⁰⁸ ASY m. 13/f. 2: “Sözleşme süresi sonunda tüketiciden açık bir talep veya onay almadığı halde mal veya hizmet sunmaya devam eden satıcı veya sağlayıcı, sunulan bu mal veya hizmet için hiçbir bedel talep edemez.”

³⁰⁹ Bu hususla ilgili olarak abone tarafından belirli süreli olarak sözleşmenin uzamasına yönelik bir irade beyanında bulunulmadığı müddetçe belirsiz süreli şekilde uzaması değerlendirilmektedir. Çetiner, Sona Erme, s. 99.

³¹⁰ TKHK m. 7/f. 1: “Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketicie karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hallerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlölüğü yoktur.”

³¹¹ Açıkğöz, s. 537.

³¹² İnceoğlu, Murat, Abonelik Sözleşmelerinde Cihaz Taahhütnamelelerinin Taksitle Satım Sözleşmesi ile İlişkisi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2018, Ankara 2018, s. 157.

sona ermesi sözleşmeyi sona erdirmeyecektir³¹³. Ayrıca değinmemiz gerekir ki ASY m. 17'ye göre taahhüt süresinin sona ereceği, taahhüt süresinin bitmesinden en az bir fatura dönemi öncesinden aboneye bildirilmesi gerekmektedir³¹⁴.

3.2.2. Ölüm, Fiil Ehliyeti Sınırlandırılması veya Kaybı ile Aciz Hali

Ölüm hali esasen ölenin tarafı olduğu bir borç ilişkisini sonlandıran bir neden olarak ortaya çıkmamakla birlikte, kişi unsurunun ön planda yer aldığı kimi sözleşmeler bakımından kanunda sözleşmenin haklı nedenle feshi veya borcun kendiliğinden sona erdiren sebepler arasında düzenlenmektedir³¹⁵. Yani sürekli borç ilişkilerinin özelliklerine göre ölümün etkisi bir takım durumlarda farklılık arz edebilmektedir. Esas olan, sözleşmenin taraflarından birinin kişiliği dikkate alınarak sözleşme kurulmuş ise burada bu şahsın ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi söz konusu olmaktadır. Örneğin işçinin ölümünde hizmet sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği TBK m. 440 ile hüküm altına alınmış iken işverenin ölümü durumunda ise kural olarak hizmet sözleşmesinin devamı söz konusudur³¹⁶. Fakat TBK m. 441 çerçevesinde hizmet sözleşmesinin işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulması durumunda, sözleşmenin bir tarafının kişiliği dikkate alınarak kurulduğundan dolayı burada işverenin ölümü halinde de sözleşmenin sona ermesi mümkündür³¹⁷. Kimi hallerde ölüm haklı nedenle fesih sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna örnek olarak kira sözleşmeleri hakkında TBK m. 333 kapsamında kiracının ölümü durumunda mirasçılar tarafından fesih bildirim süreleri çerçevesinde sözleşmenin feshi mümkün olduğu verilebilir.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri, içeriğinde iş görme unsurlarını taşımasına karşın, TBK'da ele alınan iş görme sözleşmeleri arasında yer almamaktadır. Abonenin ölümü halinde sözleşmenin durumu ile ilgili olarak gerek EHK'da gerekse bu kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bundan dolayı TBK'da ki iş görme sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması söz konusudur. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işi görülen taraf olan abonenin kişiliği işletmeci bakımından sözleşmenin karşı tarafında yer alan kimsenin kim olduğu önem taşımadığı için, alışılmışın dışında bir ehemmiyet taşımamaktadır³¹⁸.

Standart bir sözleşme olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi işletmeci tarafından herkesle imzalanmakta ve sözleşmenin karşı tarafında bulunan abonenin esas borcunun ücret ödeme olması da düşünüldüğünde miras bırakan ya da mirasçılardan birinin bulunması her hangi bir önem arz etmeyecektir. Yani, sözleşmenin abonenin ölümü halinde sona ereceği, sözleşmede özellikle kararlaştırılmadığı müddetçe abonenin ölümü hiçbir şekilde sözleşmeyi sona erdirmeyecektir. Sözleşmenin ölüm ile sona ermemesinden dolayı külli halefiyet çerçevesinde abonenin mirasçılarının, sözleşmenin tarafı olarak sözleşmeye devam etmeleri mümkün olmakla birlikte, bu durumda ortada belirli süreli bir sözleşme

³¹³ İncoğlu, Murat, Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015 – 2016, Ankara 2016, s. 217.

³¹⁴ ASY m. 17: "Taahhütlü aboneliğin sona ermesinden en az bir fatura dönemi öncesinden satıcı veya sağlayıcı, bu durumu ödeme bildiriminin yanı sıra yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile ayrıca tüketicie bildirir."

³¹⁵ Seliçi, s. 81; Altınok Ormancı, s. 85.

³¹⁶ Seliçi, s. 81; Açıkgöz, s. 539.

³¹⁷ Seliçi, s. 81-82; Altınok Ormancı, s. 85.

³¹⁸ Yıldız, s. 115.

bulunsa bile sözleşmenin süresinden önce haklı sebeple feshi imkânına mirasçılarının sahip olduğunun kabulü gerekir³¹⁹.

Abonenin fiil ehliyeti kaybı ya da sınırlandırılması durumunda ise yine ölüm halinde olduğu gibi abonelik sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine neden olamayacaktır. Bu gibi durumlarda kanun koyucu genel bir düzenleme öngörmemiş ancak ölüm halinde olduğu gibi kimi durumlarda sözleşmeye taraf olan kimsenin kişiliğinin önem arz etmesi durumunda ayrıca düzenlemeye gitmiştir. Buna örnek olarak TBK m. 513 gösterilebilir. Vekâlet sözleşmesinde vekil ya da vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona erecek olup, elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri açısından ise bu şekilde bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu durumda da ölüm halinde olduğu şekilde sözleşmede kişiliği önem arz eden taraf olarak görülmeyen abonenin fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlandırılması söz konusu ise sözleşmenin kendiliğinden sona erme nedeni olarak kabul görülmeyecek fakat haklı nedenle fesih mümkün olacaktır.

Abonenin borç ödemedi aczi durumu da sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine sebebiyet vermeyecektir. TBK m. 98/f. 1 kapsamında taraflardan biri borcunu ifa etmede güçsüzlüğe düşmesi halinde sözleşmenin karşı tarafı alacağı güvence altına alınıncaya kadar ediminin ifasından kaçınabilecektir³²⁰. Aciz hali sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine neden olmasa da işletmeci olan sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyi feshetme imkânına sahiptir. TBK m. 98/f. 2’de ifa güçlüğünden kaynaklı olarak hakkı tehlikeye giren tarafça talep edilen güvencenin uygun olan zaman diliminde yerine getirilmemesi durumunda dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliği taşımasından dolayı bu düzenlemede tanınan dönme hakkı, sürekli borç ilişkilerinin içeriğinden kaynaklı olarak ileriye etkili fesih hakkı şeklinde kullanılması yerinde olacaktır³²¹.

3.2.3. İfanın İmkânsız Hale Gelmesi

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde abonenin asli edim borcunun bir miktar para olması nedeniyle ve para borçlarında da imkânsızlığın mümkün olmamasından dolayı abone bakımından ifanın imkânsızlığı söz konusu olmayacaktır. İşletmeci bakımından ise ifanın imkansızlığı değerlendirilecek olursa, TBK m. 136/f. 1 çerçevesinde sözleşme ilişkisinin kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmaktadır³²². Sözleşmenin sona ermesi bakımından borçlunun söz konusu imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır³²³. İfa imkânsızlığı halinde borç sona

³¹⁹ Çetiner, Sona Erme, s.100.

³²⁰ TBK m. 98/f. 1: “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.”

³²¹ Altınok Ormancı, s. 88.

³²² Buradaki imkansızlık sözleşmenin kurulduğu aşamada sözleşmenin konusu objektif olarak imkansız ise sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü söz konusu olacağından, sözleşme geçerli bir biçimde kurulmasının ardından ortaya çıkan ifa imkansızlığından bahsedilmektedir. Bkz. Çetiner, Sona Erme, s. 100. vd; Abonenin sözleşmeden kaynaklı asli edim yükümlülüğüne konu belirli bir para ödenmesi olduğu için ifanın imkansız hale gelmesinden bahsetmek mümkün değildir. Bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 853; Yıldız, s. 117.

³²³ Öğretideki bir görüşe göre imkansızlıktan borçlu sorumlu olsun ya da olmasın borç sona erecek ancak borçlu imkansızlıktan sorumlu ise TBK m. 112 çerçevesinde alacaklının uğradığı zararı tazmin etmesi gerekecektir. Bkz. Oğuzman / Öz, s. 455 vd; Öğretideki hakim görüş ise borçlunun sorumlu bulunduğu ifa

erecek fakat alacaklının uğradığı zararın tazmini hususunda ise borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu olup olmadığına göre bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

İmkânsızlığın maddi bir nedenden ortaya çıkması söz konusu olabileceği gibi hukuki bir sebepten de doğması mümkündür³²⁴. Elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecinin uygulamada maddi olarak ifa imkansızlığından kaynaklı borcunu yerine getirememesi gerçekleşmesi çok zor bir olasılık olarak değerlendirilir. Hukuki imkansızlık ile karşılaşılma olasılığı ise daha yüksek görülmekte olup, örneğin elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumuna ilişkin yetkilendirme iptali durumu söz konusu olabilir. Bu noktada EHSİYY m. 7/f. 4 şu şekilde ele alınmıştır:

“İşletmecinin yetkilendirme süresi boyunca Kurum düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen şartları sağlaması zorunlu olup; bu şartları kaybetmesi veya söz konusu şartları sağlamadığının daha sonra tespit edilmesi halinde, kendisine Kurum tarafından durumun niteliğine göre uygun bir süre verilerek, gerekli şartların yerine getirilmesi bildirilir. Süre sonunda durumun düzeltilmemesi halinde yetkilendirme iptal edilir.”

Düzenlemede ele alınan durum meydana geldiğinde elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumun gerçekleşmesinde işletmecinin sorumluluğu mevcut ise TBK m. 112 vd. çerçevesinde abone tarafından zarar tazmini talep edilmesi gündeme gelecektir. Buna ek olarak gündeme gelecek bir başka husus tüketicinin etkin bir biçimde korunmasını ve elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanabilmesini sağlamak amacı ile BTK işletmeciyi bir müddet daha hizmet sağlama yükümlülüğü altında bulundurabilir³²⁵. Bu doğrultuda işlem tesis edilmesi için gerekli yetki BTK’ya verilmiştir.

Geçici imkansızlık açısından bakıldığında ise uygulamada bu durum ile daha çok karşılaşıldığı gözlemlenmekte ise de geçici imkansızlığın sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sebebinin oluşturmayacaktır. Örnek olarak deprem, sel veya yıldırım düşmesi gibi bir doğal afet neticesinde bölgede bulunan elektronik haberleşme altyapısının zarar görmesi ve kullanılamaz duruma gelmesiyle o bölgede elektronik haberleşme hizmetlerinden geçici bir süre ile yararlanılması mümkün olmadığında, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinden bahsedilemez. Fakat bu durumda borçlu

imkansızlığı halinde borç sona ermeyecek fakat bu borç ilişkisinden kaynaklı alacağın içeriğinde değişiklik meydana gelerek, bir tazminat alacağına dönüşmesi söz konusudur. Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 853-854.

³²⁴ Maddi imkansızlıkta tabii ilimler çerçevesinde bir edimin asla yerine getirilememesi ya da pratik olarak yerine getirilmesinde aşılabilir engellerin ortaya çıkmasıdır. Hukuki imkansızlıkta ise mevcut bir hukuki engel edimin yerine getirilmesinin önüne geçmektedir. Bkz. Seliçi, s. 90; Oğuzman / Öz, s. 460.

³²⁵ Bu konuda EHSİYY m. 19/f. 1 (I)’nin düzenlemesi şu şekildedir: *“Yetkilendirmenin feshi veya iptali: Kurum tarafından yetkilendirilen işletmeci, iptal ettirmek için talepte bulunduğu yetkilendirme kapsamında halihazırda elektronik haberleşme altyapısı işletmediğini, hiçbir aboneye sahip olmadığını veya aboneleriyle ilişkisini kestiğini ve abonelerine geçmişte hizmet sunduğu tarih aralığını beyan ederek yetkilendirmenin iptal edilmesi için Kuruma yazılı talepte bulunabilir. Bu talepten sonra Kurum tarafından işletmeciden abonelerine hizmet sunduğu son beş yıllık döneme ilişkin kayıtları, abone kütük bilgilerini ve hizmet sunumuna ait donanımı (harddisk ve benzeri) Kurumun belirlediği şekilde gönderir. Ayrıca, Kurum tarafından gerekli görülmesi durumunda ilave bilgi ve belge istenebilir ve/veya yerinde tespit yapılabilir. Kurum, uygun görmesi halinde söz konusu yetkilendirmeyi iptal edebilir. İşletmecinin herhangi bir mevzuata uymaması sonucu yetkilendirmesinin iptali halinde, işletmeci Kurumun abone mağduriyetini gidermek için aldığı tedbirlerle uymakla yükümlüdür.”*

temerrüdü, ayıplı ifadan kaynaklı olarak ya da sözleşmenin haklı sebeple feshi söz konusu olabilecektir.

3.3. Hukuki İşlem ile Sona Erme Halleri

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri farklı durumlarda sona ermesi kendiliğinden gerçekleşmektedir. Buna ek olarak ise bir takım durumlarda sözleşme taraf iradesi ile de sona erebilmektedir. İlk olarak tarafların her zaman kurdukları bir sözleşmeyi anlaşılarak sona erdirmeleri mümkündür. Ayrıca sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeyen bir takım nedenlerin ortaya çıkması ile sözleşmenin tarafları ortaya çıkan bu nedenlere dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeleri söz konusu olabilir. Bir takım hallerde ise kullanılacak bir fesih hakkı bulunmamakta ancak sözleşmenin feshi öne sürülmekte ve bu haksız fesih oluşturmaktadır. Buna ek olarak abonenin numara taşıma yöntemi ile de sözleşmenin feshi mümkündür. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerini meydana getiren taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde ise temerrüdün sonucu olarak fesih hakkı gündeme gelecektir. Kimi hallerde ise cayma hakkı gündeme gelebilecektir. Bu çerçevede elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin hukuki işlemle sona erme halleri olarak tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri, olağan ve olağanüstü fesih halleri haksız fesih, numara taşıma yoluyla fesih, temerrüt ile cayma hakkının ele alınması gerekecektir.

3.3.1. Tarafların Anlaşması

Borçlar hukuku ile ilgili herhangi bir sözleşmeyi taraflar aralarında kuracakları ve şekil şartı öngörülmemiş olan ikale sözleşmesi ile her zaman önceki mevcut sözleşmeyi sona erdirebilmeleri mümkündür³²⁶. Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin de bu şekilde taraflarca sona erdirilebilmesi mümkündür. Sona ermeyi gerçekleştiren bu sözleşme mevcut borç ilişkisinin bütünüyle sona erdirilmesi olarak kurulabileceği gibi, sözleşmeden kaynaklı belirli yan yükümlülüklerin sona erdirilmesini içerecek şekilde de gerçekleştirilebilir³²⁷. Bu çerçevede tarafların oluşturacakları ikale sözleşmesi ile önceki sözleşme sona erecek ve bu nedenle tarafların sözleşmeden kaynaklı edim yükümlülükleri de ortadan kalkacaktır.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından özellik arz eden husus ise, sözleşmenin icrasına başlanıp başlanmaması ve bunun borç ilişkisine etkisi noktasındadır. Bu noktada sürekli borç ilişkisinde sürekli edim yerine getirilmeye başlanmamışsa, bozma anlaşması sürekli borç ilişkisinin sona ermesini sağlayacak ve sözleşmenin icrasına başlanmamış borç ilişkisi olması sebebiyle taraflarca birbirine iadesi gerçekleştirilecek edimler bulunmayacaktır. Ancak sürekli borç ilişkisinin icrasına başlanması durumunda ise bu ilişkinin ileriye doğru ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır. Böylece bozma anlaşmasının hüküm doğurması sonucunda tarafların sürekli borç ilişkisinden bir borçları artık doğmayacak ve niteliğinden kaynaklı olarak da geri verilmesi mümkün olmayan edimlerin iadesi gündeme gelmeyecek yani sözleşmenin geriye etkili olacak bir biçimde sona erdirilmesi söz konusu olmayacaktır³²⁸.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri de sürekli borç ilişkisi meydana getiren sözleşmelerden olması sebebiyle ileriye etkili bir biçimde

³²⁶ Seliçi, s. 104; Yıldız, s. 119; Çetiner, Sona Erme, s. 102; Altınok Ormancı, s. 90.

³²⁷ Seliçi, s. 105; Yıldız, s. 119.

³²⁸ Seliçi, s.105 vd; Yıldız, s. 119; Açıkgoz, s. 520-521.

sonlandırılabilir. Sözleşmenin niteliğinden kaynaklı olarak yararlanılan elektronik haberleşme hizmetinin geri verilmesi mümkün olmamakta ve yararlanma ile hizmetten beklenen fayda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde sürekli edim olan elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna başlanması ile birlikte, bu noktada mevcut sürekli borç ilişkisi ancak ileriye etkili bir biçimde sona erdirilebilecektir. Bozma sözleşmesi ile yeni edimlerin doğması söz konusu olmayacak ve o ana kadar ifası gerçekleşmiş olan edimler ile ilgili geri verme de söz konusu olmayacaktır.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin taraflarca anlaşma ile sona erdirilmesi uygulamada çoğunlukla TBK m. 133 çerçevesinde yenileme olan, yeni bir borcun meydana getirilerek, eski borcun ortadan kaldırılması şeklinde yapılmaktadır. Örneğin mevcut bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde tarife değişikliği ile sözleşme değişikliği gerçekleştirmekten ziyade, taraflar hali hazırdaki tarifeyi değiştirerek farklı bir ücret ve şartlar dâhilinde önceki abonelik sözleşmesini sona erdirerek, yeni bir abonelik sözleşmesi meydana getirmektedirler.

3.3.2. Fesih

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere konu olan bir tarafın edimi ile diğer tarafın ediminin birbiri ile dengesi ve fonksiyonel bağlılığının haklı bir sebebe dayalı olarak bozulmasıyla aradaki bu fonksiyonel bağlılık ile dengenin kendi aleyhine bozulmuş olan taraf bakımından sağlanmasını teminen sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır³²⁹. Taraflardan birinin dönme hakkını kullanması ile sözleşme geçmişe etkili bir biçimde sona erecektir. Bu dönme hakkı ile taraflar, edimlerin ifa edilip edilmediğine göre ve durumun özellikleri çerçevesinde tek taraflı ya da karşılıklı geri verme yükümlülükleri ile edimin ifasından kaçınma hakkı sağlanarak, bu sayede arada bozulmuş olan karşılıklılık terazisi tekrardan dengeye kavuşturulmaya çalışılmaktadır³³⁰.

Sürekli edimler içeren borç ilişkileri bakımından ise dönme hakkı, hakkın kullanılacağı ana kadar gerçekleştirilmiş olan edimleri geri verdirmeye yönelik etkisi fiilen mümkün olmamakla birlikte adaletle de bağdaşmamaktadır. Çünkü sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde geçmişe etkili olacak bir biçimde sözleşmeden dönülebilmesi kural olmakla birlikte, aksinin kabulü halinde de dönme hakkının kullanılması ile güdülen amaç da pratik olarak yerine getirilememektedir. Bu sebeple yukarıda bahsedilen dengenin sağlanması ileriye etkili olacak bir bozma bildirimi ile gerçekleştirilmek istenmiştir³³¹. Edimlerin niteliğinden kaynaklı olarak kimi borç ilişkilerinde fiili olarak edimlerin karşılıklı bir biçimde geri verilme imkânı olmadığından o ana kadarki edim yükümlülükleri ifa edilmişse geri istenemeyecek ve bu sözleşmelerde geçmişe etkili bir biçimde sona erdirmeye söz konusu olmayacaktır. Bu ileriye etkili olan bozma bildirimine “sözleşmenin feshi” ya da “fesih” denmektedir³³². Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde abonenin elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmasına karşı abonelik ücretini ödememesi durumunda, işletmeci geçmişe etkili bir biçimde sözleşmeden dönerek abonenin yararlandığı elektronik haberleşme hizmetini geri alması mümkün değildir. Böyle bir imkân söz konusu olsaydı dahi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler büyük oranda sona

³²⁹ İnal, Tamer, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, İstanbul 2018, s. 82-83; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s.40; Oğuzman / Öz, s. 449.

