

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE
ERİŞİM SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Şükrü KUTLU

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS

Ankara- 2012

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE
ERİŞİM SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

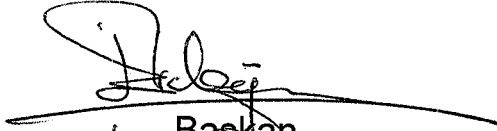
Hazırlayan
Şükrü KUTLU

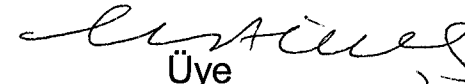
Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS

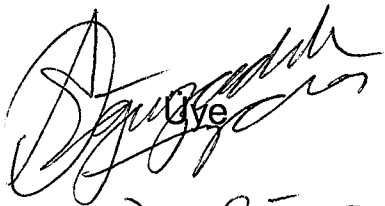
Ankara- 2012

ONAY

ŞÜKRÜ KUTLU tarafından hazırlanan "TELEKOMİNİKASYON SEKTÖRÜNDE ERIŞİM SÖZLEŞMELERİ" başlıklı bu çalışma, 03.01.2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafında MEDENİ HUKUK BİLİM DALI'nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Başkan
Prof. Dr. İhsan İbrahim


Üye
Prof. Dr. Hüsnü Artaş


Üye
Yrd. Doç. Dr. Ögüz Sadık Aydoğ

ÖNSÖZ

Telekomünikasyon sektörünün bilgi toplumuna ulaşmada altyapıyı sağlayan temel sektör olması, bir yandan bu sektörün önemini artırırken diğer yandan bu sektörde serbestleşme ve rekabetin gündeme gelmesine paralel olarak, yeni hukuksal sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Erişim sözleşmelerinden kaynaklanan uzlaşmazlıklar, bu sorunların içinde önemli bir yer teşkil etmektedir.

Tezimizde, telekomünikasyon sektörüne yönelik yapılan düzenlemeler içinde en önemli ve en sorunlu alanı oluşturan erişim sözleşmeleri inceleme konusu yapılacaktır.

Bu tezin hazırlanmasında ilgi ve desteklerini esirgemeyen, her aşamada değerli görüş ve önerileri ile beni yönlendiren tez danışmanım Sayın Yrd. Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS'a teşekkür ederim.

Şükrü KUTLU

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR DİZİNİ	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNÜN GENEL YAPISI, TELEKOMÜNİKASYON HİZMET VE ALTYAPILARINA ERİŞİM

I- TELEKOMÜNİKASYON KAVRAMI.....	4
II- TÜRKİYEDE TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ.....	5
III- TELEKOMÜNİKASYON HİZMET VE ALTYAPILARINA ERİŞİM	10
A) Genel Olarak	10
B) Erişimin Amacı ve Önemi	10
C) Erişimin Tanımı ve Kapsamı.....	12
1. AB Mevzuatı Açısından Erişim.....	12
2. Mevzuatımız Açısından Erişim	14
D) Erişimin Hukuksal Niteliği	15
E) Erişim Taleplerinin Reddedilmesine İlişkin Sorunlar	16
IV- ERİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL ÖZELLİKLERİ VE ERİŞİM SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK DÜZENLEYİCİ MÜDAHALELERİN KAPSAMI.....	19

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ KARŞISINDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

I- SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	28
II- SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU (ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ) ...	39
A) Zorunlu Unsur Kavramı.....	39

B) Zorunlu Unsur Doktrini Nedeniyle Sözleşme Özgürlüğünün Kısıtlanması	41
C) Zorunlu Unsurlara Erişimin Reddedilmesine İlişkin Sorunlar	53

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARABAĞLANTI VE ROAMİNG SÖZLEŞMELERİ

I- ARABAĞLANTI.....	58
A) Kavram	58
B) Arabağlantının Önemi	60
C) Arabağlantının Kapsamı	69
II- ARABAĞLANTI SÖZLEŞMELERİ	70
A) Genel Olarak	70
B) Tanımı.....	71
C) Hukukî Niteliği	72
D) Unsurları.....	82
1.Konu Unsuru	82
2.Anlaşma Unsuru	83
3.Ücret Unsuru	85
E) Arabağlantı Sözleşmesinin Şekli.....	85
III- ROAMİNG (DOLAŞIM) SÖZLEŞMELERİ	89
A) Genel Olarak	89
B) Türleri	90
1.Uluslararası Dolaşım.....	90
2.Ulusal Dolaşım	90
C) Hukukî Niteliği	92
D) Unsurları.....	93
1.Konu Unsuru	93
2.Anlaşma Unsuru	93
3.Ücret Unsuru	94
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	99