³³⁰ Serozan, s. 40.

³³¹ Serozan, s. 40. Oğuzman / Öz, s. 451-452.

³³² Oğuzman / Öz, s. 452.

erme zamanına değin sözleşmenin kurulması ile beklenen ifa menfaati meydana gelmiş olması sebebiyle ifadan önceki hale geri dönülmesinin pratik olarak bir karşılığı bulunmayacaktır³³³. Yani abonenin yararlandığı elektronik haberleşme hizmetinin geri verilmesi mümkün olduğu varsayılsa bile kurulan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi ile abonenin beklentisi olan bu hizmetten kaynaklı ifa menfaati meydana gelmiş olacağı için ifadan önceki duruma dönülmesinin gereksiz olacağı söylenebilir.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih hakkı, ileri etkili biçimde sona erdirilen bozucu yenilik doğuran haklardandır ve kural olarak dava yolu ile kullanılmaları gerekmemektedir³³⁴. Dönme ve fesih haklarının birbirinden ayrılması konusunda en temel gösterge dönmede sözleşme geçmişe etkili olarak sözleşme ortadan kaldırılmakta iken, fesih hakkında ise sözleşme ileriye etkili olacak biçimde sona ermektedir³³⁵. Dolayısı ile sözleşmeden dönme nedeni olarak görülecek durumlar ani edimli sözleşmelerde iken, bu nedenlerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdeki görünümünün fesih nedeni şeklinde ortaya çıkması söz konusudur.

Öğretide feshe ilişkin olarak, sürekli edimler içeren borç ilişkilerinin ortada bir ifa engeli söz konusu olmamasına karşın feshine “*olağan fesih*” denilmiştir. Buna karşın ortaya bir ifa engeli çıkmasından kaynaklı olarak bu nedenden kaynaklı feshine ise haklı fesih ya da “*olağanüstü fesih*” denilerek bu şekilde ikili ayırımıda bulunularak ele alınmıştır. Ayrıca feshin hukuki sonuçlarını doğurması bakımından da ikili bir ayrıma gidilmiş ve fesih ihbarının karşı tarafa varmasıyla sonuç doğurduğu hal süresiz fesih olarak adlandırılırken, feshin hukuki sonuçlarını, ihbarın sözleşmenin karşı tarafına ulaşması yerine belirli bir zaman dilimini ifade eden ihbar önelinin geçmesiyle doğurduğu tür süreli fesih olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁶.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri ile ilgili uygulamada görülen uyumsuzlukların büyük bir kısmı sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında olduğu gözlemlenmekte ve tüketicinin korunması esas alınarak kanun koyucu tarafından TKHK’da sözleşmenin feshine ilişkin olarak detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla beraber EHK ve buna bağlı çıkarılan ikincil mevzuatta da elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin fesih usulüne ilişkin ayrıca hükümler ele alınmıştır. Sözleşmenin feshi ile ilgili düzenlemeler dikkate alındığında temel olarak sözleşmenin süresi esas olmak üzere bir ayrıma gidilmiştir. Dolayısı ile abonelik sözleşmelerinin feshinde TKHK’da yer alan sözleşme süresi belirli süreli olacak şekilde kararlaştırılmış ve bu sürenin de bir yılın altında bir süre şeklinde belirlenmiş olduğu abonelik sözleşmeleri ile sözleşme süresinin bir yıl ve bir yıldan fazla olacak şekilde kararlaştırıldığı abonelik sözleşmeleri birbirinden farklılıklar içermektedir. Ayrıca sözleşme süresinin belirsiz süreli olarak kararlaştırıldığı abonelik sözleşmeleri bakımından da ayrıma gidilerek toplamda abonelik sözleşmeleri

³³³ Kahveci, Nalan, s. Taşınır Mal Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s. 167.

³³⁴ Oğuzman / Öz, s. 448; Bozucu yenilik doğuran haklarla ilgili bkz. Oğuzman / Barlas, s. 160 vd.

³³⁵ Dönme ve fesih haklarının ayrımı için bkz. Kahveci, s. 167 vd.

³³⁶ Seliçi, s. 131-132; Serozan, s. 116-117; Öğretide yapılan tasnif TBK m. 126’da yer alan düzenlemede açıkça belirtildiği sürekli edimli sözleşmelerin ifasına başlanmasının ardından feshi ele alınmıştır. Fakat hem EHK hem de TKHK çerçevesinde yer aldığı üzere, elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin ifasına başlanıp başlanmadığına bakılmaksızın abone tarafından dilediği zaman sona erdirilebilecekleri ele alınmıştır. Dolayısı ile elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde TBK’da yer alan düzenlemeden farklı olarak sona erdirilebilmesi için edimlerin ifasına başlanmasına gerek bulunmamaktadır.

bakımından üç farklı husus ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu durumlara ek olarak elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak kurulması halinde fesih durumu ile numara taşıma yöntemi ile sözleşmenin feshi başlıkları altında çalışmamızın bu bölümünde ele alınacaktır.

3.3.2.1. Belirli Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi

3.3.2.1.1. Süresi Bir Yılı Aşmayan Belirli Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi

Belirli süreli olarak kurulmuş abonelik sözleşmeleri açısından sözleşme süresi bir yıldan az olarak kararlaştırılmış abonelik sözleşmeleri ile ilgili olarak TKHK m. 52/f. 4 şu şekilde ele alınmıştır:

“...Süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması halinde de tüketici sözleşmeyi feshedebilir...”

Ayrıca TKHK doğrultusunda çıkarılan ASY m. 22/f. 2’de bu düzenlemeye esasen aynı doğrultudaki şu düzenleme yapılmıştır:

“Süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması halinde veya tüketicinin hizmetten yararlanmasına engel olabilecek geçerli bir sebebin varlığı halinde tüketici sözleşmeyi feshedebilir.”

Kanun süresi bir yıldan daha az olacak şekilde kararlaştırılmış abonelik sözleşmeleri bakımından tüketicinin fesih hakkını kullanabilmesi için sözleşme koşullarında karşı tarafça gerçekleştirilecek tek taraflı bir değişikliğin yapılması koşulunu öne sürmüştür. Yönetmelikte yer alan düzenlemede ise TKHK’da yer alan şarta ek olarak tüketicinin hizmetten yararlanmasını engelleme ihtimali olan geçerli bir sebep mevcut olması durumunu da alternatif olarak düzenleyerek süresi bir yıldan kısa olarak belirlenmiş abonelik sözleşmelerinin tüketici tarafından feshedilebileceğini düzenlemiştir.

TKHK sözleşmede yapılan değişiklik açısından tüketicinin lehine ya da aleyhine olması ile ilgili herhangi durumu göz önüne almadan bir düzenlemeye gitmiştir. Bu açıdan madde metninden sözleşmede tüketicinin lehine gerçekleştirilebilecek bir değişikliğin ardından sözleşmenin feshinin gündeme gelebileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olmasına karşın, böyle bir değişiklik öne sürülerek ortaya konacak olan bir fesih iradesinin TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına uygun olmayacağı kanaatimizce açıktır. Bu sebeple gerek TKHK gerekse ASY’de söz konusu değişikliğin tüketicinin aleyhine olması belirtilmemiş olsa dahi bu doğrultuda anlaşılması gerekmektedir.

Buna ek olarak 6502 sayılı Kanun m. 4/f. 2’de sözleşmedeki koşulların, sözleşme ile kararlaştırılmış olan süre içerisinde tüketicinin aleyhine olacak bir şekilde değiştirilmesine açıkça yasak getirmiştir.

Temel ilkeler başlığı altında sayılmış bu hükme göre, tüketicinin taraf olduğu bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde sözleşme süresince tüketici aleyhine koşullarda değişiklik getirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Kanunun m. 4/f. 2’de açıkça böyle bir yasak öngörmesine karşın sözleşme süresi içinde abonenin aleyhine değişiklik durumunda tanınan fesih hakkının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, kanun koyucunun bir taraftan sözleşmeye böyle hükümlerin eklenmesini yasaklarken bir taraftan ise abonelik

sözleşmelerinde tüketici aleyhine eklenecek hükümler karşısında fesih hakkı tanınması aslında kanaatimizce sözleşmeye bu koşulların eklenebileceğini kabul etmekte ve bu açıdan bu iki hükmün birbiri ile çelişki meydana getirdiği sonucuna ulaştırmaktadır³³⁷.

ASY m. 22/f. 2’de yer alan hizmetten yararlanmaya engel teşkil edebilecek geçerli bir sebep mevcut ise bu durumda abonenin fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik bu noktada söz konusu hizmetten yararlanmayı engelleyen geçerli sebebin kimden, sözleşmenin hangi tarafından kaynaklanması gerektiği ile ilgili olarak bir açıklama getirmemiştir. Burada, kanaatimizce engele kaynak oluşturan kişinin her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmekte ve TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına bir aykırılık oluşturmadığı sürece, kimden kaynaklandığının herhangi bir önemi olmaksızın geçerli sebebin öne sürülerek sözleşmenin feshi mümkündür.

Gerek TKHK gerekse ASY’de yer alan sözleşme süresi belirli süreli olarak kararlaştırılmış olup, bu sürenin de bir yılın altında olduğu abonelik sözleşmelerinde, fesih hakkının kullanımı için düzenlenen şartlar göz önüne alındığında, kanun ve yönetmelikteki genel yaklaşım hakkında bir çıkarımda bulunulabilmektedir. Şöyle ki, bu kapsamda yer alan abonelik sözleşmelerinde fesih hakkının kullanılabilmesi için ortada olağanüstü fesihte yer aldığı gibi haklı bir sebebin mevcut olması gerektiği kanısını uyandırmaktadır. Bu kanıdan yola çıkarak kanaatimizce belirli süreli olacak şekilde ve sözleşme süresi de bir yılın altında bir süre olarak kararlaştırılmış olan abonelik sözleşmelerinin feshinin haklı olduğunu ortaya koyacak bir takım sebepler mevcut ise sözleşmenin feshinin mümkün olduğunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır³³⁸. Öğretide söz konusu bu şartların, sürekli edimli sözleşmelerde, edimlerin ifasına başlanmış olmasının abonelik sözleşmelerinden ayrı tutularak değerlendirildiğinde, TBK m. 126’da düzenlenmiş olan borçlu temerrüdü halinde ifasına başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerin alacaklı tarafından feshinin mümkün olduğunu ele alan maddenin TKHK’da yer alan görünümü olduğu değerlendirilmektedir³³⁹.

Fesih hakkının kullanımı için yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi durumunda sözleşme süresi bir yıldan az bir süre olarak kararlaştırılmış abonelik sözleşmeleri bakımından, fesih bildiriminde bulunulabilecek zaman aralığına ilişkin bir düzenlemeye gidilmeyerek bu konuda bir süre belirtilmemiştir. Bu süreye öğretide bir görüş cayma hakkında öngörülen süre çerçevesinde sebebin ortaya çıkmasının abonece öğrenilmesini takiben on dört gün içerisinde fesih hakkının kullanılması gerektiğinden bahsetmiştir³⁴⁰. Böyle bir durumda abone tarafından fesih bildiriminin öne sürülmesi için herhangi kesin bir süre öngörülmesinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Burada esas dikkate alınması gereken nokta feshe ilişkin şartın gerçekleşmesinin ardından uzunca bir zaman aralığından sonra yöneltilecek olan bir fesih bildirimi de TMK m. 2’ye bir aykırılık oluşturacağından dürüstlük kuralı çerçevesinde makul bir süre içinde abonenin bu fesih bildiriminde bulunması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır³⁴¹.

³³⁷ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Öktem Çevik, s. 361.

³³⁸ Öktem Çevik, s. 361.

³³⁹ Aslan, s. 604.

³⁴⁰ Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 320.

³⁴¹ Çabri’ye göre sözleşme koşullarında gerçekleşen bir değişiklik durumunda öne sürülecek olan fesih bildiriminin bu değişikliğin gerçekleşmesinin ardından makul bir zaman dilimi aralığında öne sürülmesinin yerinde olacağını değerlendirmektedir. Çabri, s. 880.

3.3.2.1.2. Süresi Bir Yılı Aşan Belirli Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi

TKHK, abonelik sözleşmelerinde fesih hakkına ilişkin olarak sözleşmeleri süre yönünden ikili bir ayrıma tabi tutarak, süresi bir yılın altında kararlaştırılmış olan belirli süreli abonelik sözleşmelerini, süresi bir yıldan fazla olarak kararlaştırılmış belirli süreli biçimde kurulan abonelik sözleşmeleri ve belirsiz süreli olarak kararlaştırılan abonelik sözleşmelerini birbirinden ayırma yolunu tercih etmiştir. Dolayısı ile belirsiz süreli abonelik sözleşmelerinin feshi ile ilgili yapılacak açıklamalar bu kısım için de geçerli olacaktır.

Abonelik sözleşmesinin kuruluş aşamasında süre olarak “bir yıl” taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda TKHK’da yer alan ayrıma bakıldığında “süresi bir yıldan daha az” ve “süresi bir yıldan daha uzun” abonelik sözleşmeleri şeklinde bir ayrıma gidildiği gözlemlenmektedir. Bu durumda süresi tam bir yıl olarak belirlenmiş olan abonelik sözleşmelerinde fesih kurumunun uygulanması açısından hangi düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği akla gelebilir. Bu noktada dikkate alınması gereken husus ASY m. 22/f. 1’de şu şekilde ele alınmıştır:

*“Tüketici, belirsiz süreli veya **süresi bir yıl ve daha uzun** olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir.”*

Yönetmelik, görüldüğü üzere Kanundan farklı bir şekilde belirli süreli olarak kurulmuş ve sözleşme süresinin bir yıl şeklinde kararlaştırıldığı abonelik sözleşmelerini de süresi bir yıldan uzun belirli süreli abonelik sözleşmeleriyle birlikte değerlendirmiştir. Kanunda her ne kadar lafzi olarak sözleşmenin süresi bir yıldan daha uzun süreli olarak kararlaştırılmış olan abonelik sözleşmelerini belirtilmiş olsa da, kanaatimizce yönetmelikte yer alan ifade dikkate alınmalıdır. Bunun sonucu olarak da tam bir yıl olarak kararlaştırılmış abonelik sözleşmelerinin de bir yıldan uzun belirli süreli abonelik sözleşmeleri ile birlikte değerlendirilmesinin ve fesih açısından aynı hükümlere tabi olmasının yerinde olacağı düşünülmektedir³⁴².

3.3.2.2. Belirsiz Süreli Abonelik Sözleşmelerinin Feshi

3.3.2.2.1. Olağan Fesih

Olağan fesih, ifası belirsiz süreli olarak öngörülmüş sürekli bir borç ilişkisini bir tarafın sebep göstermeksizin yöneltmesi gerekli bir irade beyanı ile tek taraflı olarak sona erdirmesidir³⁴³. Sürekli borç ilişkilerinin ortak özelliklerinden biri olan istikrar ilkesinden yola çıkarak, sürekli borç ilişkilerine son verme olanağı yalnızca kanun veya sözleşme vasıtası ile tanınan bir yenilik doğuran hak olması halinde mevcut olabilmektedir. Dolayısı ile sonsuza dek bir sözleşme ile bağlı kalınması hayatın olağan akışına aykırılık arz etmektedir. Ayrıca bu durumun kabulü kişinin özgürlüğüne müdahale olarak da yorumlanabileceğinden TMK m. 23/f. 2’de belirtildiği üzere “hiç kimse özgürlüklerinden ne vazgeçebilir ne de onları gerek hukuk gerekse ahlaka aykırı bir biçimde sınırlayabilir” düzenlemesine de aykırılık oluşturacaktır³⁴⁴. Bu sebeple sözleşmenin taraflarından birine

³⁴² Aynı doğrultudaki görüş için bkz. Bal, s. 154.

³⁴³ Seliçi, s. 132.

³⁴⁴ Yürekli, Sabahattin, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016, s. 177; Altınok Ormancı, s. 90-91.

sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı sağlanması gerekmekte ve tam bu noktada olağan feshin karşılaması gereken yarar ortaya çıkmaktadır³⁴⁵.

Bir sözleşmenin olağan feshi, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak, taraflara bu hakkın tanınmasında kaynak, bir kanun hükmü olabileceği gibi doğrudan sözleşmede düzenlenmesi aracılığı ile tanınması söz konusu olabilir. Sözleşmenin süresi belirsiz süreli olarak kararlaştırılmış olan veya süresi bir yıldan uzun olarak belirlenmiş abonelik sözleşmeleri açısından olağan fesih kanunla tanınmıştır. Bu husus ile ilgili olarak TKHK m. 52/f. 4'te tüketicilerin abonelik sözleşmelerinin belirsiz süreli ya da süresi bir yıldan uzun olarak kararlaştırılmış belirli süreli olması halinde, abone tarafından bir neden ortaya koymadan ve cezai şart ödeme durumuna düşmeksizin sözleşmeyi feshetme imkanına sahip olduğu belirtilmiştir. Yani, aboneler fesih için herhangi bir neden gösterme zorunlulukları olmadan işletmeciye bildirimde bulunarak feshi gerçekleştirebileceklerdir. Bu hüküm kapsamında feshin gerçekleştirilebilmesi için esasen sözleşmenin belirsiz süreli ya da süresi bir yıldan uzun olan abonelik sözleşmesinin mevcut olması gerekmektedir³⁴⁶. Abonelik sözleşmesinin süresinin bir yıldan uzun olması durumunda ise söz konusu fesih hakkının bir yılın sona ermesi ile öne sürülebilecek duruma gelmesinin düzenlemenin amacına uygunluk teşkil edeceği düşünülmektedir.

Ayrıca EHK m. 50/f. 4'te elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri ile ilgili olarak şu düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre:

“İşletmeci tarafından abonelik sözleşme koşullarında değişiklik yapıldığının aboneye bildirilmesinden sonra, abone herhangi bir tazminat ödemedi sözleşmeyi feshedebilme hakkına sahiptir. İşletmeciler, sözleşmede yapılacak değişiklikler yürürlüğe girmeden en az bir ay önce abonelerini bilgilendirmekle ve söz konusu değişikliklerin abone tarafından kabul edilmemesi halinde abonelerin herhangi bir tazminat ödemedi sözleşmeyi fesh edebilme haklarının bulunduğunu bildirmekle yükümlüdürler. Aboneler taleplerini bildirmek kaydıyla aboneliklerini her zaman sona erdirebilir.”

Öğretide bir görüşe göre Elektronik Haberleşme Kanunu'nun bu düzenlemesinin son cümlesinden hareketle elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin ister belirli süreli ister belirsiz süreli olması fark etmeksizin her zaman sonlandırılabilirliğine ilişkin kanunen bir istisna düzenlendiği değerlendirilmektedir³⁴⁷. Nitekim bu değerlendirmeyi haklı çıkaracak şekilde olan EHK dayanak alınarak çıkarılmış olan EHSİTHY m. 18/f. 1'in ilk cümlesi elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin ücretsiz bir biçimde aboneler tarafından dilediği zamanda sona erdirilebileceği düzenlenmiştir.

³⁴⁵ Seliçi, s. 132.

³⁴⁶ Bu noktada değinmek gerekir ki, abonelik sözleşmesinin ilk etapta bir yıl için kurulmuş olması ve bir yıllık sürenin dolması ile tekrardan uzatılarak devam ettirilen sözleşmelerin hangi kapsamda değerlendirileceği konusunda tereddüt ortaya çıkabilecektir. Ancak bu noktada TKHK'nın sözleşmenin kendiliğinden uzamasına ilişkin hükümleri gözden geçirildiğinde kendiliğinden sözleşmenin uzamasına dair bir husus kabul görmemekte ve bu konuda mutlak bir biçimde abonenin onayı ya da sözleşmenin uzatılmasına ilişkin bir talebinin olması istenmektedir. Bu kapsamda aboneye tanınacak bir olağan fesih hakkı ile sözleşmede dengenin abone lehine aşırı bir biçimde bozulacağından bahsedilebilir. Bu nedenle aboneye tanınacak bir olağan fesih hakkında haklı bir menfaat taşımayacak olması sebebiyle söz konusu olmamakta ve düzenlemenin lafzi yorumu ile de sözleşmenin belirsiz süreli olması haricinde bir yıldan uzun süreli sözleşme bir biçimde sözleşme süresinin kararlaştırılması gerekmektedir.

³⁴⁷ Yıldız, s. 120.

Fakat EHK m. 50/f. 4'te yer alan hüküm bütünüyle ele alındığında ve olağan fesih imkanının TKHK'da yer alan düzenleme doğrultusunda ve buna uygun bir biçimde sözleşmede işletmecinin değişiklik gerçekleştirmesi ve bu değişikliğin aboneye bildirilmesi hususu çerçevesinde kullanılabileceği tarafımızca değerlendirilmektedir. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde abonenin olağan fesih hakkını kullanmasında zamanın önemli olmadan sözleşmenin kurulmasından sonra her zaman kullanılabileceği şekilde bir hak tanınmak istenseydi maddenin sonuna eklenecek bir cümle ile değil de ayrı fıkra şeklinde düzenlenerek ele alması gerekirdi. Fakat söz konusu bu hak işletmecinin gerçekleştireceği muhtemel değişiklikler için ayrı olarak ele alınan düzenleme çerçevesinde ele alınmış olup, kanunun amacına göre sistematik bir şekilde yapılan yorum esas alındığı takdirde abonenin isteği aksine gerçekleştirilen değişiklik durumunda sağlandığı düşünülebilir. Yani EHK m. 50/f. 4'ün son cümlesinde aslında bir haklı sebeple fesih hali ele alınmış, abonelik sözleşmesinde işletmecinin gerçekleştireceği tek taraflı bir değişiklik haklı sebeple fesih hali olarak hüküm altına alınmak istenmiştir. Dolayısı ile EHSİTHY m. 18/f. 1'de yer alan düzenleme de bu çerçevede değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Son olarak belirtmemiz gerekir ki elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri ile ilgili olarak uygulamadaki genel eğilim tüketici tarafından haklı bir gerekçe gösterilmesine gerek olmadan ve ücretsiz bir biçimde her zaman fesih hakkını kullanılabileceği şeklindedir. Fakat kanaatimizce elektronik haberleşme sözleşmesi ile bunun aksine bir düzenlemede bulunulmadığı müddetçe abonenin böyle bir fesih hakkının kanuni dayanağının olmadığı değerlendirilmektedir³⁴⁸.

Ayrıca TKHK m. 52/f. 4'te ve EHK m. 50/f. 4'te yer alan düzenlemenin karşıt anlamından anlaşılacak olan işletmecinin bu çerçevede bir fesih hakkı bulunmadığı ve bu hükümlerin emredici içeriğe sahip olmasından dolayı işletmeciye dilediği zaman sözleşmeyi sonlandırma imkanı sağlayan sözleşme koşullarının kesin hükümsüz olacağı değerlendirilmektedir³⁴⁹.

3.3.2.2.2. Olağanüstü Fesih (Haklı Sebeple Fesih)

Olağanüstü fesih bir borç ilişkisinin (ki bu borç ilişkisi belirli süreli veya belirsiz süreli olarak kararlaştırılmış olabilir) haklı bir sebebin ortaya çıkması yahut ifaya ilişkin bir engelin söz konusu olması durumunda, taraflardan birinin bu sebebe dayanması ile sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce ve ileriye etkili bir biçimde sonlandırılması imkanı sağlamaktadır³⁵⁰. Olağan feshin öne sürülmesinde herhangi bir nedene ihtiyaç duyulmamakta iken, olağanüstü fesihte ise bundan farklı olarak fesih hakkının kullanımı için kanuni ya da sözleşmesel bir sebep gerekmektedir. Ayrıca haklı bir sebebin varlığı halinde de olağanüstü fesih hakkının kullanılması söz konusu olabilir³⁵¹. Haklı sebeple feshe ilişkin bir tanım kanunda bulunmamakta fakat TBK'da yer alan m. 331 kira sözleşmesi veya m. 435 hizmet sözleşmesi gibi bir takım düzenlemelerde özel olarak olağanüstü fesih sebebi için durumlar öngörülmüştür.

Türk Borçlar Kanunu'nda bütün sürekli borç ilişkilerini kapsayan bir haklı sebeple fesih hükmü bulunmadığı ve haklı sebebin tanımına dair bir düzenleme de yapılmamış olması sebebiyle de devam eden bir sürekli borç ilişkisinin hangi şartlar dahilinde sona

³⁴⁸ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Çetiner, Sona Erme, s. 104.

³⁴⁹ Yıldız, s. 120-121; Çetiner, Sona Erme, s. 104.

³⁵⁰ Seliçi, s. 156; Serozan, s. 116; Yıldız, s. 123; Çetiner, Sona Erme, s. 106; Bal; s. 157.

³⁵¹ Seliçi, s. 187; Serozan, s. 116.

endirilmesine imkan sağlayacak haklı bir sebebin olduğunun belirlenmesi her somut olayın özellikleri dahilinde değerlendirilmelidir³⁵².

Doktrinde haklı sebep kavramı çekilmezlik olgusu ile açıklanmaya çalışılmakta ve buna göre haklı sebeple fesih hakkının doğması için fesih bildiriminde bulunacak taraf bakımından mevcut borç ilişkisinin çekilmez bir hal aldığı dürüstlük kuralı çerçevesinde olduğu değerlendirilebiliyor ise artık ortada sözleşmenin feshi için haklı bir sebep olduğu söylenebilecektir³⁵³. Çekilmezliği ortaya koyan sebepler bakımından sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeye aykırılık teşkil edecek davranışları bu kapsamda değerlendirilebilir. Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri açısından da bir tarafın borçlu temerrüdüne düşmesi ya da kötü ifada bulunması da belirli koşullar dahilinde mevcut sürekli borç ilişkisini çekilmez hale getirmesi ile haklı sebep meydana gelebilecektir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri ile ilgili olarak uygulamada ki genel kabul abonenin dilediği zaman ve ortaya herhangi bir gerekçe sunmaksızın sözleşmeyi feshetme hakkının olmasından dolayı fesih hakkının kullanılmasında ortada haklı bir sebebin mevcut olması aranmamaktadır. Dolayısı ile haklı sebeple feshin belirtilen şartları olması durumunda da abonenin süre ve prosedüre tabi olmaksızın fesih hakkının gerekleri yerine getirilecek olup, ayrıca abonenin uğradığı zarar söz konusu ise bu zararlar için de tazminat isteyebilmesi söz konusudur. Örnek olarak bir yerleşim yerindeki elektronik haberleşme altyapısının arızalanmasının ardından uzun bir süre boyunca tamirinin gerçekleştirilmemesi neticesinde kurumsal olarak iş yerinde elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanamayan iş yeri sahibinin sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshedebilmekle beraber ortaya çıkan bu aksaklıktan kaynaklı uğranılan zarar tazminini de talebi mümkündür. Fakat bu noktada işletmecinin sağlamakla yükümlü olduğu elektronik haberleşme hizmetine ilişkin kısa süreli kesintilerin neticesinde aboneye haklı sebeple fesih imkanı tanınmasının her zaman yerinde görülmeyeceği düşünülebilir. Buna ek olarak işletmeci tarafından verilen reklamlarında ve ilanlarında aksi durumu ifade etmesine rağmen belirli bir bölgede elektronik haberleşme faaliyetlerini sunamaması, kapsama alanının dışında kalması durumunda da söz konusu olacağı değerlendirilebilir. Bu tarz bir durumda yapılacak teknik incelemenin neticesine göre kalite standardının hiç sağlanamaması veya çok düşük düzeyde elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması meydana gelmesi durumunda abonenin sözleşmeyi haklı nedenle fesih bildiriminde bulunarak sonlandırabileceği ve uğranılan zarara ilişkin tazmini talep etmesi söz konusu olabilir³⁵⁴.

“...Yargılama sırasında tüketici hukuk hesap bilirkişisi tarafından düzenlenen 01.12.2014 tarihli raporda; ...taraflar arasındaki .. aboneliği nedeni ile davaya konu olan hizmetin gerçekleştirilmesi sırasında sorun olduğu bildirilen mevkiinde telefonun kapsama alanında olduğuna ilişkin davalı kurumun bir reklam ya da taahhüdünün bulunmadığı, ayrıca davalı şirket tarafından dosyaya sunulan kapsama alanı haritasına göre yaklaşık ve ... bölgesinin %95 oranında kapsama alanı içine girdiği ancak davacının belirttiği mevkiinin kapsama alanı içinde yer alıp almadığının belli olmadığı, bu saptamalar karşısında davacının oluştuğunu belirttiği zararın davalı tarafa yüklenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir...

³⁵² Seliçi, s. 187; Yıldız, s. 123-124; Çetiner, Sona Erme, s. 106.

³⁵³ Seliçi, s. 192 ve 221 vd; Yıldız, s. 124; Çetiner, s. 106; Altınok Ormancı s. 133.

³⁵⁴ Çetiner, Sona Erme, s. 107.

...mahkemece, davalı şirketin, özellikle ...- ... mevkiinin kapsama alanda olup olmadığını gösterir şekilde kapsama alınan dair tüm belgelerin, abonelik sözleşmesi tarihi itibarı ile tüm reklam içerikleri ve tanıtım broşürlerinin (davalının çekim gücüne dair taahhütlerini içerir tüm evraklar) dosyaya temininden sonra, dosyanın içinde ... alanında uzman bilirkişinin de bulunduğu bilirkişi heyetine tevdi edilerek, belirtilen tüm bu belgeler ile davalı kuruma ait baz istasyonu güvenlik sertifikaları da incelenmek suretiyle, tarafların iddia ve savunmaları hakkında, Yargıtay ve taraf denetimine uygun, açıklayıcı ve ayrıntılı bir rapor alınarak varılacak sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerekirken, eksik ve yetersiz bilirkişi raporu esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...³⁵⁵”

Ayrıca belirtmek gerekir ki sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda da haklı sebeple fesih kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örnek olarak aboneye ait şahsi bilgilerin habersiz bir şekilde üçüncü kişilerle paylaşılması durumunda, abone tarafından sözleşmenin haklı bir sebeple feshine yol açabilecektir³⁵⁶.

Özellikle ülkemizin kıyı şeritlerinde ve sınır bölgelerinde elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan aboneler, ülke sınırları içerisinde bulunmalarına karşın şebekelerin yetersizliği ve doluluğu gibi çeşitli sebeplerle yurt dışında olmadıkları halde uluslararası dolaşım hizmetinden yararlanmış gibi yüksek bedelli faturalarla karşılaşmaktadırlar. Bu tarz bir durumda abonenin yüksek bedelli faturalarla karşılaşması durumunda ise sözleşmenin abone tarafından haklı nedenle feshine sebebiyet verebileceği değerlendirilebilir.

“...davacı tarafın ülke sınırları içerisinde iken kullandığı GSM hattını, davalı tarafın yurt dışı kullanım olarak kabul ederek yurt içi kullanıma göre fahiş bir rakamla ücretlendirdiği göz önünde bulundurulduğunda, davacı tarafından taraflar arasındaki sözleşmenin feshinin haklı sebeple fesih olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede taahhüt süresi bitmeden fesih nedeniyle taahhütnamede belirlenen cezai şartın davacı taraftan tahsil edilmemesi gerektiği düşünülmeyen yanlış değerlendirme ile yukarıdaki gibi hüküm kurulması doğru görülmemiş...³⁵⁷”

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmecinin temel borcu olan elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasının dışında bir takım yan yükümlülüklerinin de olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bunlar sadakat borcu, eşit davranma borcu, belirli kalitede hizmet sağlanması ve abonelerin rehberine kaydedilmesi borcu gibi borçlardır. İşletmecinin bu borçlarla ilgili ortaya koyacağı aykırılıkların haklı fesih sebebi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinde, kanaatimizce “çekilmezlik olgusu” temele alınarak her bir durum bakımından sözleşmenin sürdürülmesinin abone için çekilmez bir hale gelip gelmediği ele alınmalıdır. Şayet, işletmecinin bu yan yükümlülüğünün ihlali sözleşmenin devamına ilişkin abone açısından bir çekilmezlik meydana getiriyor ise haklı sebeple fesih imkanı kabul edilebilir iken, aksinin değerlendirilmesi mümkün olan durumlarda ise haklı sebeple fesih imkanından bahsedilemeyecektir. Örneğin işletmecinin abonenin rızasına aykırı bir biçimde, aboneyi rehberine kaybetmesi durumunda kanaatimizce

³⁵⁵ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.04.2016 tarihli ve Esas: 2015/5224, Karar: 2016/5660 sayılı kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 02.03.2021)

³⁵⁶ Yıldız, s. 125.

³⁵⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 11.03.2015 tarihli ve Esas: 2014/10113, Karar: 2015/3908 sayılı kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 12.05.2021)

abonenin kişisel verilerinin herkese açık bir ortama aksi yönde rıza belirtmesine karşın aktarılması durumu sözleşmenin haklı nedenle feshine sebebiyet verebilecektir. Belirli kalitede hizmet sağlama borcuna ilişkin olarak yaşanan kısa süreli kesintilerin ise örneğin sabit internet hizmetinden yararlanan bir abonenin kısa bir zaman aralığı içerisinde internet hızının düşmesi sebebiyle haklı fesih imkanına başvurabileceği sonucu kanaatimizce çıkarılamaz. Yine mobil haberleşme hizmetinden yararlanan bir abonenin, işletmecinin sağladığı hizmet kalitesinde yaşanan anlık veya çok kısa süreli kalite düşüklüğü durumunda haklı fesih yoluna gidebileceğinden bahsetmemiz mümkün değildir. Fakat bu hizmet kalitesine ilişkin aykırılıkların kısa süreyi aşması ile olağan bir biçimde sürekli bir hale gelmesi durumunda ise abonenin sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceğinden bahsetmemiz mümkündür.

Sözleşme şartlarının abone aleyhine değiştirilmemesi borcuna aykırılık meydana gelmesi halinde de abonenin haklı fesih imkanına sahip olup, olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. İşletmecinin bu borca aykırılığı tarifelerde taahhütname süresinin dolmamasına rağmen taahhütnameye aykırı bir biçimde yapılacak fahiş zam uygulanması şeklinde meydana gelebilir. Bu durumun ise aboneye bir haklı sebeple fesih imkanı tanıyabileceği değerlendirilebilir.

“... taraflar arasında abonelik sözleşmesi ve farklı taahhütname bulundugu, son olarak davalı tarafından ... tarihinde ... taahhütname imzalandığı, bu taahhütnameye göre; davalı şirkete tahsis edilmiş hatların bağlı oldukları aylık sabit ücretlerin üzerinden % 35 oranında indirim uygulanacağını kararlaştırıldığı, davalı şirket tarafından davacıya gönderilen ... tarihli ihtarnameyle; Şubat 2013 tarihinden itibaren taahhütname kapsamında % 35 oranında indirimden yararlandırılmadığı belirtilerek indirimin devam etmesinin, aksi halde sözleşmeyi feshedeceklerinin bildirildiği, daha sonra davalı tarafından sözleşmenin feshedildiği, davacının sözleşme feshi nedeniyle “... tarifi uyarınca 12 ay taahhütlü 6 hattın taahhüt tarihinden önce iptali nedeniyle yüklenen borç ve ... kampanyası kapsamında taahhüt ihlali nedeniyle ceza bedelinin” tahsili amacıyla icra takibi başlatıldığı, davalı tarafın taahhüt şartlarının yerine getirilmemesi savunmasıyla icra takibine itiraz ettiği görülmektedir.

... uyumsuzluk konusunda rapor hazırlamaya ehil ve yeterli olmadığı, hazırlanan raporda, taraflar arasındaki tüm abonelik sözleşmesi, tarife ve taahhütname birliktede değerlendirilmediği, dava konusu taahhütname ve tarifelere göre ilgili dönem faturaları incelenmeden sonuca ulaşıldığı, bu kapsamda davalının fesih şartlarının oluşup oluşmadığının ve davacının icra takibine konu alacağını geçerli olup olmadığının belirlenmediği, böylelikle bilirkişi raporu uyumsuzluğun çözümü açısından yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, hükme esas alınacak nitelikte değildir.

O halde; mahkemece; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilerek, mahkemece öncelikle dosyanın önceki bilirkişi dışında konunun uzmanı bilirkişiye verilmesi, taraflar arasındaki tüm abonelik sözleşmesi, tarife ve taahhütname birliktede değerlendirilmesi, dava konusu taahhütname ve tarifelere göre ilgili dönem faturaları incelenmesi, bu kapsamda davalının fesih şartlarının oluşup oluşmadığının ve davacının icra takibine konu alacağını geçerli olup olmadığının belirlenmesi suretiyle hüküm kurmaya ve konusunda denetime elverişli bir rapor alınması gerekirken; yetersiz ve uzman olmayan bilirkişi

*tarafından hazırlanan bilirkişi raporu benimsenerek hüküm kurulması yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...*³⁵⁸”

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından öngörülen bir başka olağanüstü fesih hali ise EHSİTHY m. 12/f. 6’da yer almaktadır³⁵⁹. Buna göre konusu mobil haberleşme hizmeti haricinde taahhütlü bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde taraf abonenin yerleşim yerini değiştirmesi durumunda taahhütte kararlaştırılan elektronik haberleşme hizmetinin aboneye yeni edinmiş olduğu yerleşim adresinde sağlanmasının fiilen mümkün olmaması durumunda, taahhütlü olarak akdedilmiş olan elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin feshi mümkündür. Abonenin bu durumda fesih hakkını kullanması ile herhangi bir cayma bedeli ödemeksizin bu hakkını kullanması mümkündür. Bu konuda örneğin sabit internet hizmeti almakta olan bir abonenin sözleşme konusu gereğince fiber internet hizmeti aldığı meskeninden farklı bir yere taşındığında, bu yeni taşındığı yerde fiber altyapı bulunmamasından dolayı sabit internet hizmetinin aynı şekilde sunulmasının fiilen imkansız olması durumu gerçekleşmiş olacak ve böylelikle abonenin taahhütlü elektronik haberleşme abonelik sözleşmesini hiçbir bedel ödemeksizin sona erdirmesi mümkün olacaktır.

Elektronik Haberleşme Kanunu ve 6502 sayılı TKHK ile bu kanunlar çerçevesinde çıkarılan yönetmeliklerde düzenleme yoluna gidilen olağanüstü feshe ilişkin durumlar abone açısından ele alınmıştır. İşletmeci bakımından ise olağanüstü fesih hakkı ayrıca özel olarak ele alınmamıştır. Dolayısı ile işletmeci bakımından sözleşme ilişkisinin devamının çekilmez bir duruma dönüşmesi TMK m. 2’deki dürüstlük kuralı çerçevesinde dile getirilebiliyor ise, işletmecinin abonelik sözleşmesini haklı sebeple feshi söz konusu olabilecektir.

3.3.2.2.3. Taahhütlü Abonelik Sözleşmelerinde Fesih

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin pek çoğunun uygulamada taahhütlü olarak akdedilmesi ve bu konu ile ilgili taraflar arasında uyuşmazlıkların artması neticesinde taahhütlü aboneliklerin ayrıca düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Elektronik haberleşme sektöründe taahhütlü abonelik sözleşmelerinin sağladığı fiyat avantajlarından dolayı uygulamada tüketiciler tarafından oldukça sık tercih edilen bir yöntem olduğu gözlemlenmekte ve tüketicilerin taahhüt altına kolay bir biçimde girmeleri söz konusu iken taahhüdün sonlandırılması noktasında böyle bir kolaylık ile karşılaşmamakta olup karşılıklarına pek çok kalemde ücret çıkarılmasıyla karşılaşmadıkları gözlemlenmektedir. Tüketicilerin bu konuda önlerine çıkan sorunları çözüme kavuşturabilmek ve tüketicinin korunması amacını gerçekleştirebilmek üzere gerek EHSİTHY gerekse ASY’de ayrı olarak düzenlemeye gidilmiştir:

Taahhütlü abonelik sözleşmesi ASY m. 14’te şu şekilde tanımlanmıştır:

³⁵⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 11.09.2017 tarihli ve Esas: 2017/2511, Karar: 2017/11837 sayılı kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 12.05.2021)

³⁵⁹ EHSİTHY m. 12/f. 6: “*Mobil elektronik haberleşme hizmetleri dışındaki taahhütlü aboneliklerde abonenin yerleşim yerinin değişmesi ve taahhüt konusu hizmetin aboneye yeni yerleşim yerinde aynı nitelikte sunulmasının fiilen imkânsız olması durumunda abone tarafından, yerleşim yeri değişikliğinin belgelendirilmesi halinde herhangi bir cayma bedeli ödenmeksizin taahhütlü abonelik feshedilebilir. Bu hüküm uyarınca cihazın abonede kaldığı hallerde işletmeci, cihazın kalan ücretini aboneden talep edebilir.*”

“(1) Taahhütlü abonelikler, satıcı veya sağlayıcının, taahhütnamede belirtilen süre kadar abone kalmayı taahhüt eden tüketicilere;

a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin bedelinden indirim yapmayı,

b) Sözleşme konusu malın teslimi veya hizmetin ifası ile birlikte taahhüt konusu malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmeti ifa etmeyi,

taahhüt ettiği aboneliklerdir.”