ÖZET.....	108
ABSTRACT.....	109

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
A.Ş.	: Anonim Şirketi
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı (Bası)
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
CITEL	: Inter-American Telecommunication Commission
dn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EC	: European Community
EHK	: Elektronik Haberleşme Kanunu
EPG	: Etkin Piyasa Gücü
ERG	: The European Regulators Group
EU	: European Union
f.	: Fıkra
GSM	: Global System for Mobile Communications
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ITU	: International Telecommunications Union
İDT	: İktisadî Devlet Teşekkülü
İSS	: İnternet Servis Sağlayıcısı

İYUK	: İdarî Yargılama Usulü Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadî Teşebbüsü
m.	: Madde
MVNO	: Mobile Virtual Network Operator (Sanal Mobil Şebeke Hizmeti İşletmecisi)
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)
OFTEL	: Office of Telecommunications (Birleşik Krallık Telekomünikasyon Ofisi)
ONP	: Open Network Provision (Açık Şebeke Tedariki)
ÖİB	: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
PTT	: Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayı
s .	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TK	: Telekomünikasyon Kurumu (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu)
TTAŞ	: Türk Telekomünikasyon A.Ş.
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TV	: Televizyon
UMTH	: Uzak Mesafe Telefon Hizmeti
vd.	: ve devamı
VoIP	: Voice Over Internet Protocol
vs.	: ve saire

GİRİŞ

Telekomünikasyon sektörü, günümüzdeki teknolojik gelişmeler ışığında ekonominin en önemli sektörlerinden birisi hâline gelmiştir. Teknolojinin etkisiyle büyük bir ivmeyle gelişimini sürdüren sektörün, liberalizasyon rüzgârının etkisiyle daha etkin, daha rekabetçi ve daha güçlü bir yapıya kavuşmasının sağlanmasının gerekliliği de, en az önemi kadar tartışılmaz bir gerçektir. Bu yapının sağlanabilmesi ise ancak doğru yapılan ve etkin uygulanan regülasyonla¹ mümkün olabilecektir.

Telekomünikasyon sektöründe hizmetler uzun yıllar devlet tekelinde yürütülmüş olup, sektörün liberalleşmesi; sektörün mümkün olduğu kadar rekabete açılması, sektörün önündeki yasal giriş engellerinin kaldırılması anlamına gelmektedir.

Telekomünikasyon altyapısı, haberleşme hizmetlerinin temel kamu hizmetleri arasında yer alması nedeniyle, devlet tarafından kurulup, uzun yıllar boyunca da devlet tarafından işletilmiş bulunmaktadır. Ancak daha sonraları liberal anlayışla ekonomi alanında görülen gelişmeler, sektörün alternatif işletmecilere açılması gereğini zorunlu kılmış, teknolojik atılımlara paralel olarak telekomünikasyon sektöründe yeni teknolojilerin uygulanmasının neticesinde yaşanan gelişmeler, bu zorunluluğun bir an evvel yerine getirilmesini kaçınılmaz hâle getirmiştir.

Telekomünikasyon sektörünün genel özelliklerinden ilki ve belki de en önemlisi, sektörün doğal tekel² özelliği arz etmesidir. Bir işletmecinin ilgili pazarda, iki ya da fazla işletmeciden daha ucuza ürün sunabilmesi, pazarda doğal tekel kavramının varlığının önemli bir göstergesi olarak karşımıza

¹ Regülasyon; düzenleme, tanzim etme anlamında kullanılmakta olup, özel kişilerin faaliyet gösterdiği tanımlı veya belirli bir alanın idare tarafından kapsayıcı ve çok boyutlu olarak düzenlenmesini ve denetlenmesini ifade etmektedir.

² SARI, Arif Ogün: **Rekabet Kuralları Işığında Erişim ve Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 49, Ankara 2004, s. 1.