Bu tanım üzerinden hareketle elektronik haberleşme sektöründe akdedilen taahhütlü abonelik sözleşmelerinin unsurların, herhangi bir taahhüt içermeksizin yapılan abonelik sözleşmelerinden ilave olarak tek farkının bulunduğu değerlendirilmektedir. Bu unsur ise “işletmecinin abonelik ücretinde belirli bir indirimde bulunması veya taahhüt konusu malın mülkiyetini ya da kullanım hakkını aboneye devretmesi veya taahhüde konu olan elektronik haberleşme hizmetinin ifası” olarak ifade edilebilir.

Abonenin taahhütlü abonelik sözleşmesine girerek bir fayda veya menfaat elde etmesi ile sözleşmeyi kabul etmesi söz konusu olmakta olup, işletmecinin yalnızca kendi lehine bir biçimde aboneyi taahhüt altına almaya çalışması herhangi bir bağlayıcılık taşımayacaktır³⁶⁰. Zaten taahhütlü abonelik sözleşmesinin tanımı da bu yönde olup, abonenin taahhüt altına girmesine karşılık a ve b bentlerinde alternatif olarak öngörülen taahhütlerden en az birisinin sağlanması gerekmektedir. Yani abonenin herhangi bir menfaat elde etmeksizin bir taahhüt altına girmesi durumunda ise sözleşmede bir dengesizlik olacağından bahsedilebilir. Bu durumda da TKHK’da ki temel prensip olan tüketicinin korunması ile ters düşmekte olup bu nedenle kanaatimizce abonenin herhangi bir menfaat elde etmeksizin taahhüt altına gireceğine ilişkin sözleşme hükümleri haksız şart kapsamında değerlendirilmelidir³⁶¹.

Elektronik haberleşme sektöründe işletmeciler tarafından abonelik sözleşmelerindeki taahhütnamelerde abonenin aleyhine olacak şekilde değişiklik yapılmasının önüne geçilmesini teminen EHSİTHY m. 12/f. 1’de taahhüt süresince taahhütname koşullarında abonenin aleyhine bir değişikliğin yapılamayacağı belirtilmiştir. Ortaya konan bu hüküm sözleşmeyle bağlılık ve ahde vefa ilkelerinin sonucu olarak görülmekle beraber sözleşmede yapılacak olan bir değişikliğin abone bakımından bağlayıcılık taşımaması sonucuyla karşılaşılabilmektedir³⁶². Fakat böyle bir düzenlemeye gidilmemiş olsaydı dahi TKHK m. 4/f. 2’de ye aldığı üzere sözleşme süresi içerisinde koşullara ilişkin tüketicinin aleyhine herhangi bir değişiklikte bulunulmasının yasaklandığı açık olarak ifade edilmiştir. Burada ayrıca belirtmemiz gerekir ki taahhütname süresi içerisinde abone lehine herhangi bir değişiklikte bulunulmasına dair herhangi bir engel yer almamakta olup bu noktada abonenin rızasına da ihtiyaç duyulmaması, tüketicinin korunmasını gerektiren bir husus olmadığından dolayı mümkündür³⁶³.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından taahhütnamede zorunlu olarak yer alması gereken içerik EHSİTHY m. 12/f. 2’de şu şekilde sıralanmıştır:

³⁶⁰ Erdoğan, Kemal, Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 26, S: 3, Y: 2018, s. 287.

³⁶¹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Erdoğan, s.287; Bal, s. 72.

³⁶² Bal, s. 72.

³⁶³ Çabri, s. 865.

“Taahhütnamede; taahhüdün geçerlilik süresi ile taahhüt konusu hizmet ve cihaz nitelikleri, tarifenin taahhütsüz aylık fiyatı, indirimli aylık fiyatı, cihazın bedeli ve aylık cihaz ücreti, cayma bedeline konu olabilecek diğer tüm tutarlar ve taahhüdün süresinden önce sonlandırılması durumunda abonenin ödeyeceği bedelin hesaplanma yöntemi yer almak zorundadır.”

Kurulan taahhütlü abonelik sözleşmelerinin uygulamada pek çok kez abonenin telefon gibi araçlar üzerinden iletişim kurularak taahhüt alınmasının üzerine bu husus ile ilgili EHSİTHY m. 12/f. 3’te ayrıca bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre:

“Taahhüdün sesli iletişim araçları kullanılmak suretiyle verilmesi durumunda, işletmeci ikinci fıkrada yer alan bilgileri, taahhüdün verilmesinden önce aboneye aynı ortamda bildirmekle yükümlüdür. Taahhüdün kısa mesaj ile verilebilmesi için, taahhüdün verilmesinden önce tarifenin taahhütsüz ve indirimli fiyatları, cihazın bedeli ve aylık cihaz ücreti kısa mesaj ile aboneye iletilir. Taahhüdün sesli iletişim araçları veya kısa mesaj ile verilmesi durumunda ikinci fıkrada yer alan bilgiler çevrimiçi işlem merkezi veya elektronik posta aracılığı ile yedi gün içerisinde aboneye iletilir.”

İşletmeci tarafından taahhütnameye konu hizmet bedeli yüksek gösterilerek ardından taahhüt ile bu bedelin düşürülmesiyle indirimli fiyat uygulaması yapılmış şeklinde gösterimde bulunulması uygulamada yer alan sorunlardan bir başkasıdır. Bu noktada tüketici nezdinde indirim uygulandığına dair bir düşünce oluşturularak taahhütsüz bedel esas alınarak taahhütlü bir şekilde sözleşmeler imzalanabilmektedir. Bu duruma bir çözüm getirilmesi amacı ile EHSİTHY m. 12/f. 4’te şu şekilde bir düzenleme yoluna gidilmiştir:

“Taahhütnamede, taahhüt konusu hizmetin bedeli aynı hizmetin taahhütsüz abonelikler kapsamında talep edilen bedelinden daha yüksek gösterilemez.”

Bu hükme göre taahhütlü olarak sağlanacak olan hizmetin bedeli, taahhütsüz olarak abonelik hangi bedel üzerinden kurulacak idiyse o esas alınarak ardından indirimin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 18’de ayıptan doğan sorumluluk ile ilgili şu hükme yer verilmiştir. Buna göre:

“Verilen hizmetle birlikte bir malın mülkiyetinin veya kullanım hakkının devredildiği abonelik sözleşmelerinde hizmet sağlayıcısı da malın ayıbından sorumludur.”

Bu çerçevede elektronik haberleşme sektöründe kurulan bir taahhütlü abonelik sözleşmesinde, işletmecinin sağlanan elektronik haberleşme hizmeti ile birlikte örneğin internet hizmeti dahilinde bir modem cihazının kullanım hakkını da devretmesi durumunda bu modemin üreticisi ile birlikte işletmecinin de bu sağlanan malın ayıplarından sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Taahhütlü abonelik sözleşmeleri bakımından taahhüt süresi içerisinde olağan fesih ile sözleşmenin feshedilmesi mümkün değildir. Olağan fesih imkanına belirsiz süreli abonelikler ile süresi bir yıldan fazla olarak kararlaştırılmış olan abonelik sözleşmeleri bakımından bir yılın tamamlanması ile başvurulabilecek bir yöntemdir. Dolayısı ile taahhütlü abonelikler açısından sözleşmenin belirsiz süreli olması ya da süresi bir yıldan daha fazla olsa dahi bir yıl tamamlanmasının ardından da taahhüt süresi içinde sözleşme gerekçe gösterilmeden feshi mümkün değildir.

3.3.2.2.4. Numara Taşıma Yöntemi ile Fesih

Numara taşıma yöntemi ile aboneler numaralarını değiştirmelerine gerek kalmaksızın kendisine elektronik haberleşme hizmeti sağlayan işletmeciyi ya da adresini veya yararlanmakta olduğu elektronik haberleşme hizmetinin türünü değiştirebilmekte olup, bu işlem mobil numaralar bakımından veya coğrafi numaralar bakımından gerçekleştirilebilen bir işlemdir³⁶⁴.

NTY m. 7/f. 3 abonenin numara taşıma talebinin aynı zamanda bir fesih talebi anlamı taşıyacağını belirtmiştir. Buna göre:

“Abonenin numarasını taşıma talebi, aynı zamanda abone için, verici işletmeci ile olan abonelik sözleşmesini fesih talebi anlamını taşır. Abonenin alıcı işletmeci ile olan abonelik sözleşmesi, numaranın ilgili mevzuata uygun olacak şekilde alıcı işletmecide aktif olması ile yürürlüğe girer ve bu tarih itibarı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Söz konusu abonenin verici işletmeci ile olan abonelik sözleşmesi de aynı tarih itibarı ile fesholunmuş sayılır.”

Numara taşıma işlemi kapsamında, numarasını taşımak isteyen abonenin, abonesi olmak istediği işletmeciye bir başvuruda bulunması gerekmektedir. Abonenin alıcı işletmeciye yapacağı bu abone tarafından başvuru yazılı olarak, alıcı işletmecinin müşteri hizmetleri vasıtasıyla, internet ya da mobil bankacılık ile veya BTK tarafından öngörölmüş başka bir yöntemle yapılabilir. Burada abone ile işletmeci arasında akdedilen abonelik sözleşmesi numara taşıma işleminin gerçekleşmesinden itibaren yani abonenin önceki işletmecisinden alınan elektronik haberleşme hizmetinin sonlanması ve yeni işletmecisinden elektronik haberleşme hizmeti alma durumunun başlaması ile birlikte geçerli olacak şekilde yapılmaktadır. Alıcı işletmeci tarafından alınan bu bilgiler, NTY kapsamında kurulması öngörölmüş olan numara taşınabilirliği sistemi vasıtası ile verici işletmeciye gönderilir. Ardından verici işletmecinin bilgileri doğrulanmasının ardından aboneye taşımanın gerçekleşeceği zamanın asgari bir gün önceden haber verilerek, verici işletmecinin ise cevabının ardından azami iki gün sonrasında numara taşıma işlemi gerçekleştirilir(NTY m 12).

Abonenin ilk olarak numara taşıma talebinde bulunduğu zaman diliminde fesih talebini iletmiş olacağı kabul edilmekte iken, numara taşıma işleminin gerçekleşmesi ile abonenin verici işletmeci ile arasındaki sözleşme fesholunmuş sayılacaktır. Ayrıca numara taşıma işleminin gerçekleşmesi ile de alıcı işletmeci ile abonenin arasında kurulan yeni abonelik sözleşmesi abonenin numarasını değiştirmeden aynı numara ve farklı bir işletmeci ile yürürlüğe girmiş olacaktır(NTY m. 9/f. 1).

3.3.2.3. Fesih Usulü

Varması gerekli irade beyanlarının tamamında olduğu gibi fesihte de muhatabına yapılması gerekli olan bir fesih bildirimi ile kullanılması gereklidir. EHK m. 50/f. 4 son cümlesinde abonelerin taleplerini bildirerek elektronik haberleşme abonelik sözleşmesini sona erdirebileceklerini belirterek abonenin işletmeciye yönelteceği bir fesih bildirimi gerçekleştirmesi gerektiği açık olarak vurgulanmıştır. Nitekim benzer bir hüküm EHSİTHY m. 23/f. 1’in ilk cümlesinde de düzenlenmiştir.

³⁶⁴ Numara taşınabilirliğine ilişkin detaylı bilgi için yukarıda bkz. “2.1.4. Numara Taşıma Borcu” başlığı.

Kural olarak yenilik doğuran hakların kullanımında beyanın hüküm doğurması için şarta bağlanması söz konusu olmamakla beraber bu şarta bağlanmanın sözleşmenin karşı tarafı bakımından olumsuz bir etki ortaya koymayacağı hususlara ilişkin feshin şarta bağlanmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir³⁶⁵. Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri açısından da fesih hakkının şarta bağlanması kural olarak mümkün değildir. Buna ek olarak yenilik doğuran hakların ortak özelliği olarak kullanılmaları ile sona ermesi ve geri alınamaması düşünüldüğünde, kullanılmış olan bir fesih hakkı da sona erecek ve yapılmış olan bir fesih beyanının da geri alınması söz konusu olamayacaktır.

Olağan fesih veya olağanüstü fesih bakımından fesih bildiriminin yapılma şekli ve hukuki sonuçlarına dair kural olarak aralarında herhangi bir fark yer almamaktadır³⁶⁶. Yöneltilen olan fesih bildirimi açık olarak yapılmalı ve herhangi bir belirsizlik veya kuşku taşımamalıdır. Ayrıca fesih bildiriminde bulunulurken feshin gerekçesinin de öne sürülüp sürülmemesine ilişkin öğretide farklı görüşler yer almaktadır³⁶⁷. TKHK m. 52/f. 4'te belirtildiği üzere abonenin olağan fesih hakkını kullanması için gerekçe öne sürme zorunluluğu bulunmadığı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat bundan farklı olarak olağanüstü feshe ilişkin hakkın kullanımı için ortada geçerli bir fesih sebebinin mevcut olması gerektiği için işletmecilerce bu fesih sebebi bilinmek istenmektedir. Dolayısıyla olağanüstü fesih durumunda, bildirimle birlikte feshin sebebinin de belirtilmesine dair bir zorunluluk bulunmamakla birlikte muhatapça talep edilmesi halinde fesih nedeninin bildirilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır³⁶⁸.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde fesih bildirimin nasıl yapılabileceğine ilişkin, EHSİTHY m. 23/f. 1 (a), (b), (c) ile (ç)'de çeşitli yollarla yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelikte öngörülen fesih bildirimine ilişkin yöntemler tüketici sıfatını haiz aboneler için geçerli olmakla birlikte eğer abone yukarıda değindiğimiz üzere tüketici için öngörülen şartlar kapsamında değerlendirilemiyorsa bu durumda, TKHK'da ki hükümlerin söz konusu olmayacağından ve TBK'da yer alan düzenlemelerin gündeme geleceğinden bahsedilebilir³⁶⁹. EHSİTHY'de yer alan yöntemler ise şu şekilde sıralanmıştır:

“(1) Aboneler abonelik sözleşmelerini her zaman ücretsiz olarak sona erdirebilir. Aboneler, abonelik sözleşmelerini feshetmek istedikleri takdirde bu taleplerini;

a) İşletmeci ya da adına abonelik sözleşmesi yapmaya/işlemlerini yürütmeye yetkili temsilcisine yazılı olarak yapmak,

b) Teyit edilmiş olmak kaydıyla işletmecinin faks numarasına imzalı olarak göndermek,

c) Güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler kullanmak,

ç) Kurum tarafından belirlenebilecek diğer yöntemleri kullanmak,

suretiyle işletmecilerine iletirler. Fesih taleplerinde abonenin kimlik belgesi kontrol edilerek fesih taleplerinin her şartta alınması sağlanır.”

³⁶⁵ Seliçi, s. 116.

³⁶⁶ Seliçi, s. 113; Bal, s. 159.

³⁶⁷ Fesih bildiriminde gerekçenin belirtilip belirtilmemesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Seliçi, s. 160 vd.

³⁶⁸ Aynı doğrultudaki görüş ve konu ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Altınok Ormancı s. 177 vd.

³⁶⁹ Öktem Çevik, s. 346; Çabri, s. 857-858.

Buna ek olarak belirtilmesi gerekir ki ASY m. 23/f. 3'e şu şekilde düzenlenmiştir:

“Satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren veya tüketicinin sözleşmeyi feshetmesini zorlaştıran bir yöntem belirleyemez.”

Uygulamada, sözleşmenin kuruluş aşamasında işletmecilerin aboneye bütün kolaylıkları sunmasına rağmen, fesih hali söz konusu olduğunda ise sözleşmenin kuruluş aşamasında olduğu gibi işletmeciler tarafından aynı kolaylıktaki imkanların sağlanmaması sebebiyle böyle bir düzenlemeye gidilerek fesih bildirimine ilişkin abonelerin karşılaştıkları sorunların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu noktada (ç) bendinde belirtilen BTK tarafından belirlenebilecek diğer yöntemler ile fesih bildirimlerinin iletilmesine değinmekte yarar vardır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı ile yaşanan teknolojik gelişmeler ve elektronik haberleşme alanında akdedilen sözleşmelerin sona erdirilmesindeki pratiklik ihtiyacını da karşılamak amacı ile aboneler tarafından fesih bildirimlerinin e-Devlet aracılığı internet üzerinden yapılması mümkün hale gelmiştir³⁷⁰. Bu Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararının ekinde ise EHSİTHY m. 237/f. 1 (ç)'ye dayanılarak çıkarılan *“e-Devlet Kapısı Üzerinden Abonelik Sözleşmesi Fesih Başvurusu Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar”* ile sözleşme fesihlerini daha kolay ve hızlı bir biçimde gerçekleştirmeleri amaçlandığı söylenebilir³⁷¹. Gerçekten de yönetmelikte ele alınan yöntemler içerisinde aboneler tarafından fesih bildiriminde bulunulurken internet aracılığı ile gerçekleştirileceğinden mevcut yöntemler arasındaki en hızlı ve basit yöntemin bu karar ile ortaya çıktığından bahsetmemiz mümkündür. Abonelerin e-Devlet Kapısına giriş yapmalarının ardından BTK tarafından belirlenmiş olan bu yöntemi kullanarak fesih bildirimlerinde bulunmaları mümkün hale gelmiştir. Ayrıca BTK tarafından alınan bu Kurul Kararı doğrultusunda e-Devlet aracılığı ile fesih bildirimlerinin iletilmesini teminen işletmeciler kendi sistemlerini çalışır vaziyette bulundurmakla yükümlü kılınmıştır.

Esasen işletmecilerin BTK tarafından çıkarılmış olan gerek EHSİTHY gerek NTY'de ki ele alınan fesih usulüne ilişkin yükümlülüklerin ihlali halinde veya bunlara bir takım aykırılıklar meydana gelmesi durumunda yine BTK tarafından, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararları ile işletmecilerin idari yaptırımlara maruz kaldığı gözlemlenmektedir. Bunlara örnek olarak fesih bildiriminin ardından elektronik haberleşme hizmeti sunumunun dondurulması gösterilebilir³⁷². Ayrıca işletmeci veya işletmeci adına elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi akdetmeye yetkili ya da sözleşmeye ilişkin işlemlerin yürütülmesine yetki sahibi olan temsilciye yazılı bir biçimde gerçekleştirilen fesih bildiriminde bulunma gibi düzenlemelerin gereklerine aykırılıklar gösterilebilir³⁷³.

³⁷⁰ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 12.05.2020, Karar No: 2020/DK-THD/139.

³⁷¹ (<https://www.btk.gov.tr/uploads/boarddecisions/e-devlet-kapisi-uzerinden-abonelik-sozlesmesi-fesih-basvurusu-yapilmasina-iliskin-usul-ve-esaslar/139-2020-web.pdf>) E.T: 12.05.2021.

³⁷² Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı Karar Tarihi: 13.11.2015, Karar No: 2015/DK-SDD/520, (<https://www.btk.gov.tr/uploads/boarddecisions/inceleme-fesih-denetimi.pdf>) E.T: 12.05.2021.

³⁷³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı Karar Tarihi: 14.11.2012, Karar No: 2012/DK-16/578, (<https://www.btk.gov.tr/uploads/boarddecisions/fesih-islemlerine-iliskin-yurutulen-inceleme.pdf>) E.T: 12.05.2021.

EHSİTHY m. 23/f. 2’de yukarıda belirttiğimiz yöntemlerden biri ile fesih bildiriminin yapılmasının ardından yirmi dört saat içinde işletmecinin fesih bildiriminin alındığına ilişkin bilginin aboneye verilerek ücretlendirmenin durdurulacağı düzenlenmiştir. Ücretlendirmenin durdurulması ile birlikte de hizmet sağlanmasının da kısıtlanacağı ya da durdurulacağı belirtilmiş olmakla birlikte bu sürenin ardından elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna devam edilmesi durumunda abonenin herhangi bir borç altına girmesi söz konusu olmayacaktır. Fakat abonenin elektronik haberleşme hizmetinden uzun bir süre boyunca yararlanmaya devam etmesi durumunda, abone tarafından kendisinden herhangi bir şeyin talep edilemeyeceğini öne sürmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabileceğinden bahisle işletmecinin ücret talebinde bulunmasının mümkün olduğundan bahsedilebilir.

Burada son olarak fesih bildiriminin şekline ilişkin belirtmemiz gereken husus Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 23/f. 2’de ele alınmıştır. Buna göre işletmecinin gerekli önlemleri kendisi tarafından alınması şartı ile kaydı tutulan telefon yöntemi ile de fesih bildiriminin gerçekleştirilmesini sağlayabileceği düzenlenmiş olmakla beraber bu yöntemin sunulması bir zorunluluk olarak düzenlenmemiş olup, bir alternatif olarak getirilebilmesi işletmecinin takdirindedir.

3.3.2.4. Feshin Sonuçları

3.3.2.4.1. Genel Olarak Abonelik Sözleşmelerinde Feshin Sonuçları

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri olağan fesih ya da olağanüstü fesih yolları ile ileriye etkili olacak bir şekilde sona erecektir. Yenilik doğuran hakların karşı tarafa yöneltilmesi gerekiyor ise, bu durumda kural beyanın sonuç doğurması için karşı tarafa varması gerekmekte olup, fesih bildirimini açısından da sözleşmenin karşı tarafına varmasıyla sonuç ortaya koyacağı ve sözleşme ilişkisini ortadan kaldıracığı kural olarak söylenebilir³⁷⁴. Buna ek olarak bir takım ayrık durumlar halinde kanun fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasını yeterli görmeyerek sözleşmenin sona ermesi için bu beyanın ardından belirli bir sürenin geçmesini de öngörmüştür³⁷⁵.

Fesih beyanın varmasının ardından söz konusu hukuki etkisini göstermesi bakımından olağan fesih durumunda genel olarak belirli bir zaman diliminin geçmiş olması aranmaktadır³⁷⁶. Fesih halinde tarafların karşılıklı olarak korunması gerekli menfaatleri göz önüne alındığında feshin muhatabı olan taraf açısından olağan fesih halinde sözleşmenin fesih beyanının varmasıyla sona ermesi yerine belirli bir zaman diliminin ardından sona ermesinin daha ideal olduğu söylenebilir. Olağanüstü fesih durumundan bakıldığında olağan fesihten farklı olarak sözleşmenin karşı tarafının korunması gerekli bir menfaati değerlendirilmediği için fesih bildiriminin hukuki etkisi, yapılması ile meydana gelmelidir. Bu doğrultuda olacak şekilde Yargıtay’ın da olağan feshi süreli, olağanüstü feshi süresiz fesih biçiminde isimlendirdiği görülmektedir³⁷⁷.

³⁷⁴ Öktem Çevik, s. 362-363.

³⁷⁵ Altınok Ormancı, s. 215.

³⁷⁶ Seliçi, s. 112.

³⁷⁷ “Fesih, sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. Feshi ihbar (feshin ihbarı, bildirilmesi) ise, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanıyla kullanılır; şarta bağlanamaz, kullanıldıktan sonra da geri alınamaz. Fesih, hüküm ve sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe etkili olarak meydana getirir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri açısından da fesih bildiriminin derhal hüküm ifade etmesi işletmeciler bakımından bir takım zorluklara neden olabileceğinden dolayı, fesih talebinin işletmeciye ulaşmasının ardından belirli bir süre neticesinde sözleşmenin sona ereceği belirlenmiştir. Fakat feshin hukuki etkisi açısından geçerlilik teşkil edebilmesi için elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinde olağan fesih ve olağanüstü fesih ayırımına gidilmemiştir. TKHK m. 52/f. 5'in ilk cümlesinde abone tarafından yöneltilen fesih beyanına ilişkin yönetmelikle öngörülen süreler çerçevesinde yerine getirilmesinde işletmeciler yükümlü kılınmıştır. EHSİTHY m. 23/f. 2 ve 3'te konu ile ilgili düzenleme şu şekildedir:

“(2) İşletmeci fesih bildirimlerinde, fesih talebine ilişkin bildirimin yapıldığı andan itibaren yirmi dört saat içinde fesih talebinin alındığı bilgisini aboneye iletir/verir ve ücretlendirmeyi durdurur. Ücretlendirmenin durdurulması ile birlikte hizmet kısıtlanabilir veya durdurulabilir.”

“(3) İşletmeci, abonenin fesih talebinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde fesih işlemini gerçekleştirmek ve posta, kısa mesaj, elektronik posta veya arama yöntemlerinden birini kullanarak abonelik sözleşmesinin feshedildiğini ve varsa mülkiyeti işletmeciye ait cihaz/donanım/modem/kart ve benzeri ekipmanların iade edilmesi gerektiği bilgisini aboneye iletmekle yükümlüdür.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri açısından EHSİTHY m. 23'ün iki ve üçüncü fıkralarında fesih beyanın iletilmesinin ardından yirmi dört saat içerisinde fesih talebinin alındığına dair bilgilendirme yapılarak ücretlendirme durdurulacak ve fesih talebinin ulaşmasının ardından yedi gün içerisinde fesih işlemini işletmeci gerçekleştirecektir. EHSİTHY m. 23/f. 2'de öngörülen ücretlendirmenin, fesih talebi iletilmesinin ardından yirmi dört saat içerisinde durdurulacağına ilişkin bu hüküm ile fesih talebinin gereğini yerine getirmekte özensiz davranışta bulunan işletmecilerin veyahut bu talebi bilerek yerine getirmeyen işletmeciler bakımından bunun sonuçlarına katlanılması amacının güdüldüğü söylenebilir. Bu yirmi dört saatlik zamanın geçmesiyle birlikte aboneye sağlanan elektronik haberleşme hizmetine ilişkin ücret talep edilmesi söz konusu değildir. Bu hüküm TKHK m. 7'de düzenlenmiş olan sipariş edilmeyen mal ve hizmetlere ilişkin düzenleme doğrultusunda ve bununla benzer bir amacı güden bir düzenleme olduğu görülmektedir³⁷⁸. Dolayısı ile bu durumda TKHK m. 7 hükmüne ihtiyaç duyulmadan işletmeciye ücretlendirilmenin durdurulmasına ilişkin bir yükümlülük yüklenmesi sebebiyle ayrıca bir ücret talebi mümkün değildir.

Fesih, olağan (sürelî) ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesihte sözleşme ilişkisi, fesih beyanının muhataba ulaşmasının üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Bu nedenle, olağan feshe, “sürelî fesih” de denilmektedir. Olağanüstü fesihte ise, sürekli sözleşme ilişkisi fesih beyanının muhataba ulaşmasıyla derhal sona erer. Olağanüstü feshe, “süresiz fesih” adı da verilmektedir. Fesih, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, geçmişe etkili hüküm doğurmaz. Fesih ister olağan, ister olağanüstü olsun, daima, geçmişe değil, ileriye etkili sonuçlar doğurur” Y. HGK E: 2011/11-693, K: 2012/88, T: 22.02.2012 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) (E.T: 10.03.2021)

³⁷⁸ *“(1) Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.*

(2) Bir mal veya hizmetin sipariş edildiğini iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlüdür.”

Abone tarafından fesih talebinin işletmeciye iletilmesinin ardından, işletmecinin gerçekleştireceği hususlar EHSİTHY m. 23/f. 4, 5 ve 6'da şu şekilde ele alınmıştır:

“(4) İşletmeci, hizmet sunumuna ilişkin ekipmanların iade veya değişim amaçlı tesliminin kendisine ya da adına abonelik sözleşmesi yapmaya/işlemlerini yürütmeye yetkili temsilcisine yapılabilmesini sağlamakla yükümlüdür.

(5) Fesih işleminden sonra işletmeci geri kalan alacakları için borcu olan abonelere abonenin fesih talep tarihinden sonra en geç dört ay içinde son fatura gönderir. Bu süre sınırı, son faturaya uygulanan gecikme faizi ve yasal takipten doğan faturalar için geçerli değildir.

(6) Fesih durumunda aboneden daha önce alınan depozito, avans gibi ücretler veya abone alacakları var ise, mahsuplaşmayı müteakip kalan tutar on beş gün içinde işletmeci tarafından aboneye iade edilir.”

3.3.2.4.2. Taahhütlü Abonelik Sözleşmelerinde Feshin Sonuçları

Taahhütlü abonelik sözleşmesinde sözleşmenin süresi ile taahhüdün süresi aynı olarak kararlaştırılmış ise bu durumda sürenin sonlanmasıyla beraber, aboneden süre uzatımına ilişkin bir onay ya da talep olmaması durumunda taahhüt ile sözleşme aynı anda sona erecektir. Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, abone tarafından yöneltile sözleşmenin uzatılmasına ilişkin talep taahhüdün de birlikte aynı zaman dahilinde uzatılmasını isteyen bir talep şeklinde değerlendirilemez, meğer ki bunun aksi ayrı olarak ve açık bir şekilde ifade edilmiş olsun³⁷⁹. Buradan yola çıkarak taahhüt süresi ile sözleşme süresinin aynı olarak kararlaştırıldığı abonelik sözleşmelerinde taahhüt süresinin dolmasının ardından abone sözleşmenin uzatılmasını talep etmişse bu noktadan itibaren fesih bakımından taahhütlü abonelik sözleşmelerinin feshine ilişkin hükümlerin uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Fakat abone sözleşmenin uzatılması sırasında aksi durum açık olarak ve ayrıca belirtilmiş ise taahhütlü bir abonelik sözleşmesi meydana geleceğinden dolayı burada artık fesih halinde taahhütlü abonelik sözleşmesinin feshi gündeme gelecektir.

EHSİTHY m. 12/f. 6'da abone tarafından verilen taahhüde karşın sözleşmeyi olağanüstü fesih ile sona erdirmeye imkanı veren bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre mobil haberleşme hizmeti haricinde bir konusu olan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde, abonenin yerleşim yerini değiştirmesi ile taahhüt konusu olarak kararlaştırılan elektronik haberleşme hizmetinin yeni yerleşim yerinde de yine taahhütte öngörüldüğü biçimde sağlanmasının fiilen imkansız olması durumunda başvurulabilmesi mümkündür. Abonenin bu tarz bir durumla karşılaşması halinde bildirimde bulunarak öngörülen süreler dahilinde fesih talebinin işletmeci tarafından yerine getirilecektir. Bu durumda abonelik sözleşmesinde feshin sonuçları bakımından da taahhütsüz abonelik sözleşmeleri ile aynı düzenlemeler çerçevesinde meydana gelecektir

3.3.2.5. Haksız Feshin Sözleşme İlişkisine Etkisi

Gerçekte olağan fesih veya olağanüstü fesih kapsamında bir neden olmaksızın bir tarafın fesih bildiriminde bulunarak sözleşmenin derhal feshi yoluna gitmesi haksız fesih şeklinde ifade edilmektedir. Böyle bir durumun sözleşmeye etkisinin ne olacağı, sözleşmenin varlığını devam mı ettireceği yoksa sona mı ereceğinin ele alınması gerekmektedir.

³⁷⁹ Çetiner, Sona Erme, s. 108-109.

Haksız fesihte bildirimin haksızlığı birçok nedenden ortaya çıkabilir. Fesih bildiriminde bulunan taraf bakımından fesih hakkına dair unsurların tam olarak yerine gelmemiş olması söz konusu olabileceği gibi, bu tarafın öne sürmesi mümkün olan bir fesih hakkının olmadığından da bahsedilebilir³⁸⁰. Örnek olarak süresi bir yıldan daha kısa bir süre kararlaştırılmış abonelik sözleşmelerinde abonenin fesih hakkını kullanabilmesi için karşı tarafın sözleşmenin şartlarında tek taraflı olarak abone aleyhine değişiklik gerçekleştirmesi gerekmektedir³⁸¹. Bu noktada söz konusu değişiklik abonenin lehine bir özellik taşımakta ise fesih hakkı söz konusu olmayacak olup, böyle bir durumda sözleşmenin feshi haksız fesih sonucunu ortaya koyacaktır.

Öğretide sözleşme özgürlüğünden yola çıkan bir görüş sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından, sözleşmenin bir tarafının bağlı tutulmasının mümkün olmayacağını ve sözleşmenin tek taraflı feshinin, sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin istisna olan bir hususun bulunmaması durumunda mümkün olduğunu öne sürmektedir³⁸². Nitekim Yargıtay HGK tarafından 2012 yılında verilen bir kararda da sözleşme özgürlüğünden hareketle haksız fesih ile sözleşmenin sona erdirilebileceğinden bahsedilmektedir:

“...Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ilke olarak haklı bir neden olmadan tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin feshedilip feshedilemeyeceği noktasındadır...

...Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşme ile bağlı kalmama, yani sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de içerir. Varolan bir sözleşmeyi sona erdirmenin yollarından birisi de, sözleşmeden dönmenin yanı sıra sözleşmenin feshidir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin tek taraflı tasfiyesine yönelik olarak sona erdirilmesini amaçlayan fesih hakkını da içermelidir...

...Yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir ki, sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir sonucu olup, kural olarak sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı da, yani tek taraflı irade beyanıyla (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar. Ne var ki, bu özgürlük sınırsız değildir. Sözleşmede taraflardan birinin borcunu oluşturan edim, tekel niteliğinde ise, bu edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçlu taraf, haklı (sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan) bir neden olmadan sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedemez...

...Yine, taraflar arasındaki sözleşmeye konu edim yönüyle, fesih hakkının kullanılmış olması nedeniyle çekişme bulunması halinde, özellikle niteliği gereği sözleşmede edimin aynen ifasına ilişkin karşı tarafa bir talep hakkı verilmişse, ifanın mümkün olduğu hallerde, kural olarak alacaklı kendi yükümlülüğünü yerine getirmiş veya getirmeye hazır olduğunu beyan edip, borçludan bu edimin aynen ifasını isteyebilir. Borçlu, aynen ifadan kaçınırsa, alacaklı taraf, mahkemeye başvurarak edimin ifasına yönelik bir dava açabilir. Buna “ifa davası” da denilmektedir. Bunun yanında, aynen ifayı talep hakkının kanundan kaynaklanması halinde de, aynı durum geçerlidir...

³⁸⁰ Demirsatan, Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2019, s. 22; Ertaş, Şeref, Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 392.

³⁸¹ Çabri, s.880.

³⁸² Akkanat, Halil / Çekin, Mesut / Sarıkaya, Murat, Medeni Hukuk’ta Olay Çözüm Tekniği, İstanbul 2018, s. 94 vd.

...Öyleyse, sözleşmede taraflardan birinin borcunu oluşturan edimin tekel niteliğinde olması hali varsa ya da kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan aynen ifayı talep hakkı söz konusu ise, sözleşme feshedilemez. Zira, ortada bir sözleşme yapma ve sözleşme ile bağlı kalma zorunluluğu vardır. Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde (tekel durumunda), iltihaki sözleşmenin devamını engelleyen yasal veya fiili bir engelin bulunmaması gerekir (Hukuk Genel Kurulu'nun 13.05.1977 gün ve E:1976/4-1976, K:1977/480 sayılı ilamı). Aynı durum, sözleşmede veya kanunda aynen ifayı talep hakkının tanındığı haller için de geçerlidir. Dolayısıyla, yasal veya fiili bir engelin bulunmaması halinde, belirtilen bu hallerde, sözleşmenin feshi yoluna gidilemez. Buna göre, tekel niteliği gereği sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu veya aynen ifayı talep yetkisinin tanındığı hallerde (sözleşmede veya kanunda), tek taraflı olarak herhangi bir neden olmaksızın sözleşmenin feshi yoluna gidildiğinde karşı taraf, yasal veya fiili bir engelin bulunmaması şartıyla sözleşmenin konusu gereği aynen ifanın mümkün olduğu hallerde, feshin geçersizliğini ileri sürerek, bir ifa davası açabileceği gibi, bundan vazgeçerek bir zarara uğramış ise, tazminat da isteyebilir. Görüldüğü üzere, kural olarak kişinin sözleşmenin feshi yoluna gitme konusunda irade özerkliği sonucu takdir hakkı bulunmakla birlikte, feshin haksız olması halinde, karşı tarafın bundan doğan zararlarından sorumluluğunun da bulunacağı tabiidir.

Sözleşmenin tek taraflı olarak herhangi bir neden olmaksızın feshedilip feshedilemeyeceği hususu Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede etraflıca ele alınıp tartışılmış...³⁸³ ”

Türk Hukukunda esas olarak borç ilişkilerinde aynen ifa olmakla birlikte, ifanın yerine tazminat istemi, dönme veya fesih haklarının kullanılabilmesi için bu hakların kanun veya sözleşmede öngörülmüş olması gerekmektedir³⁸⁴. Her hakta olduğu gibi fesih hakkının geçerliliği için gerekli koşulların sağlanmaması durumunda hiçbir hukuki sonuç ortaya koymayacağı belirtilmekte ve bunun aksinin kabul edilmesi halinde borçlar hukukunun temel ilkeleri ile uyuşmayacağı değerlendirilmektedir³⁸⁵. Ahde vefa prensibi, borçlar hukukunda hakim ilkelerden biri olup, bunun sonucu olarak keyfi bir biçimde tek taraflı olarak bir sözleşme ilişkisi sona erdirilemeyecektir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş ahde vefa ilkesinden yola çıkarak fesih hakkı öngörülmemiş tarafça yapılan fesih bildiriminin sözleşme ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacağı, sona erdirmeyeceği ve borç ilişkisinin varlığının devam edeceğini ifade etmektedir³⁸⁶.

Haklı bir neden bulunmaksızın sözleşmenin derhal feshi kural olarak mümkün olmamakla birlikte TBK m. 438/f. 1’de hizmet sözleşmesinde haksız fesihle sona erdirilebileceği ifade edilmektedir³⁸⁷. Bu düzenleme yalnızca hizmet sözleşmesi bakımında getirilmiş olup, sürekli borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmeler kapsamında kıyasen uygulama alanı bulması söz konusu değildir³⁸⁸.

³⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas: 2011/693, Karar: 2012/88, 22.02.2012 tarihli kararı. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 06.03.2021)

³⁸⁴ Oğuzman / Öz, s. 384-385; Başoğlu, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 71; Altınok Ormancı, s. 220.

³⁸⁵ Altınok Ormancı, s. 220.

³⁸⁶ Serozan, s. 495; Altınok Ormancı, s. 220-221; Ertas, s. 392; Demirsatan, s. 303.

³⁸⁷ TBK m. 438/f. 1: “(1) İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.”

³⁸⁸ Altınok Ormancı, s. 219-220; Demirsatan, s. 302.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından uygulamanın abonenin sözleşmeyi dilediği zaman ve herhangi bir gerekçe öne sürmeksizin sona erdirilebilmesi yönünde gelişmiş olduğundan bahsetmiştik. EHK m. 50/f. 4'ün son cümlesindeki düzenlemenin de bunu destekler nitelikte anlaşılması mümkündür. Ancak madde hükmünün bütünü ile incelendiğinde burada kanun koyucu tarafından ortaya konulan iradenin aslında sözleşmede işletmeci tarafından abone aleyhine gerçekleştirilen tek taraflı bir değişiklik durumunda söz konusu olduğu kanaatindeyiz³⁸⁹. Yani haksız fesih herhangi bir sonuç ortaya koymayacak olup, sözleşme ilişkisi devam edecektir. Buna ek olarak Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 16 taahhütlü sözleşmeler bakımından haksız feshin sözleşmeyi sona erdireceği ele almış ayrıca bu durumda aboneden talep edilmesi mümkün olan bedele ilişkin sınırlamalar belirtilmiştir.

3.3.2.6. Haksız Feshin Sonuçları

3.3.2.6.1. Genel Olarak Abonelik Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları

Tarafımızca kabul gören görüş doğrultusunda bir tarafın haksız fesih bildiriminde bulunmasının sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeyi sonlandırması söz konusu değildir. Dolayısı ile öne sürülen fesih bildiriminin sözleşme kapsamında bir takım etkilerinden bahsetmemiz mümkün olabilir. Buna göre taraf, haksız fesih beyanında bulunma ile sözleşmenin sona erdiği düşüncesinden yola çıkarak kendi ifasının devamından ya da sözleşmenin karşı tarafının gerçekleştireceği ifayı kabulden imtina edebileceği gibi borçlu ya da alacaklı temerrüdü ile ifa imkânsızlığı borca aykırılığın ortaya çıkış biçimine göre söz konusu olabilecektir³⁹⁰. Bu noktada fesih geçerli bir sonuç doğurmadığı için, feshin muhatabının ifa davası yolu ile sözleşmenin ifasına karar verilmesini talep ve dava etmesi mümkündür³⁹¹.