çıkılmaktadır. Doğal tekeller genellikle büyük boyutlarda ilk yatırım gerektirdiğinden ve sabit maliyetleri yüksek olduğundan, çoğu zaman yalnız bir işletmeciyi desteklemekte, başka bir deyişle doğal tekel mahiyetindeki sektörlerde çoğu kez alternatif bir işletmeci ortaya çıkamamaktadır. Uzun yıllar boyunca, devlet tarafından, tüm telekomünikasyon hizmetleri ve altyapıları doğal tekel niteliğinde görülmüş ve bu çerçevede söz konusu hizmet ve altyapıların bizzat devlet eliyle ya da devletin kontrolü altında sağlanması yolu tercih edilmiştir. Doğal tekel özelliği gösteren ürünlerin sayısının azalmasına paralel olarak, zaman içerisinde her telekomünikasyon altyapı unsurunun değil de, ikâmesi ve yeniden inşası mümkün olmayan altyapı unsurlarının doğal tekel özelliği taşıması durumu ortaya çıkmıştır³. Bu durumda, telekomünikasyon sektöründe “yerel ağ” adı verilen ve son kullanıcıları yerel santrallere bağlayan bakır hatlardan oluşan şebeke kısmının, doğal tekel özelliğini bir süre daha muhafaza edeceğini kabul etmek yanlış olmayacaktır.

Ana işletmecinin elinde bulunan ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren firmalar açısından hayati öneme sahip olan yerel şebekeye erişimin uygun koşullarla sağlanması gereklilik arz etmektedir. Telekomünikasyon sektöründe halen darboğaz niteliği gösteren yerel şebekeye erişim, bu şebekeyi elinde tutan işletmeci tarafından sağlanması gereken “zorunlu unsur” (*essential facility*) olarak kabul edilmektedir. Doğal tekel niteliği nedeniyle, yerel şebekenin sahibi olan teşebbüsün buradaki hâkim durumunu sektörün alt veya üst pazarlarında kötüye kullanmasının önüne geçilebilmesi için erişim hususunun çok dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmekte olup, bu erişimi mümkün kılan erişim sözleşmelerinin rekabeti bozmayacak şekilde düzenlenmeleri ve uygulanmaları zorunludur.

³ İÇÖZ, Özge: **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 16, Ankara 2003, s. 16 vd.

Telekomünikasyon sektörüne yönelik yapılan düzenlemeler içinde en önemli ve en sorunlu alanı erişim oluşturmaktadır. Erişim sözleşmeleri, esas itibariyle bir Özel Hukuk sözleşmesi olmalarına rağmen, telekomünikasyon sektöründe serbestleşme ile birlikte rekabetin sağlanması ve sürdürülmesi açısından ve haberleşme hizmetinin taşıdığı kamusal önem dolayısıyla, telekomünikasyon sektöründe düzenleyici yetkilere sahip kamu otoritelerince bu sözleşmelerin esaslı unsurları da dâhil olmak üzere pek çok unsuruna müdahale edilmektedir. Tarafların anlaşamaması durumunda, kamu otoritesinin “*uzlaştırma prosedürü*” kapsamında adeta sözleşmenin tarafı gibi hareket etmesi ve sözleşmenin koşullarını belirlemesi nedeniyle, zaman zaman sözleşmenin Özel Hukuk hükümlerine tâbi olması durumu ve bu bağlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi tartışılmaktadır.

Telekomünikasyon sektöründe erişim sözleşmelerinin inceleme konusu yapılacağı tezimizde, öncelikle sektörün kendine has özellikleri ile erişimin tanımı ve kapsamına ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer verilecek, zorunlu unsur kavramı, bu bağlamda ortaya çıkan sözleşme yapma zorunluluğu, bu kavramın sözleşme özgürlüğü ilkesi karşısındaki durumu incelenecek, bunun ardından, erişim sözleşmelerinin hukuk sistemimizdeki yeri ve önemi, anılan sözleşmelerin düzenleniş amacı, unsurları, tarafları, şekli ve türleri gerek karşılaştırmalı hukukta gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında yer alan farklı görüşler çerçevesinde ortaya koyulmaya çalışılacak, telekomünikasyon hukukuna özgü olarak ortaya çıkan erişim sözleşmeleri ve erişim sözleşmelerinin özel bir türü olarak arabağlantı ve roaming (dolaşım) sözleşmelerinin Borçlar Hukuku açısından hukuksal niteliği belirlenmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNÜN GENEL YAPISI, TELEKOMÜNİKASYON HİZMET VE ALTYAPILARINA ERİŞİM

I-TELEKOMÜNİKASYON KAVRAMI

“Telekomünikasyon” kavramının kökeni Yunancadan gelmekte olup; bu kelime uzak anlamına gelen “tele” ve paylaşmak anlamına gelen “communicara” sözcüklerinin birleşmesinden oluşmakta ve bu iki sözcüğün birleştirilmesinden oluşan telekomünikasyon kavramının belirli bir mesafeden bilgilerin paylaşılması anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır⁴.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda “telekomünikasyon”, “Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” şeklinde tanımlanmış idi.

5809 sayılı EHK’da telekomünikasyon kavramının yerine kullanılan “elektronik haberleşme”, “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” şeklinde tanımlanmaktadır.

Gerek Kanunda yer alan tanım, gerekse kelime anlamı bir araya getirildiğinde, bir iletim & paylaşımın ve bu iletime esas olan çeşitli verilerle oluşturulmuş olan bilginin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu itibarla, tezimiz kapsamında telekomünikasyon, bilgileri oluşturan ses, görüntü, işaret

⁴ GOLENIEWSKI, Lillian: **Telecommunications Essentials: The Complete Global Source for Communications Fundamentals, Data Networking and the Internet, and Next-Generation Networks**, 3. B., Boston 2003, s. 3.

ve diğer her türlü verinin, çeşitli iletim sistemleri kullanılarak belirli mesafedeki kişiler ya da sistemler arasındaki iletiminin sağlanması olarak tanımlanabilecektir.

Ancak, tüm teknik tanımlamaların ötesinde, bu kavramı esas olarak önemli kılan unsur, telekomünikasyonun iş hayatından öğrenime, sağlıktan eğlenceye kadar hayatın her alanına olan etkisidir. Zira, ekonomi ve iş hayatındaki şekillendirici etkisi tartışmasız olan telekomünikasyon, toplumların ve kültürlerin oluşumunda kritik bir rol oynamaktadır. Başlı başına bir yaşam şeklini alan telekomünikasyon, insan hayatının, özellikle bilgi alışverişi ve iletişim alanlarında, her aşamasını bir dönüşüme tâbi tutarak gerek bireyin yaşamında gerekse çeşitli endüstrilerde devrim niteliğindeki değişiklikler meydana getirmiş ya da yeni endüstriler yaratmıştır⁵. Ticarî hayatta telekomünikasyonun önemi gün geçtikçe artmakta, telekomünikasyon araçlarının her türlü ticarî ilişkide kullanılmasının yanında “*telekomünikasyon sektörü*” başlı başına bir sektör halini almaktadır. Bunların ötesinde birçok bilim adamı ve düşünür tarafından çağımız, bilgi ve iletişim çağı olarak kabul edilmekte ve bu çağın yenilikleri sanayi devriminden bile daha etkileyici ve daha dönüştürücü olarak kabul edilmektedir.

II- TÜRKİYE’DE TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, 23.10.1840 tarihinde Sultan Abdülmecit tarafından Postahane-i Amirane’nin kurulması ile Türkiye’de telekomünikasyon sektörünün tarihi başlamaktadır.

Telgraf Nezareti 1855 yılında kurulmuş, daha sonra 1871’de Posta ve Telgraf nezaletleri birleştirilerek, Posta ve Telgraf Nezaretine dönüştürülmüştür⁶.

⁵ GOLENIEWSKI, s. 3-4.

⁶ İÇÖZ, s. 47.

İlk telefon hizmeti ise, Temmuz 1881'de İstanbul Soğukçeşme'deki Posta ve Telgraf Nezareti binasıyla Yeni Cami'deki postane arasına çekilen tek telli bir telefon ile verilmiştir⁷.

İlk telefon santrali İstanbul Büyük Postane Binasında 1909 yılında kurulmuştur. Türkiye'de ilk telefon sistemi İstanbul'da, 1911 yılında American Western Electric şirketine tanınan 30 yıllık bir imtiyaz karşılığında, bu şirket adına faaliyet göstermek amacıyla oluşturulan Dersaadet Telefon A.Ş. tarafından kurulmuştur.