Haksız fesih sözleşmeyi sona erdirmiyor olmakla birlikte sözleşmeye konu olan asli edim bakımından cebri icranın mümkün olup olmaması noktasında bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır³⁹². Eğer sözleşmenin tarafının asli edimi cebri icra vasıtası ile elde edilmesi mümkün yani elverişli değil ise bu fesih bildirimi ile asli edimin imkânsızlaşmasından dolayı ifa imkânsızlığı ortaya çıkacaktır. Fakat asli edimin cebri icrayla elde edilebilmesi söz konusu ise bu durumda, yani böyle bir nitelik taşımakta ise söz konusu haksız fesih beyanının sözleşme üzerinde bir etkisinden bahsedilemez. Ayrıca belirtmek gerekir ki haksız feshe karşılık olarak sözleşme ilişkisini çekilmez bir hale getirmesinden kaynaklı olarak haksız feshin muhatabı tarafından böyle bir durumun sözleşmenin haklı nedenle feshine sebebiyet verebileceği de değerlendirilmektedir³⁹³.

Haksız feshin ardından ifa imkânsızlığı ortaya çıkıyor ise asli edimin ileriye etkili bir biçimde sona ermesi ile ifa imkânsızlığının sonuçları gündeme gelecektir. Bu noktada haksız fesih bildiriminde bulunan tarafın ifa imkânsızlığı bakımından sorumluluğunun bulunup bulunmaması önem kazanacak olup, şayet sorumluluğu söz konusu ise TBK m. 112 çerçevesinde olumlu zarar tazmini söz konusu olacaktır³⁹⁴.

³⁸⁹ Bkz. “3.3.2.2.1. Olağan Fesih” başlığı.

³⁹⁰ Serozan, s. 497.

³⁹¹ Altınok Ormancı, s. 256.

³⁹² Demirsatan, s. 304 vd; Kama, s. 133 vd.

³⁹³ Oğuzman / Öz, s. 440-441; Demirsatan, s. 306.

³⁹⁴ Bkz. “3.2.3. İfanın İmkânsız Hale Gelmesi” başlığı

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşmenin konusunun bir elektronik haberleşme hizmetinin sunulması oluşturduğu için bu hizmetin cebri icra vasıtası ile elde edilmesi söz konusu olmayacağından dolayı işletmecinin haksız feshi halinde bu fesih bildirimi sözleşmeyi sonlandırmayacak olup ifa imkânsızlığına sebebiyet verecektir. Eğer sözleşme konusu bir mal teminine ilişkin ise bu durumda sözleşmenin haksız feshi sözleşme ilişkisine etkide bulunmayacağından dolayı sözleşme devam edecektir. Yine aynı şekilde abone tarafından sözleşmenin haksız feshi halinde ise sözleşme ilişkisinde ücret ödeme borcunun imkânsız hale gelmesinin mümkün olmaması sebebiyle herhangi bir etkisinden bahsedilemeyecektir.

Sözleşme üzerinde haksız fesih bildiriminin herhangi bir etkisi bulunmadığı durumda ortaya herhangi bir hukuki sonuç doğmayacağı için sözleşme ilişkisinin devamı söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda ise haksız fesihte bulunan taraftan aynen ifanın talep ve dava edilmesi mümkün olduğu gibi, bu taraf için ayrıca kendisine yapılmak istenen ifayı kabulden kaçınması halinde ise alacaklı temerrüdü kuralı olarak gündeme gelecektir. Fakat elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmecinin ifa ettiği elektronik haberleşme hizmetini alan taraf olan abonenin, elektronik haberleşme hizmetini fiilen kullanma veya bu hizmetten yararlanma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Yani işletmeci tarafından elektronik haberleşme hizmetinin kesintisiz olarak abonenin her an kullanımına uygun bir şekilde bulundurulması gerekmeyle birlikte, abonenin bu hizmetten kesintisiz olarak yararlanmasına veya kullanımına gerek yoktur. İşletmeci abonenin hizmetten her an yararlanacakmış gibi kullanımına hazır bir şekilde elektronik haberleşme hizmetini kesintisiz olarak sağlamakla borcunu yerine getirmiş olacaktır. Bu bakımdan ifanın kabulünden kaçınılması durumu abone açısından söz konusu olamayacağı için alacaklı temerrüdünden de bahsetmemiz mümkün değildir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından aboneye oldukça geniş bir düzeyde fesih hakları sağlanmış ve hatta uygulama da genel kanının sektörde akdedilen abonelik sözleşmelerinin abone tarafından herhangi bir zamanda ve gerekçe öne sürmeksizin fesih imkânı bulunduğu yönünde olduğuna yukarıda değinmiştik. Fakat bizim kanaatimize göre elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından belirsiz süreli olarak akdedilen veya sözleşmenin süresi bir yıldan daha uzun şekilde kararlaştırılmış olup belirli süreli biçimde akdedilen sözleşmeler bakımından bir yıllık sürenin sona ermesi ile abonenin herhangi bir gerekçe öne sürmeksizin fesih hakkını kullanması mümkündür. Yani bu bir yıllık sürenin dolmasından önce veya süresi bir yıldan daha az olarak kararlaştırılmış abonelik sözleşmeleri ile taahhütlü abonelik sözleşmeleri bakımından haksız feshin gündeme gelmesi söz konusu olabilir.

Öte yandan işletmeci kapsamında bir değerlendirmede bulunmak gerekirse elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından işletmecilerin sözleşme akdetme zorunluluğu da göz önüne alındığında işletmeciler için genel bir fesih hakkı öngörülmemiştir. Bu nedenle işletmecinin bir takım durumlar dışında gerçekleştireceği fesih beyanı da haksız feshe yol açacaktır. Eğer işletmeci için çekilmezlik olgusu mevcut olması durumunda haklı fesih mümkün olacaktır. Son olarak işletmecinin sözleşmeyi feshetmesine imkân sağlayan bir başka durum ise şüphesiz temerrüt hükümleridir.

3.3.2.6.2. Taahhütlü Abonelik Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları

Elektronik haberleşme sektöründe taahhütlü abonelik sözleşmelerinin uygulamada oldukça yüksek bir oranda tercih edildiğinden bahsetmiştik. Abonelere sağlanmış olan geniş fesih imkanı hakkaniyete aykırı olarak ve işletmecilerin aleyhine sonuçlar meydana getirmesi en fazla taahhütlü abonelik sözleşmelerinde görülebilir. Çünkü taahhütlü abonelik sözleşmesi ile bir menfaat elde etmiş olan abone belirli bir zaman diliminde de sözleşme ile bağlı kalmayı taahhüt ettiklerinden dolayı işletmecide bu yönde oluşacak bir beklenti ile ayrıca bir güven meydana getirmektedirler³⁹⁵. Taahhütlü abonelik sözleşmelerindeki olağanüstü bir takım hallerde olağanüstü fesih hakkına imkan sağlanırken taahhütlü abonelik sözleşmesinin olağan fesih ile sona erdirilmesi, taahhüt içermeyen abonelik sözleşmelerinde olduğu gibi söz konusu olamaz. Yani taahhütlü abonelik sözleşmesinde olağanüstü fesih yoluna gidilemediği durumda abonenin sözleşmeyi feshetmesi halinde haksız fesih gündeme gelecektir. Böyle bir durumda yukarıda değindiğimiz üzere haksız feshin sözleşmeye bir etkiye bulunmaması söz konusu olacaktı. Fakat ASY m. 22/f. 3'te öngörülen hüküm gereği elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yönetmeliğin 16. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Ancak burada hemen belirtelim ki bu husus abone tarafından gerçekleştirilen haksız fesih halinde uygulama alanı bulacak olup, işletmecinin haksız feshi halinde ise yukarıda değindiğimiz genel kurallar esas alınacaktır.

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 16/f. 1'de taahhütlü abonelik sözleşmelerinde süresinden önce feshedilmesi hali ele alınmıştır. Buna göre:

“Taahhütlü aboneliklerde tüketicinin süresinden önce taahhütlü aboneliğini sonlandırması halinde, satıcı veya sağlayıcının talep edeceği bedel, tüketicinin taahhüdüne son verdiği tarihe kadar tüketiciye sağlanan indirim, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile sınırlı kalmak zorundadır. Ancak, tüketiciden taahhüt kapsamında tahsil edileceği belirlenen bedellerin henüz tahakkuk etmemiş kısmının toplamının, bu tutardan düşük olması halinde sınır değeri olarak tüketici lehine olan tutarın esas alınması zorunludur.”

Buna ek olarak belirtmemiz gerekir ki işletmecinin haksız fesihten kaynaklı aboneden talebi mümkün olan bedel ile ilgili ASY'de yer alana benzer sınırlamalar EHSİTHY m. 5'te de düzenlenmiştir. Buna göre:

“Taahhüt bitiminden önce taahhüde aykırılığın oluşması halinde, işletmecinin talep edeceği bedel, taahhüde aykırılığın oluştuğu döneme kadar; aboneye sağlanan indirimler ile cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile sınırlı kalmak zorundadır. Ancak, aboneden taahhüt kapsamında, taahhüde son verilmesinden taahhüt bitimine kadar olan dönem aralığında tahsil edileceği belirlenen bedellerin henüz tahakkuk etmemiş kısmının toplamının daha düşük olması halinde, düşük olan tutar esas alınır.”

Düzenleme ile öngörülen sınırlamalardan ilki, ödenecek bedelin hesaplanmasında aboneye taahhütten kaynaklı sunulan indirim ve taahhüdün sona erdirildiği tarihe kadar yararlanılan indirim miktarı ve cihaz ile diğer faydalanılan bedeller hesaba katılarak toplam bedel elde edilecektir. Bu durumu bir örnek üzerinden ifade etmemiz gerekirse 12 ay taahhüt kararlaştırılan sabit internet hizmetine ilişkin bir abonelikte aylık tarife bedelinin 130 TL

³⁹⁵ Aslan, s. 604; Bal, s. 164.

olduğu ve 400 TL modem ücreti 50 TL de kurulum ücreti öngörülmüştür. Fakat taahhüt kapsamında aylık tarife bedeli 90 TL'ye indirilerek modem ile kurulumun ücretsiz olarak sağlanacağı kararlaştırılmış olabilir. Taahhütlü olarak akdedilmiş bu abonelik sözleşmesinin 5. ay sonunda feshedilmiş olması durumunda işletmeci tarafından talep edilen tutar hesaplanırken 5 ay boyunca sağlanan indirim tutarı olan 200 TL ayrıca 400 TL olan modem ile 50 TL olan kurulum ücretinin toplamı olan 650 TL'yi aşması mümkün değildir.

Buna ilaveten duruma göre diğer sınırlamanın da gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Taahhüdün sona erdirilmesi ile taahhüt süresinin sona ermesi arasındaki zaman dilimine denk düşen bedel o ana kadarki yararlanılan indirim miktarından daha az ise bu durumda abonenin lehine olan bedel esas alınacaktır. Aynı örnek üzerinden hareket edecek olursak fesih 9. ayın sonunda gerçekleştirilirse taahhüdün sona ermesine kalan 3 aylık sürenin uygulanması abonenin daha lehine bir durum teşkil etmesi sebebiyle 3 aylık indirim bedelinin karşılığı olan 120 TL ile birlikte toplam olarak 570 TL'yi geçmesi mümkün değildir. Yani taahhütlü abonelik sözleşmesinde cayma bedeli ya da cezai şart adı altında veya başka herhangi bir isim altında düzenlenmişse bile, yönetmelikte ele alınan düzenleme çerçevesinde aboneye sağlanan toplam indirim bedelinin yukarısında olması mümkün değildir.

Son olarak elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde EHSİTHY m. 12/f. 4 sözleşmenin taahhütlü olarak akdedilmesi durumunda kararlaştırılarak alınacak olan elektronik haberleşme hizmetine ilişkin bedelin, aynı elektronik haberleşme hizmetinin standart tarife kapsamında belirlenen bedelden daha yüksek olarak taahhütnamede gösterilemeyeceğini düzenlemiştir.

Bu hükme göre işletmecinin taahhüde konu hizmet bedelini normalde olduğundan yüksek göstererek yararlanılan indirim tutarının olduğundan çok daha fazla yansıtılmasını ve bu noktada abonenin elektronik haberleşme abonelik sözleşmesini feshi ile karşılaşmak istemeyeceği ölçüde yüksek bir bedel talep edileceğinden, abone üzerinde oluşacak caydırıcı etkinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

3.3.3. Cayma

TKHK bir takım tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin cayma hakkına sahip olduğunu ele almıştır. Aslında abonelik sözleşmelerine taraf olan tüketici kural olarak cayma hakkından yoksundur. Fakat abonelik sözleşmesinin işyeri dışında kurulması ile mesafeli sözleşme şeklinde kurulması ya da bir malın mülkiyetinin tüketiciye geçtiği ve bedel borcunun ise kısım kısım faturalara yansıtılarak ödendiği taahhütlü abonelikler bakımından tüketicinin cayma hakkı söz konusudur.

Bir takım sözleşmeler bakımından kuruluşu sırasında tüketicinin yeterli düşünme imkanı bulunmaması ile sözleşmeye ilişkin yeterli bilgi ve değerlendirmede bulunamadan sözleşmeyi akdedebilmekte ve bunun ardından bir pişmanlık duygusu ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle cayma hakkı kimi tüketici sözleşmelerinin içerdiği bu durumu göz önüne alınarak TKHK'da düzenlenmiştir³⁹⁶. Bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan cayma hakkının kullanımı ile sözleşme başından itibaren her iki taraf bakımından da kesin hükümsüz sayılacak olup, ayrıca cayma hakkına ilişkin öngörülen kullanım süresi

³⁹⁶ TKHK'da cayma hakkı olarak ifade edilmesine karşın bu hak hukuken geri alma hakkı niteliğini taşıdığı belirtilmektedir. Bkz. Çabri, s. 761.

hak düşürücü süreye tabi olmakta olup bu süre içinde kullanılmayan cayma hakkı ise sona erecektir³⁹⁷.

İş yeri dışında kurulan sözleşmeler 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 47/f. 1’de şu şekilde ele alınmıştır:

“(1) Satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında;

a) Teklifin tüketici ya da satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın iş yeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulan,

b) Tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle iş yeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, satıcı veya sağlayıcının iş yerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulan,

c) Mal ve hizmetlerin tüketiciye tanıtımı ya da satışı amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında kurulan,

sözleşmeler iş yeri dışında kurulan sözleşmeler olarak kabul edilir.”

Bu sözleşme ile ilgili detaylı düzenlemelere İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliğinde yer verilmiştir. İYDKSY m. 2’de kapsam belirtilirken EHK çerçevesinde yetkilendirilmiş işletmecilerin taraf olduğu elektronik haberleşme sektöründe kurulan abonelik sözleşmelerin konusu bakımından bir ayrıma gidilmiştir³⁹⁸. Buna göre konusu yalnızca elektronik haberleşme hizmeti sunumunu oluşturan abonelik sözleşmeleri kapsam dışında bırakılırken, mal satışları ile mal satışının yanında hizmet sunumunu da içeren bu çerçevedeki abonelik sözleşmelerinin kapsam dahilinde olacağı belirtilmiştir. Örnek olarak belirtmemiz gerekirse sabit internet aboneliklerinde modem satışını da içerir bir şekilde sözleşmenin kurulması durumunda bu elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi iş yeri dışında kurulan sözleşme kapsamında değerlendirilebilecektir.

Buna göre işletmeci ile abone arasında akdedilen bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin iş yeri dışında kurulan bir sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi ve hükümlerin uygulanabilmesi için belirtilen üç halden biri ile kurulması gerekmektedir. Ayrıca belirttiğimiz üzere abonelik sözleşmesinin konusunun yalnızca elektronik haberleşme hizmetinin sunumundan ibaret olmaması da gerekmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen bir abonelik sözleşmesinin iş yeri dışında bir sözleşme olarak kurulmasının sonucu olarak bu kapsamda tanınmış olan hak ve yükümlülükler de uygulanacaktır. İş yeri dışında kurulan bir abonelik sözleşmesi mevcut ise bu durumda tüketicinin TKHK m. 47/f. 5’e göre abone gerekçe ortaya koymadan ve cezai şart söz konusu olmaksızın on dört günlük zaman dilimi içerisinde cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür. İYDKSY m. 5’te tüketicinin cayma hakkına ilişkin bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Eğer tüketiciye bu kapsamda bir bilgilendirmede bulunulmaması ya da eksik bilgilendirmede bulunulması durumunda ise tüketici bu cayma hakkına ilişkin süreye tabi olmaksızın, hakkının bitiminin ardından bir yıl süre ile cayma hakkını kullanabilecektir.

Cayma hakkının kullanılabileceği sürenin başlangıcı ise bir hizmetin ifasına dair sözleşmeler bakımından sözleşmenin akdedildiği günde, bir malın teslimini konu edinen

³⁹⁷ Çabri, s. 761-762.

³⁹⁸ İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği RG: 14.01.2015, S: 29236.

sözleşmeler açısından malın teslim alındığı gün başlayacaktır (İYDKSY m. 9/f. 2). Tüketicinin süresi içinde cayma hakkını kullanmasıyla sözleşmeye konu olan mal ve hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapması ya da tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belgenin istenmesi söz konusu değildir. Böyle bir belge her halükarda tüketici bakımından geçersiz sayılacaktır. Tüketicie ait cayma bildiriminin ulaşmasının ardından malın geri alınması sözleşmenin karşı tarafının yükümlülüğünde olmakla birlikte on dört gün içinde malın geri alınmaması halinde ise tüketici malı muhafaza etme yükümlü olmayacaktır (İYDKSY m. 11).

Mesafeli sözleşme ise TKHK m. 48/f. 1’de şu şekilde tanımlanmıştır:

“Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının³⁹⁹ kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.”

6502 sayılı Kanunda yer alan bu tanımdan hareketle bir elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin mesafeli sözleşme olarak değerlendirilebilmesinde bir takım hususların dikkate alınması gerektiğinden bahsedebilir. Bunlardan ilki işletmeciyile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmadan telefon, kısa mesaj, elektronik posta vb. vasıtalar ile karşı karşıya gelmeden sözleşmenin kurulmasını sağlayan araç ve ortamlar kapsamında değerlendirilebilecek yöntemlerden biri ile sözleşmeyi kurmuş olmalarıdır.

Mesafeli sözleşmelerle ilgili detaylı hükümler TKHK kapsamında Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde düzenlenmiştir⁴⁰⁰. TKHK m. 48/f. 4’te cayma hakkı iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde olduğuna benzer bir biçimde on dört günlük süre içinde herhangi bir gerekçe ortaya konmasına ihtiyaç duyulmadan ve cezai şart ödenmeden kullanılabileceği öngörülmüştür. On dört günlük sürenin başlangıcında sözleşmenin kurulduğu tarih esas alınacaktır (MSY m. 9/f. 2). Yine iş yeri dışında kurulan sözleşmeler için geçerli olduğu gibi işletmeci tarafından yönetmelik kapsamında bilgilendirmenin yapılmamış olması durumunda on dört günlük sürenin bitiminden itibaren bir yıl içerisinde tüketicinin cayma hakkını kullanılabileceği düzenlenmiştir (MSY m. 10). Bilgilendirmenin yapıldığı ile ilgili ispat yükümlülüğü işletmeciye yüklenmiştir. Gerek İYDKSY m. 10/f. 1’de gerekse MSY m. 11/f. 1’de cayma beyanının yazılı olması öngörülmüş olsa da kanunda bulunmayan bu koşulun geçerlilik şekli yerine ispat şekli olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır⁴⁰¹.

Tüketicinin cayma hakkını kullanmasına ilişkin bildirimin karşı tarafa ulaşmasının ardından on dört gün içinde, malın tüketiciye ulaşmasında teslim masrafı alınmışsa bu masraf da dahil olacak şekilde tahsil edilmiş olan tüm ödemelerin iade edilmesi gerektiği düzenlenmiştir (MSY m. 12). Burada iş yeri dışında kurulan sözleşmelerden farklı olarak işletmecinin malı kendisinin alacağına dair bir teklifte bulunma hali haricinde, tüketicinin

³⁹⁹ Uzaktan iletişim araçları ile ilgili TKHK’da bir tanımlamaya gidilmemiş olmakla birlikte Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 4/f. 1 (h)’de tanımlanmıştır. Buna göre: “h) Uzaktan iletişim aracı: Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortamı ifade eder.”

⁴⁰⁰ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, RG: 27.11.2014, S: 29188.

⁴⁰¹ Çetiner, Sona Erme, s. 97.

cayma hakkını kullanmasına ilişkin bildirimin yöneltilmesinden başlayarak on gün içinde malın işletmeciye gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir (MSY m. 13/f. 1).