I. Dünya Savaşı sırasında devlet tarafından el konulan şirket, 1935'e kadar İstanbul ve civarında telefon hizmetlerini sağlamaya devam etmiştir⁸.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu 21.02.1924 tarihinde kabul edilmiş ve özel şirketlerin elinde bulunan telgraf ve telefon hizmetleri düzenlenmeye çalışılmıştır⁹. 1936 yılında çıkarılan 2290 sayılı Kanun ile de Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin görevleri tanımlanmıştır¹⁰. Bu idare 1939'da 3613 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığı'na bağlanmış, 1953 yılında çıkarılan 6145 sayılı Kanun ile İDT olarak yeniden yapılandırılmıştır¹¹.

01.07.1994 tarihine kadar, T.C. Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından tekel olarak yürütülen telekomünikasyon hizmetleri, 4000 sayılı Kanun ile posta ve telgraf hizmetlerinden ayrılarak, telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek üzere TTAŞ kurulmuştur¹². 4000 sayılı Kanun ile, katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması için

⁷ İÇÖZ, s. 47.

⁸ İÇÖZ, s. 47.

⁹ Tarihi gelişim içerisinde telekomünikasyon düzenlemelerinin bir arada yer aldığı bir çalışma için Bkz. ALTAŞ, Hüseyin/ İLGİN, İlker/ DEPREM, Başak: **Telekomünikasyon Mevzuatı**, Ankara 2004.

¹⁰ ARDIYOK, Şahin: **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:9, Ankara 2002, s. 213.

¹¹ İÇÖZ, s. 47.

¹² ARDIYOK, s. 215.

lisans verilmesinin yolu açılmıştır. Bu dönemde lisans verme yetkisi TTAŞ'ın teklifi ile Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmıştır.

Teknolojinin sürekli şekilde gelişimine karşın Türk Telekomünikasyon sektörü, 1994 sonrasında bu gelişime bir türlü ayak uyduramamış, 1994 yılında yaşanan ekonomik kriz, bütçe açıklarını kapatmaya yönelik olarak kamu yatırımlarının azaltılmasına neden olmuş, 1983'den beri yıllık ortalama % 20 civarında olan şebekenin gelişme oranı ilk kez % 10'un altında gerçekleşmiş¹³ ve 1994 sonrasında izlediği yanlış politikalar neticesinde dünyanın gerisinde kalmıştır¹⁴.

406 sayılı Kanun ile posta, telgraf ve telefon, tesis ve işletilmesi görevini üstlenen PTT, uzun yıllar idarî düzenleme ve işletmecilik işlevlerini birlikte yürütmüş, katma değerli hizmet sağlayan firmaların şebekeye erişimi, erişim ücretleri ve şebekeye bağlanacak olan teçhizatın tip onayının verilmesi gibi hususlarda tek yetkili olmuştur¹⁵.

Telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilen ilk regülasyon 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile radyo frekans alanında olmuştur. Bu kanun ile radyo frekans plânlaması ve tahsisine ilişkin regülasyon görevi Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir¹⁶.

Günün gelişen koşulları dikkate alınarak, önceleri birlikte yürütülmesi düşünülen telekomünikasyon ile posta ve telgraf hizmetlerinin ayrılması gerektiği görülmüştür. 509 sayılı KHK ile yapılan ilk girişim, bu Kararnamenin AYM tarafından yürürlüğünün durdurulmasını müteakip¹⁷ iptal edilmesi¹⁸ ile

¹³ TOPKAYA, Ferhat: **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 22, Ankara 2003, s. 42.

¹⁴ YILMAZ, Kamil: **"Türk Telekomünikasyon Sisteminde Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleştirme"**, Perşembe Konferansları, Şubat 2000, s. 12.

¹⁵ TOPKAYA, s. 42.

¹⁶ TOPKAYA, s. 42.

¹⁷ 21.10.1993 tarih ve 1993/40-1 sayılı AYM Kararı.

¹⁸ 1993/40-2 sayılı AYM Kararı. AYM'nin gerekçeli iptal kararında; özelleştirme usul ve esaslarının, satışa arz edilecek hisselerden T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne ayrılacak payın, işletme lisans

sonuçlanmıştır. Sonrasında yürürlüğe giren 4000 sayılı Kanun ile bu hizmetler birbirinden ayrılmış ve telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek üzere 233 sayılı KHK ile TTK'ya (kuruluş ve tescile ilişkin hükümler hariç) ve Özel Hukuk hükümlerine tâbi TTAŞ kurulmuştur¹⁹.

4000 sayılı Kanun'da Ulaştırma Bakanlığına TTAŞ hisselerinin % 49'unun satılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi ile katma değerli hizmetlere ilişkin olarak lisans ve ruhsat verme yetkisi verilmiştir. Bu Kanun hakkında açılan yürütmeyi durdurma davası neticesinde AYM öncelikle yürütmeyi durdurmuş²⁰ ve sonrasında 406 sayılı Kanuna eklenen bazı maddeleri iptal ederek²¹, diğer maddelere ilişkin yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştır²².

Ulaştırma Bakanlığının özelleştirme konusundaki yetkileri 4107 sayılı Kanun ile birlikte ÖİB'ye devredilerek, özelleştirme koşulları düzenlenmiştir. Bu Kanunun bazı hükümleri de önceki düzenlemelerde olduğu gibi AYM Kararı ile iptal edilmiştir²³.

Tarihi gelişim içerisinde, sektöre yönelik yapılan en önemli düzenlemelerden biri olan, 406, 2813 ve 3348 sayılı Kanunlarda değişiklik öngören 4502 sayılı Kanun ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda çok sayıda esaslı değişiklik yapılmış ve “arabağlantı” kavramı ilk kez mevzuatımıza girmiştir. 4502 sayılı Kanun ile 406 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler telekomünikasyon mevzuatımızda özellikle serbestleşme

ve ruhsatlarından alınacak ücretler ile sermaye şirketlerinin işletme hâsılatından ve hisse satış hâsılatından TTAŞ'a ayrılacak payın belirlenmesi hususlarında Ulaştırma Bakanlığına verilen yetkilerin bizzat kanun koyucu tarafından kanun hükmüyle yapılması gerektiği ve bu düzenlemelerin yetki devri anlamına geldiği belirtmiştir. Bu durum Anayasa m. 7'ye aykırı olduğu için iptal edilmiştir. Bkz. ÇAKAL, Recep: **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Devlet Plânlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri, Ankara 1996, s. 18.

¹⁹ TOPKAYA, s. 42.

²⁰ 16.08.1994 tarih ve 1994/65-1 sayılı AYM Kararı.

²¹ 22.12.1994 tarih ve 94/65-3 sayılı AYM ile Ek 17. madde ile Ek 18. maddenin 2. ve 3. fıkraları iptal edilmiştir.

²² TOPKAYA, s. 42.

²³ TOPKAYA, s. 43.

sürecinin yasal anlamda netleştirilmesi, telekomünikasyon hizmetlerinin yeni dönemde hangi usullerle yürütüleceğinin belirlenmesi, arabağlantı ve roaming gibi temel ihtiyaçlara yönelik usullerin belirlenmesi gibi konularda bir dönüm noktasını oluşturur niteliktedir. Bu kanun ile TTAŞ'nin telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ve ses iletimini içeren hizmetlerdeki tekel hakkının sona ereceği tarih, 31.12.2003 olarak belirlenmiş ve bu sayede 2004 yılından itibaren telekomünikasyon şebekeleri üzerinden verilen ses iletim hizmetlerinin serbestleşeceği yasal olarak ortaya konulmuştur. Yine telekomünikasyon hizmetlerinin veriliş usulleri de açıkça belirlenmiş, bu hizmetlerin niteliklerine göre görev, imtiyaz sözleşmesi, ruhsat ya da genel izin alınmak sureti ile verilebileceği belirlenerek, telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesi kamu hukuku rejimine tâbi tutulmuştur²⁴. Arabağlantı ve roaming tanımları da ilk olarak 406 sayılı Kanunun 4502 sayılı Kanun ile değişik hâlinde bir kanun metnine girmiş ve bu konulardaki temel yükümlülükler de kanunda yer almıştır.

4673 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığının yetkilendirme sözleşmelerine yönelik yetkileri TK'ya devredilmiş, kamuda bir altın hisse kalmak kaydıyla, TTAŞ hisselerinin tamamının özelleştirilmesinin yolu açılmış, TTAŞ'de kamu payının % 50'nin altına düşmesi durumunda 2003 yılının sonuna kadar sürmesi öngörülen kanuni tekel hakkının, bu tarihten önce sona ermesi hükme bağlanmıştır²⁵.