Son olarak konumuz çerçevesinde cayma hakkının gündeme geleceği bir başka durum ise TKHK m. 17/f. 1’de sağlayıcı tarafından mal teslimi yahut hizmetin yerine getirilmesine karşılık tüketicinin sözleşme karşılığı olan bedeli kısımlar halinde ödeyerek borcunu yerine getirdiği bir sözleşme olarak tanımlanan taksitle satım sözleşmesidir. Taksitle satım sözleşmesine ilişkin çıkarılan yönetmelikte sözleşmeye dair detaylı düzenlemelere yer verilmiştir⁴⁰².

Uygulamada genellikle işletmeciler tarafından mobil haberleşme hizmetlerine ilişkin kurulan taahhütlü aboneliklerde, cihazın sağlanması ve abonelik kurulması beraber gerçekleştirerek abone taahhüt altına girmekte ve cihaz bedeli de faturalara ek olarak yansıtılmaktadır. Böyle bir durumda elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümleri de uygulama imkanı bulacaktır. Tüketici, sözleşmenin kurulmasının ardından yedi günlük zaman diliminde hiçbir gerekçe öne sürmeden ve cezai şart ödemesine gerek olmadan sözleşmeden cayması mümkündür (TSSHY m. 7/f. 1). Tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için malı mutata kullanıma ölçüsünde kullanmış olması gerekmektedir. (TSSHY m. 7/f. 5). Ayrıca tüketici, caymanın ardından yedi gün içerisinde malın iadesi ile yükümlü kılınmış olup, bu süre içinde iade etmezse cayma hakkını kullanmamış sayılacağı belirtilmiştir (TSSHY m. 8/f. 2). Buradaki cayma hakkı kanaatimizce yalnızca mal tesliminden ziyade sözleşmenin tamamına etkili olacak şekilde uygulanmalıdır. Çünkü uygulamada işletmeciler tarafından sağlanan bu kampanyalar tüketicinin cihaz alımına ek olarak abonelik ücretlerinde normalinden daha yüksek miktarlarda bir takım indirimler içermektedir. Yani sağlanan tarife imkanı cihazın da o işletmeciden alınmasına özgülendiği söylenebilir. Bu durumda cayma hakkının yalnızca mal teslimine ilişkin olduğunun kabulü uygulamada tüketiciler tarafından cayma hakkının kullanılarak cihaz iade edilmesine ve sözleşme kapsamındaki tarifeden yararlanmaya devam etmeleri gibi bir sonuç ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle cayma hakkının sözleşmenin tamamına etkili olacak şekilde yorumlanması gerektiği söylenebilir.

3.3.4. Temerrüt Hali

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler arasında abonelik sözleşmelerinin de bulunduğu ve bu bakımından geçmişe etkili bir biçimde sözleşmeden dönmenin ya da ifadan vazgeçilmesi ile tazminat talebinde bulunmanın da söz konusu olamayacağından bahsetmiştik. Fakat TBK m. 126’daki düzenleme ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından ifaya başlanmış olması kaydıyla borçlu temerrüdü meydana gelmesi durumunda fesih hakkının kullanılarak sözleşme ileriye etkili biçimde sona erdirilebileceği ele alınmıştır.

Sürekli borç ilişkilerinde temerrüt halinden kaynaklı bir biçimde ileriye etkili feshin sonuçlarından bahsedebilmemiz için de sözleşmeden dönme hakkı kapsamında aranan koşulların mevcut olması gerekmektedir⁴⁰³. Dolayısıyla temerrüt ile birlikte TBK m. 124’e göre ek süre verilmesine gereken bir durumun bulunmaması halinde TBK m. 123 kapsamında borcun ifası için ek süre verilmesinin ardından sürenin bitimi ile fesih

⁴⁰² Taksitle Satım Sözleşmesi Hakkında Yönetmelik, RG: 14.01.2015, S: 29236.

⁴⁰³ Oğuzman / Öz, s. 539.

bildiriminde bulunulması mümkündür⁴⁰⁴. Ek süre tanınması halinde aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edilebileceği gibi sözleşmenin feshi ile olumlu zararın tazmini de mümkündür. Bu olumlu zararı ise sürekli borç ilişkisinin süresinden önce sonlanmasından kaynaklanan alacaklı tarafın uğramış olduğu çıkar kaybı oluşturur⁴⁰⁵.

Bu açıklamalardan hareketle abonelik sözleşmeleri bakımından da temerrüt hali söz konusu olması durumunda sözleşmenin ileriye etkili olacak şekilde fesih bildirimi ile sona erdirilebilmesi söz konusudur. Sözleşmenin vaktinden önce sona erdirilmesinden kaynaklı uğranılan zarar olan olumlu zararın tazmini alacaklı tarafından talep edebilir. Fesih yerine dönme hakkı ile birlikte olumsuz zararının giderilmesi de sürekli edimin ifasına başlanmaması durumunda söz konusu olabilecektir. Temerrüt halinden kaynaklı fesih aslında burada sözleşmenin olağanüstü feshi niteliğini taşımaktadır. Hem EHK hem de TKHK ve bu kanunlar çerçevesinde çıkarılan ikincil mevzuat kapsamında abonelik sözleşmelerinde öngörülen olağanüstü fesih hakkı aboneye yalnızca bir takım nedenler dâhilinde sağlanmış bir haktır⁴⁰⁶. Bununla birlikte temerrüt halinden kaynaklı olarak fesih hakkında ise bu düzenlemelerden ayrı bir biçimde sözleşmenin her iki tarafı olan hem işletmeci hem de abone açısından da mümkün olacaktır.

⁴⁰⁴ Oğuzman / Öz, s. 539-540.

⁴⁰⁵ Oğuzman / Öz, s. 539; Serozan, s. 127.

⁴⁰⁶ Bkz. “*Olağanüstü Fesih*” başlığı.

SONUÇ

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından, abonenin tüketici sıfatına sahip olabilmesi ve bundan kaynaklı olarak tüketiciyi koruyan hükümlerden yararlanabilmesi için elektronik haberleşme hizmetini ticari yahut mesleki kapsamda yer almayan amaçlarla kullanımını gerçekleştiren, talep eden ya da faydalanan gerçek veya tüzel kişi konumunda olması gerekmektedir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde işletmecinin karşısında bulunan taraf olan abonenin aynı zamanda tüketici sıfatını da taşıması durumunda, unsurları bakımından tüketici sözleşmesinin içerdiği unsurlarla bütünüyle uyduğu görülür. Bu çerçevede tüketici sözleşmesi kapsamındaki elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi tüketici ile işletmeci arasında belirli bir ücret karşılığında elektronik haberleşme hizmetini yerine getirmeyi veya hizmet ile birlikte mal teminini üstlendiği sözleşmedir. İşletmecinin ise sektörde faaliyette bulunabilmesi için bildirim usulü ya da kullanım hakkı sağlanması vasıtasıyla BTK tarafından yetkilendirmiş olması aranır. İşletmecinin belirli şartları taşıması durumunda sektörde bu sıfatla faaliyette bulunması mümkün olacaktır. Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında işletmecinin satıcı ya da sağlayıcı olarak nitelendirilmesi ve bu çerçevedeki hükümlerin uygulanması da söz konusu olacaktır.

Elektronik Haberleşme Kanunda öngörülen tanımda yalnızca mal temini kapsamını içeren bir konunun da belirlenebilmesine yol açan bir tanımlama yapılmış olsa da böyle yapılan sözleşme asli edim olan elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasını içermeyecektir. Bu nedenle kanaatimizce abonelik sözleşmesinin, elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması ile birlikte eğer söz konusu ise mal teminini birlikte içerek şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Elektronik Haberleşme Kanundaki abonelik sözleşmesinin tanımına bakıldığında sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesini sağlayacak yeterli unsurların bulunmadığı görülmektedir. Çünkü bu tanımda sözleşmenin tipini tespit etmeye dair asgari karakteristik unsurlara değinilmemiş olmakla birlikte yalnızca sözleşmenin ifa ediliş tarzına yönelik ifadeler bulunmaktadır. Hukuki niteliğin tespit edilmesine yönelik olarak asli edimler de tespit edilmelidir. Elektronik Haberleşme Kanununda bulunan tanımdan hareketle isimli ya da isimli sözleşme olarak sınıflandırmaya tabi tutulması söz konusu değildir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinde işletmecinin asli edim borcu elektronik haberleşme hizmetinin sunulması ile bu hizmetin sunulmasına yönelik kaynak tahsisinde bulunulmasıdır. Abonenin ise gerçekleştirmesi gereken kararlaştırılan ücretin ödenmesi asli edim borcunu ortaya koymaktadır. Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yer alan kaynak tahsisi sözleşmeyi kira sözleşmesiyle, elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasına ilişkin borç ise iş görme sözleşmeleri ile benzerlik içermesine neden olmaktadır. Fakat kaynak tahsisi kapsamında işletmecinin aboneye temin etmiş olduğu numara veya hattın kullanımının abonenin bizatihi kendisi tarafından gerçekleştirilmesi yani bu noktada işletmecinin aracılığına ihtiyaç duymadan kullanımının sağlanabilmesi, elektronik haberleşme abonelik sözleşmesini kira sözleşmesinden ayırmaktadır. Buna ek olarak işletmeciye ait olan elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması da ele alınacak olursa Türk Borçlar Kanununda yer alan iş görme sözleşmelerinden birinin çerçevesinde elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin değerlendirilmesini mümkün kılmaz. Tüm bu kapsam içerisinde abonelik sözleşmesinin genel itibari ile iş görme fonksiyonunu

bünyesinde barındırdığından bahsedilmesi mümkündür. Dolayısı ile elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşme olarak değerlendirilebileceğinden bahsedebiliriz. Bu nedenle Türk Borçlar Kanununda yer alan genel hükümler özel hükümler yerine öncelikli olarak uygulanacaktır.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi işletmecinin sağlaması mümkün olan elektronik haberleşme hizmetlerinin tamamını içermemekte olup, yalnızca abonenin talebi doğrultusunda sağlanacak olan hizmete ilişkin hususlar ile bu doğrultuda ileride de sağlanması muhtemel hizmetleri kapsayacak şekilde genel nitelikli düzenlemeleri içeren bir sözleşmedir. Dolayısıyla abone tarafından sözleşmenin akdedilmesi aşamasında kararlaştırılmamış bir hizmeti daha sonradan yeni bir sözleşme ile almak istemesi durumu söz konusu olduğundan dolayı bu asli edimler harici yer alan sözleşme hükümleri çerçeve sözleşme kapsamında değerlendirilmelidir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin akdedilmesinden işletmeci haklı neden olmaksızın kaçınamayacaktır. Esasen AY m. 22'de ki haberleşme özgürlüğünün temin edilebilmesi ile beraber elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini de taşıması yönüyle değerlendirildiğinde işletmecilerin sözleşme yapmaktan kaçınması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Elektronik Haberleşme Kanunu abonelik sözleşmelerinin düzenlendiği m. 50'de tüketicilerin abonelik sözleşmesi kurulmasına ilişkin söz konusu hizmeti sağlayan işletmeci ile sözleşme yapma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Buna ek olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m. 6/f. 2'de de bu doğrultuda hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağını açıkça düzenlemiştir. Abonenin kurmak istediği elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinden kaçınan bir işletmecinin, bu kaçınma durumundan kaynaklı olarak abonenin zarar görmesi durumunda, bu zarardan kaynaklı ortaya çıkan zararının tazmine ilişkin ve aynen ifa talepli olarak mahkemeye başvurulması mümkündür. Bunlara ilaveten işletmecinin hem Elektronik Haberleşme Kanunu hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan kaynaklı olarak ayrı ayrı idari yaptırımlarla karşılaşması söz konusu olacaktır.

İşletmecinin haklı bir neden olmaksızın sözleşme akdetmekten kaçınmaması durumuna karşılık, abone tarafından ise farklı bir durum söz konusudur. Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ile ilgili olarak BTK'nın yetkilendirdiği birden fazla işletmecinin sektörde faaliyet göstermesinden dolayı, abone sözleşme akdetmek istediği takdirde bu işletmecilerden herhangi biri ile abonelik sözleşmesi kurma imkânına sahiptir. Bu yönüyle değerlendirdiğimizde elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin rızai bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri ile ilgili olarak gerek Elektronik Haberleşme Kanunu gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu kanunlar çerçevesinde çıkartılan çeşitli yönetmelikler bulunmaktadır. Bahsi geçen mevzuat kapsamında idari yaptırım uygulama yetkisi EHK bakımından Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda iken TKHK kapsamında Ticaret Bakanlığındadır. Her iki kanunda kendi düzenlemeleri çerçevesinde idari yaptırımlar öngörmüştür. Aynı husus çerçevesinde birden fazla idarenin denetim yetkisini taşımasının meydana getirdiği en önemli ve temel sorun bu idarelerin aynı fiilden kaynaklı olarak birden fazla idari yaptırım uygulaması olarak ortaya çıkmaktadır. Hem BTK tarafından hem de Ticaret Bakanlığı tarafından idari yaptırım uygulanmasının önünde herhangi bir mevzuat engeli bulunmamakla birlikte, 6502

sayılı TKHK m. 77/f. 20’de açıkça başka kanunlar gereği yapılacak işlemlerin TKHK’da yer alan yaptırımlardan etkilemeyeceği düzenlenmiştir.

Aslında ceza hukukuna ilişkin bir ilke olan ve aynı fiilden kaynaklı birden fazla cezalandırılmanın önüne geçen “*Non Bis In Idem*” ilkesinin idari yaptırımlar bakımından da uygulanması kanaatimizce gerekmektedir. Tek bir fiilden kaynaklanan iki farklı idarenin aynı niteliklere sahip iki farklı yaptırım uygulaması halinde tek fiile yönelik iki defa yaptırım uygulanması sonucu orta çıkmaktadır. Bu durum ise idari yaptırımların amacını ortaya koyan kamu düzenini koruma ve buna aykırılık gösterenleri cezalandırma amacı taşımakta olduğundan tek bir yaptırım ile bunun gerçekleşmesi mümkünken birden fazla uygulanması, idari yaptırımların amacı ve işlevine yönelik olarak hakkaniyet ilkesi bağlamında aykırılık meydana getirecektir. Yani hem Elektronik Haberleşme Kanunu hem de TKHK ile bu kanunlarda çerçevesinde çıkarılan ikincil mevzuatta belirlenmiş olup, idarelerce uygulanan denetim yetkileri kapsamında bir hukuka aykırılığın belirlenmesi durumunda, idarelerin tabi oldukları mevzuat kapsamında düzenlenmiş olan idari yaptırım uygulanacaktır. Burada diğer idare tarafından aynı hususla ilgili olarak yaptırım uygulamış olmasından dolayı kendisi tarafından idari yaptırımı uygulamaktan idare herhangi bir şekilde imtina etmeyecek olup, zaten böyle bir tasarruf da kanuni idare ilkesi ile de bağdaşacağından bahsedilemez.

Tüm bu sebeplerden dolayıdır ki, adalet anlayışı ve hakkaniyetle uyuşmayan bu durumun ortadan kaldırılabilmesi için kanaatimizce aynı fiilden kaynaklı olarak aynı nitelikte birden fazla yaptırımın uygulanmasının önüne geçilmesini mümkün hale getirecek bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Yaptırımı uygulayacak makam ile ilgili olarak gerçekleştirilmesi gereken ise genel yetkili idarenin yerine özel yetkili idare yaptırımına öncelik tanınmasıdır. Zira elektronik haberleşme sektöründe özel yetkili idare konumunda olan ve bu sektörde düzenleme ve denetlemede bulunma faaliyetlerini üstlenmiş bağımsız bir idari otorite olan BTK tarafından yaptırımın uygulanması yerinde olacaktır.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmelerinin Elektronik Haberleşme Kanunundan kaynaklı olarak diğer tüketici sözleşmelerinden farklı bir takım hususları taşıdığından bahsedilmesi gerekir. Bu çerçevede sözleşme, sektörde bağımsız idari otorite görevinde olan BTK tarafından onaylanır. Bu sözleşmede yer alan tüm hükümler işletmeci tarafından tek taraflı olarak ortaya konan ve önceden oluşturulan genel işlem koşullarından meydana gelmekte, sözleşmenin karşı tarafı ile tartışılarak ortaya konması gibi imkân söz konusu olmamaktadır. İşletmeci tarafından sözleşmelerin Bilgi Teknolojileri ve İletişimi Kurumu tarafından onaylanması gerekmekte ve ancak bu halde sözleşmelerin abonelerle akdedilebilmeleri mümkün olmaktadır.

Genel işlem şartları, sözleşmenin karşı tarafının kim olduğu ve bu kimsenin şahsi durumu gözetilmeden birden çok kişi ile yapılmaya yönelik olarak, sözleşmenin içeriğinin düzenleyen tarafından önceden ve tek taraflı hazırlanan sözleşmelerde yer almaktadır. Uygulamada akdedilen elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerine bakıldığında istisnasız olarak genel işlem şartlarından meydana geldiği görülmektedir. İşletmeci tarafından genel işlem şartlarına başvurulmasındaki temel amaç, kendi lehine bir sonuç ortaya koyacak şekilde rasyonel olarak düzenlemede bulunma gereksiniminden kaynaklanmakta olduğu söylenilirken, abone bakımından yararı olduğundan bahsetmek pek mümkün değildir. En nihayetinde abonelik sözleşmesini işletmeci ile sözleşme akdetmek isteyen tarafın önünde iki seçenek yer almaktadır. Bunlar sözleşmenin

imzalanması veyahut imzalanmamasıdır. İşte bu noktada aradaki dengenin tesis edilmesini sağlamak üzere ve elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini taşımasından dolayı sözleşmelerin tüketici sözleşmesi kapsamında da değerlendirilmesi dolayısıyla bir gözden geçirme, onaylanma aşaması öngörülmüştür. Bu faaliyeti gerçekleştirmekle görevli olan ve bu kapsamda idari denetimi gerçekleştiren makam Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumudur.

İdari denetimden farklı olarak ayrıca yargısal denetim neticesinde sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının denetimi gerçekleştirilmektedir. Elektronik Haberleşme Kanununda genel işlem koşullarının yargısal denetimi ile ilgili düzenlemeye gidilmemesinden dolayı tüketicinin tarafı olduğu sözleşmeler bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki hükümlere gidilecektir. Eğer işletmecinin karşı tarafında bulunan abonenin tüketici sıfatını taşıması durumunda ise Türk Borçlar Kanununda yer alan hükümler esas alınacaktır. Sözleşmede bulunan genel işlem koşullarının haksız şart kapsamında olup olmadığının belirlenmesi ile birlikte geçersizlik yaptırımına tabi tutulması için yargısal denetim gerçekleştirilir. Bu çerçevede gerçekleştirilen yargısal denetim aşamaların kademeler halinde denetim gerçekleştirilecek olup, ilk olarak “*yürürlük denetimi*” ile söz konusu hükümlerin sözleşmenin kapsamı dahilinde olup olmadığı incelenecektir. Yürürlük denetiminin ardından sözleşmenin içeriğinden olduğu tespit edilen genel işlem koşulları ile ilgili olarak “*yorum denetimi*” gerçekleştirilecek olup, taraf iradelerinin anlamlandırılması noktasında denetim gerçekleştirilir. Son olarak ise yürürlük ve yorum denetimlerinin ardından sözleşme içeriğinde olan genel işlem koşulları haksız şart niteliğini taşıması durumunda, söz konusu hükümlerin hakim tarafından geçersiz kılınması ile sözleşmenin hakkaniyete uygun hale kavuşması sağlanacaktır.

İşletmecinin sözleşmeden kaynaklı olan en temel borcu elektronik haberleşme hizmetinin sağlanması olup, işletmeci bu hizmeti sağlarken Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından öngörülen düzenlemeler çerçevesinde borcunu yerine getirecektir. Ayrıca işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti sağlanmasına ek olarak fatura düzenlenmesi ve gönderilmesi, sadakat, numara taşıma, eşit davranma, belirli kalitede hizmet sunma, şeffaflık ve bilgilendirme yükümlülüğü gibi çeşitli yan borçları da yer almaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin kapsamı ve niteliklerine ilişkin detaylı düzenlemeler Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu kanuna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikler çerçevesinde belirlenmiştir. Bu hükümlere karşı aykırılık halinde ise idari yaptırımlara maruz kalması mümkün olabileceği bir takım özellik arz eden hususlarda abone tarafından sözleşmenin haklı sebeple feshi de söz konusu olabilir.

Abonenin ise sözleşmeden kaynaklı olan asli edim borcu ücret ödemek olmakla birlikte bu ücretin kararlaştırılmasında “götürü ücret” veya “zamana ve miktara göre belirlenen ücret” olarak kararlaştırılabilmesi mümkün olup, işletmecinin ücretin içeriği ile ilgili olarak tamamen serbest olması söz konusu değildir. Bu sebeple de elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Çünkü tespit edilecek ücrete ilişkin Bilgi Teknoloji ve İletişim Kurumuna, Elektronik Haberleşme Kanunundan doğan geniş çaplı bir müdahalede bulunma imkânı sağlanmıştır. İşletmecilerin abonelerden talep ettiği ücret, tarife adı altında farklı isimlerden oluşan çeşitli ücret cetvellerinden oluşmaktadır. İşte bu tarifelerin belirlenmesi aşamasında tarifenin bildirim usulüne tabi tutulabileceği gibi bir takım haller dahilinde bu bildirim geçersiz kabul edilebilecektir. Ayrıca Bilgi Teknoloji ve İletişim Kurumu tarafından tarifelere ilişkin alt ve üst sınır getirme yetkisi ile maliyet esas

ya da tavan fiyat esası kapsamında onaylanması gerekebilir. Gerekli inceleme ve onay süreçlerinin ardından tarifelerin yürürlüğe girebilmeleri için kamuoyuna duyurulması gerekmektedir. Yürürlüğe girmiş olan bir tarife bakımında gerek resen gerek şikayet üzerine olsun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından inceleme yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamakta ve bu incelemenin ardından gerekli düzeltilmenin sağlanması, tarifenin durdurulması ve tarifenin yürürlükten kaldırılması gündeme gelebileceği gibi idari para cezasının uygulanması da söz konusu olabilecektir. Abonenin asli borcu olan ücret ödemeye ek olarak, bildirimde bulunma, mevzuattaki standartları taşıyan cihaz kullanma ve bildirimde bulunma ile yararlanmış olduğu elektronik haberleşme hizmetini ticari amaçlı olarak üçüncü kişilere sunmama gibi yan borçları da bulunmaktadır.

Sona erme hallerine ilişkin olarak ise temelde ikili bir ayrıma gitmemiz mümkündür. Buna göre abonelik sözleşmesinin taraflarca gerçekleştirilecek bir hukuki işlemle sona ermesi söz konusu olduğu gibi böyle bir işlem gerekmeksizin kendiliğinden sona ermesi de söz konusu olabilir. Kendiliğinden sona erme halleri olarak sözleşme için öngörülen sürenin sonlanması ve ifanın imkansız hale gelmesi iken, ölüm hali, fiili ehliyetinin sınırlandırılması veya kaybı ile aciz hali durumlarında ise işletmecinin karşısında bulunan abonenin şahıs olarak kişiliğinin önem arz etmemesinden dolayı kural olarak sözleşme kendiliğinden sona ermeyecektir. Sözleşmenin hukuki işlemle sona erme halleri ise başta fesih olmak üzere tarafların karşılıklı olarak anlaşması, cayma hakkının kullanılması ile temerrüt halinden kaynaklı olarak meydana gelebilecektir.

Elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin hukuki işlemle sona erme hallerinden olan fesih üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Burada ilk olarak bahsedilmesi gereken ikili bir ayrıma gidilerek sözleşme süresinin esas alınmasıdır. Yani süresi bir yıldan daha az olarak öngörülmüş abonelik sözleşmeleri ile süresi bir yılın üzerinde olacağı veya belirsiz süreli olacağı kararlaştırılmış abonelik sözleşmeleri bakımından fesih durumunu ayrı ayrı incelememiz gerekmektedir.

6502 sayılı TKHK m. 52/f. 4'te süresi bir yıldan az olan abonelik sözleşmelerinin feshi için sözleşme koşullarında bir değişikliğe gitmesi halinde gerçekleştirilebilecektir. Burada öngörülen değişikliğin abonenin aleyhine olması durumunda fesih hakkının gündeme geleceği, abonenin lehine olan değişikliklerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanunda öngörülen, süresi bir yıldan az olarak belirlenmiş abonelik sözleşmelerinde fesih hakkını tanıyan düzenlemelerin olağanüstü sebeple fesih hallerinden kaynaklı olarak gerçekleştirilmesini içermesinden dolayı, düzenlenen sebeplerin tahdidi olarak ele alınmayıp bu noktada haklı sebeple fesih hallerinin de gündeme geldiğinde abonenin fesih imkânına sahip olduğundan bahsetmek yerinde olacaktır. Ancak burada esas değerlendirmesi gereken aynı kanunda yer alan farklı bir hüküm nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, 6502 sayılı Kanun m. 4/f. 2'de açık bir biçimde sözleşmenin devamı süresince sözleşmede yer alan koşulların tüketicinin aleyhine değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Bu noktada aynı kanunda birbiri ile çelişen ifadeler yer almakta olup, kanun bir taraftan sözleşmeye bu tarz hükümlerin konmasını yasaklamışken bir taraftan da böyle bir durum halinde aboneye fesih hakkı tanımıştır. Dolayısı ile sözleşmeye bu hükümlerin konabileceği gibi bir sonuçla karşılaşılması söz konusu olabilir. Bu nedenle bu çelişkinin giderilmesini temin edecek bir düzenlemeye gidilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Belirsiz süreli veya bir yılın üzerinde belirli süreli olarak akdedilen abonelik sözleşmelerinin feshi aynı kapsamda ele alınmıştır. Buna göre aboneler herhangi bir gerekçe öne sürmeden ve cezai şart ödemenen abonelik sözleşmelerini sona erdirebileceklerdir. TKHK m. 52/f. 4 bu fesih hakkını yalnızca abonelere sağlamış olup, bu noktada işletmeci tarafından böyle bir fesih hakkından bahsetmemiz mümkün değildir. İşletmeci tarafından abonelik sözleşmesine bu yönde herhangi bir düzenleme öngörölmüş olsa dahi sözleşmede yer alacak bu düzenleme geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki gayet tabii olarak işletmeci tarafından sözleşmenin çekilmezlik olgusuna dayalı bir biçimde haklı sebeple feshi her zaman mümkündür. Kaldı ki haklı sebeple fesih hakkı sözleşmenin her iki tarafı bakımından da geçerli olacaktır.

İşletmeci tarafından abonelik sözleşmesinin feshi değerlendirildiğinde feshin yalnızca çekilmezlik olgusuna dayanması durumunda meydana gelebilmesi söz konusudur. Abone bakımından ise haklı sebeple fesih uygulamada ki genel kabul abone tarafından sözleşmenin dilediği zaman feshedilebileceğine ilişkin olduğundan ortada haklı bir sebep bulunmasa dahi abonenin fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi istediği zaman feshedebileceği kabul edilmektedir. Fakat haklı bir sebeple fesih durumunda abonenin sözleşmeyi derhal feshedebileceği gibi zararını tazmin noktasında talep ve dava etmesi de mümkündür.

Elektronik haberleşme sektöründe akdedilen abonelik sözleşmeleri bakımından ayrıca ifade edilmesi gereken husus abonenin numara taşıma yöntemi ile fesih imkânına ilişkindir. Buna göre abone numarasını değıştirmeden elektronik haberleşme hizmeti aldığı işletmeciye değıştirebilecektir. Burada abone tarafından yönlendirilen numara taşıma talebi aynı zamanda bir fesih talebi olarak kabul edilecektir. Abonene numara taşıma talebini yazılı olarak, internet bankacılığı vasıtası ile veya müşteri hizmetleri aracılığı ile gerçekleştirebilir. Numara taşıma işleminin gerçekleşerek, abonenin numarasını taşımak istediği işletmecide numarasının aktif olmaya başlaması ile de önceki abonelik sözleşmesi fesholunmuş sayılacaktır.

Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50/f. 4'ün son cümlesinde abonelerin sözleşmelerini taleplerini bildirmek kaydı ile her zaman sona erdirebilecekleri düzenlenmiştir. Bu noktada kanaatimizce söz konusu fıkranın tamamı incelenerek bir değerlendirme yapılmalıdır. Fıkra kapsamında değerlendirilen husus işletmecinin abonelik sözleşmesinde tek taraflı değışiklik yapma hususu ele alınmıştır. Bu noktada gerçekten de lafzi yorumdan hareketle elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin her zaman taleplerinin bildirilmesi ile aboneler tarafından sona erdirilebileceği anlamı çıkabilir. Nitekim uygulama da bu yönde kabul görmekte ve aboneler tarafından bu şekilde abonelik sözleşmeleri sona erdirilebilmektedir. Fakat kanaatimizce burada fıkra kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde kanun koyucunun maksadı haklı sebeple fesih hakkı kapsamında abone tarafından sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkindir. Kanun koyucu tarafından gerçekten bu düşünce ile hareket edilse idi bu düzenlemeyi ayrı bir fıkroda tek başına düzenlemesi gerekeceğinden, kanaatimizce bu düzenlemenin haklı sebeple fesih kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu çerçevede belirsiz süreli veya süresi bir yılın üzerinde olan belirli süreli abonelik sözleşmeleri bakımından abonenin hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi feshinin kabulü yerinde olacaktır.

Fesih hakkının kullanımı karşı tarafa varması gerekli bir fesih bildirimi ile gerçekleştirilecektir. Bu fesih bildiriminin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin olarak

abonenin çeşitli imkânları bulunmaktadır. Bu yöntemler EHSİTHY m. 23/f. 1’de sıralanmıştır. Abone yazılı olarak, faks ile veya elektronik imzalı metinler ile fesih bildiriminde bulunması mümkündür. Yönetmelik ayrıca BTK tarafından belirlenen yöntemlerin de kullanılabileceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu’nun 12.05.2020 tarihli kararı ile “e-Devlet Kapısı Üzerinden Abonelik Sözleşmesi Fesih Başvurusu Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar” kabul edilmiştir. Böylece abonenin e-Devlet sistemi üzerinden de abonelik sözleşmesinin fesih bildirimini işletmeciye iletebilmesine imkan sağlanmıştır. Abone bu yöntemlerden dilediğini kullanarak fesih bildiriminde bulunabilecektir.

Taahhütlü abonelik sözleşmelerinin sona erdirilmesi noktasında uygulamada da tüketicilerin karşılaştığı en büyük sorun taahhüt süresinden önce haklı sebebe dayanmadan kullanılan fesih hakkı ile sözleşmenin sona erdirilmesinin ardından işletmecilerin abonelerden talep ettiği bedellerden kaynaklanmaktadır. Taahhütlü abonelik sözleşmeleri ile taahhüt taşımayan abonelik sözleşmelerini birbiri ile karşılaştırdığımızda unsurlarının uyduğu gözlemlenmekle beraber taahhütlü abonelikler için ek olarak “işletmecinin abonelik ücretinde belirli bir indirimde bulunması ya da taahhüt konusu bir mal mevcutsa bunun mülkiyetinin veya kullanım hakkının tesis edilmesi” yer almaktadır. Abone taahhüt altına girerek bir menfaat elde etmesi gerekmekte olup, böyle bir menfaat içermeyen girilen taahhütlerin sadece işletmecinin lehine olacak şekilde bir taahhüt düzenlenerek abonenin bağlanmasına ilişkin hükümler geçerli olmayacaktır. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin haklı neden olmaksızın taahhüt süresinin bitiminden önce feshi durumunda ise işletmeci tarafından talep edilebilecek bedele ilişkin alternatifli bir husus söz konusudur. Buna göre abonenin taahhütsüz olarak yararlandığı hizmete ilişkin hesaplama yapılırken fesih anına kadar ödediği bedel ile taahhüdün sona ermesine kalan süreye ilişkin ödeyeceği bedeli hesaplama yoluna gidilir. Ortaya çıkan rakamlardan abonenin lehine olanı tercih edilecek ve talep edilen bedel bu miktarı aşamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Osman (2017). Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları. *Telekomünikasyon Hukuku*. İstanbul : Filiz Yay.
- Açıkgöz, Osman. (2013). *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- Akıntürk, Turgut ve Ateş Karaman, Derya. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*. İstanbul : Beta Yay.
- Akkanat, Halil. (2004). Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri. *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*. Ankara : Seçkin Yay. (275-291)
- Akkanat, Halil, Çekin Mesut ve Sarıkaya Murat. (2018). *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği*. İstanbul : Filiz Yay.
- Akkurt, Sinan Sami. (2008). Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 10, Sayı 2. (13-64)
- Altaş, Hüseyin. (2009). Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri. *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*. Ankara : Seçkin Yay. (157-169)
- Altaş, Hüseyin. (2010). Tüketici Haklarının Korunması Açısından Telekomünikasyon Sektöründe Tarife Rejimi. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan I Cilt*. Ankara : Turhan Yay. (211-222)
- Altınok Ormancı, Pınar. (2011). *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi*. İstanbul : Vedat Yay.
- Antalya, Gökhan. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1*. İstanbul : Legal Yay.
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. (2015). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara : Yetkin : Yay.
- Arıöz, Ali. (2005). *Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci*. Ankara : Rekabet Kurumu Yay.
- Aslan, Yılmaz. (2015). *En Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku*. Bursa : Ekin Yay.
- Aydoğdu, Murat ve Kahveci, Nalan (2019). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara : Adalet Yay.
- Aydoğdu, Murat. (2014). *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*. Ankara : Seçkin Yay.
- Aydoğdu, Murat. (2015). *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara : Adalet Yay.
- Ayrancı, Hasan. (2010). *Enerji Sözleşmeleri*. Ankara : Yetkin Yay.
- Bal, Yakup. (2020). *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri*. Ankara : Seçkin Yay.
- Barlas, Nami. (2001). Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri. *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*. İstanbul : Beta Yay. (807-828)
- Başoğlu, Başak. (2012). *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*. İstanbul : On İki Levha Yay.

- Berberoğlu Yenipınar, Filiz. (2019). *Abonelik Sözleşmeleri Uyuşmazlıkları*. Ankara : Seçkin Yay.
- Bozgeyik, Hayri. (2009). Telefonda Sabit Ücret Uygulaması ve Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan Cilt- 1*. İstanbul : Vedat Yay. (457-473)
- Cansel, Erol ve Özel, Çağlar. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1*. Ankara : Seçkin Yay.
- Çabri, Sezer. (2016). *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara : Adalet Yay.
- Çetiner, Bilgehan. (2009). *Telefon Aboneliği Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Korunması*. Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi. Sayı: 63-64. (70-90)
- Çetiner, Bilgehan. (2017) Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinin Sona Ermesi. *Telekomünikasyon Hukuku*. İstanbul : Filiz Yay. (96-110)
- Çınar, Ömer. (2009). *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- Demirsatan, Barış. (2019). *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- Deryal, Yahya. (2008). *Tüketici Hukuku (Ders Kitabı)*. Ankara : Seçkin Yay.
- Doğancı, Doğa Ekrem. (2014). Vekalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkilerle Karşılaştırılması. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 2 Sayı: 1. (95-131)
- Ekici, Şerafettin. (2006). *Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku*. İstanbul : Vedat Yay.
- Eren, Fikret. (2008). İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar. *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*. Ankara : Beta Yay. (85-111)
- Eren, Fikret. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul : Beta Yay.
- Ergün, Ömer ve Çaldağ, Coşkun. (2018). *Borçlar Hukuku Ders Notları*. Ankara : Seçkin Yay.
- Ergün, Ömer. (2018). *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları*. Ankara : Seçkin Yay.
- Ertaş, Şeref. (2008). Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Sonuçları. *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*. Ankara : Turhan Yay. (391-399)
- Güçlüer, Tümer. (2018). Elektronik Haberleşme Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri. *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul : Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Erdoğan, Kemal. (2018). Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 26, Sayı: 3. (271-330)
- Gümüş, Mustafa Alper. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul : Vedat Yay.
- Gümüş, Mustafa Alper. (2014). *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde: 1-46)*. İstanbul : Vedat Yay.
- Güzeliş, Alpslan. (2013). *Telgraftan İnternete Telekomünikasyon*. İzmir : Emo Yay.
- Gojayeve, Alvina. (2012). Türk Hukukunda Arabağlantı Sözleşmeleri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 61, Sayı: 3. (1057-1088)

- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Emre. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul : Vedat Yay.
- Havutçu, Ayşe. (2013). *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir : Güncel Yay.
- İnal, Tamer. (2018). *Borç Aykırılık, Dönme ve Fesih*. Ankara : Seçkin Yay.
- İçöz, Özge. (2003). Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet. *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*. Ankara.
- İnceoğlu, Murat. (2015). Ayıba karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu. *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler – Tartışmalar*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- İnceoğlu, Murat. (2018). *Abonelik Sözleşmelerinde Cihaz Taahhütnamelerinin Taksitle Satım Sözleşmesi ile İlişkisi*. Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları. İstanbul : Aristo Yay. (157-170)
- İnceoğlu, Murat. (2016). *Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri. Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*. Ankara : Bilge Yay. (202-227)
- Kahveci, Nalan. (2014). *Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*. Ankara : Adalet Yay.
- Kama, Musa. (2020). *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- Kaplan, İbrahim. (2007). *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*. Ankara : Yetkin Yay.
- Kayıhan, Şaban ve Ünlütepe, Mustafa. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara : Seçkin Yay.
- Kent, Bülent. (2012). Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI Sayı: 2*. (169-198)
- Kılıçoğlu, Ahmet. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara : Turhan Yay.
- Koca, Ayşe. (2005). Mukayeseli Açidan Telekomünikasyon Hukukunda Tüketicinin Korunması (Düzenleyici Otoritelerin Rolü, Alınması Gereken Tedbirler, Olması Gereken Hukuk Açısından Öneriler). *Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi*. Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*. İstanbul : Filiz Yay.
- Kuntalp, Erden. (2011). Bankalar ve Genel İşlem Koşulları. *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*. Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. (81-102)
- Kuntalp, Erden. (2013). *Karışık Muhtevah Akit*. Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay.
- Oğuzman, Kemal ve Barlas, Nami. (2014). *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*. İstanbul : Vedat Yay.
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1*. İstanbul : Vedat Yay.
- Öktem Çevik, Seda. (2008). *Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi*. İstanbul : Beta Yay.
- Özdemir, Hayrunnisa. (2009). *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara : Seçkin Yay.

- Özelçi, Aytaç. (2019). *Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görüş Usulleri*. Ankara : Seçkin Yay.
- Özkaya, Ayşe. (2011). Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri. *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilişim Uzmanlığı Tezi*. Ankara.
- Öztürk, Burak. (2009). Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği. *Ankara Barosu Dergisi*. Yıl: 67, Sayı: 1. (26-42)
- Parlak, Şafak. (2008). Roaming Sözleşmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. Cilt: 24 Sayı: 3. (469-498)
- Seliçi, Özer. (1976). *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul : Fakülteler Matbaası Yay.
- Serozan, Rona. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul : Vedat Yay.
- Sirmen, Lale. (2011). *Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu. Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. (109-133)
- Tandoğan, Haluk. (2008). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I/I*. İstanbul : Vedat Yay.
- Tekinay, Selahattin Suphi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul : Filiz Yay.
- Tiftik, Mustafa ve Özcan Zeynep. (2015). Türk Borçlar Kanununa Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. Cilt: 31 Sayı: 1. (23-58)
- Ulusoy, Ali. (2001). Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arasındaki İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 50 Sayı: 2. (147-158)
- Ulusoy, Ali. (2002). *Telekomünikasyon Hukuku*. Ankara : Turhan Yay.
- Ulusoy, Ali. (2013). *İdari Yaptırımlar*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- Yasin, Melikşah. (2017). Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Haklarının Düzenlenmesi ve Denetlenmesinde Yetki Meselesi. 15. *Türkiye – İsviçre Hukuk Günleri Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon*. İstanbul : On İki Levha Yay. (75-81)
- Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk ve Özen, Burak. (2011). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul : Beta Yay.
- Yıldırım Dindar, Aylin. (2020). Elektrik Piyasasında Abonelik Sözleşmeleri ve Tüketicinin Korunması. Ankara : Seçkin Yay.
- Yıldız, Mustafa Göktürk. (2012). *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*. İstanbul : On İki Levha Yay.
- Yürekli, Sabahattin. (2016). *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Ankara : Seçkin Yay.
- Yüksel, Aytaç. (2018). *Elektronik Haberleşme Hukukundaki İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetim*. Ankara : Adalet Yay.
- Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, Emre. (2018). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara : Turhan Yay.

Zevkliler, Aydın ve Özel, Çağlar. (2016). *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara : Seçkin Yay.



ÖZGEÇMİŞ

Muhammed Emir ÖZ, lisans eğitimini Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamlamış olup, işbu tez ile Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk yüksek lisans programından mezun olmuştur.