Tüm dünyada olduğu gibi Ülkemizde de telekomünikasyon sektörü ekonomik büyüme ve gelişme açısından hızlandırıcı bir nitelik taşımaktadır. 1990'lı yıllarda sektördeki gelişmelerde bazı aksaklıklar yaşanmasına karşın, sektörde serbestleşme adına önemli bir yol kat edilmiştir. Bu kapsamda rekabete geçiş tarihi belirlenmiş, bu konudaki düzenlemeleri gerçekleştirecek regülasyon otoritesi olan TK kurulmuş ve sektöre ilişkin düzenlemelere

²⁴ ULUSOY, Ali: "Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi", Perşembe Konferansları, 11. S. (Kasım-Aralık 2000), (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyin/perskonfyyin46.pdf>, 10.06.2011, s. 57.

²⁵ TOPKAYA, s. 45.

yönelik faaliyetlerine başlamıştır. Ülkemizde telekomünikasyon sektörünün serbestleşmesi diğer Avrupa ülkelerine göre daha geç başlamış, 1990'lı yıllarda GSM lisanslarının dağıtımı konusunda özel sektörün yetkilendirilmesi serbestleşme aşamasında ilk önemli adım olmuş; 01.01.2004 itibariyle tüm telekomünikasyon şebeke ve hizmetleri piyasalarının rekabete açılmasıyla, telekomünikasyon sektöründe yeni bir dönem başlamış, 2004 yılı içerisinde UMTS lisanslarının dağıtımı ve son olarak TTAŞ'nin % 55 oranındaki hissesinin 14.11.2005 tarihi itibariyle özelleştirilmesi ile sektörün serbestleşmesi büyük oranda tamamlanmıştır.

III-TELEKOMÜNİKASYON HİZMET VE ALTYAPILARINA ERİŞİM

A) Genel Olarak

En genel anlamıyla telekomünikasyon altyapısı ve hizmetlerinin diğer işletmecilere sunulmasını konu edinen ve bir üst kavram olan erişim sözleşmeleri, Özel Hukuk sözleşmelerine özgü nitelikleri ile karşımıza çıkmaktadır.

Telekomünikasyon sektöründe işletmeciler arasında yapılan erişim sözleşmeleri, doktrinde, arabağlantı sözleşmeleri ve roaming sözleşmeleri olarak ikili bir tasnife tâbi tutulmaktadır²⁶.

Tezimizin bu bölümünde, üst kavram olan telekomünikasyon altyapılarına ve hizmetlerine erişim kavramı incelenecektir.

B) Erişimin Amacı ve Önemi

Bir hizmet sağlayıcı, son kullanıcılara hizmet sunabilmek için, çoğu zaman bir veya daha fazla altyapı ve/veya hizmete gereksinim duymaktadır.

²⁶ ULUSOY, Ali: **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara 2002, s. 79 vd.

Gerek son kullanıcılara gerekse işletmecilere sunulacak hizmetler, bir diğer işletmecinin altyapı/hizmet olanaklarından yararlanmayı gerektirebilir. Bu durumda, bir işletmecinin başka bir işletmecinin kontrolünde bulunan telekomünikasyon altyapı ve/veya hizmetlerine erişim talebi ve/veya erişim hakkından söz edilmektedir. Çok farklı tür ve kapsamlarda gerçekleşebilmekte olan erişim hizmeti, son kullanıcıya olan erişimden ayrılmaktadır. Başka bir deyişle, son kullanıcıya erişim, telekomünikasyon altyapı ve hizmetlerine erişimin bir amacı niteliğinde olup, erişim sağlanması ile ticarî bir amaç doğrultusunda ara mal/hizmet olarak taraflar arasında sağlanan bir altyapı ve/veya hizmet sunumu kastedilmektedir²⁷.

Telekomünikasyon altyapı ve hizmetlerine erişim, hem altyapı unsurları hem de farklı hizmet türlerinin bir işletmeci tarafından diğer işletmecilere sunulmasını ihtiva etmekte olup, erişimin en yaygın türünü fiziksel altyapıya erişim oluşturmaktadır²⁸. Bir işletmecinin, son kullanıcılara ulaşması, son kullanıcıların bağlı oldukları şebeke sonlanma noktalarına erişimine bağlı olduğundan, bu noktalar başta olmak üzere fiziksel altyapıya erişim pek çok telekomünikasyon hizmetinin sunulabilmesi açısından kilit rol oynamaktadır. Zira her şebeke noktasına değil, son kullanıcılara ulaşabilmek için erişimi kaçınılmaz olan şebeke noktaları ile irtibatın sağlanması, işletmecilerin sektörde faaliyette bulunabilmeleri için şarttır.

²⁷ ÜNVER, M. Bilal: **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005, s. 12.

²⁸ EKİCİ, Şerafettin: **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara 2006. s. 112 vd.

C) Erişimin Tanımı ve Kapsamı

1. AB Mevzuatı Açısından Erişim

Çeşitli tanımları bulunan erişim kavramının, içerik ve sınırları itibariyle 2002 AB Düzenleyici Çerçevesinde²⁹ ayrıntılı biçimde ele alındığı ve bu çerçevede 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinde oldukça geniş bir şekilde tanımlandığı görülmektedir.

2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinin “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesinde, “*erişim*”, “*Belirli koşullar altında, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması amacıyla altyapı ve/veya hizmetlerin münhasıran veya münhasır olmaksızın bir diğer işletmeciye sağlanması*” şeklinde tanımlanmıştır³⁰.

Bu tanımın, AB’nin 1998 Düzenleyici Çerçevesinde bütünlükten uzak bir görünüm arz eden erişim unsurlarının hepsini içeren ve bütüncül bir bakış açısını ortaya koyan yeni bir tanım olduğu görülmektedir. 1998 Düzenleyici Çerçevesinin ve özellikle arabağlantı ile ilgili düzenleyici hükümler içeren 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifinin yürürlüğe girdiği dönem itibariyle AB’de serbestleşme süreci henüz tamamlanmamış olup, yerleşik işletmeciler pek çok üye ülkede yasal/ fiilî tekellerini sürdürmekte idi. Rekabetçi olan ve olmayan bazı pazar yapılarının bir arada bulunduğu söz konusu dönemde; farklı platformlardan sunulan elektronik haberleşme hizmetleri (VoIP, kablo tv, vs.) yaygınlaşmamış, etkileşimli hizmetler ile koşullu erişim sistemlerine

²⁹ Telekomünikasyon altyapı ve hizmetlerine erişimi konu alan ve ONP (*Open Network Provision*-Açık Şebeke Tedariki) Direktiflerinden oluşan Topluluk Mevzuatı 2002’den önce oldukça parçalı bir yapı arz etmekte ve 1998 AB Düzenleyici Çerçevesi olarak anılmaktaydı. Bu Direktiflerin yerine geçmek üzere 2002 yılında yürürlüğe giren ve altı Direktiften oluşan yeni paket ise 2002 AB Düzenleyici Çerçevesini oluşturmaktadır. Yeni Düzenleyici Çerçeve içerisinde yer alan direktifler için bkz. (Erişim)

http://ec.europa.eu/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm, 01.07.2011.

³⁰ European Council, Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), (Erişim) http://ec.europa.eu/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/1_10820020424_en00070020.pdf, 01.07.2011.

erişim gibi konular dünyada ulusal düzenleyici otoritelerin gündemine girmemişti³¹.

Serbestleşme sürecinin yaşandığı bu dönemde, AB üyesi ülkelerde yaşayan bireylerin birbirleriyle iletişimlerdeki engellerin ortadan kaldırılması en önemli amacı oluşturmakta, bu doğrultuda şebekeler arasında karşılıklı işletilebilirliğin sağlanması hususu, düzenlemeye konu olan diğer hususlara göre ön plana çıkmaktaydı. Bu durum, AB düzeyinde arabağlantı konusunun diğer erişim konuları arasında daha ön plâna çıkmasına ve erişim düzenlemelerinin ekseninde yer almasına neden olmuştur. Nitekim, bu düşüncelerle hazırlanan 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifinde genel içerikli bir erişim tanımına yer verilmediği, erişim türlerinden sadece arabağlantı tanımının Direktifte yer aldığı görülmektedir. Anılan Direktifin başlığı dâhil olmak üzere ilgili maddelerine göz atıldığında da arabağlantı ile ilgili hususların Direktif kapsamında diğer konulara göre daha ayrıntılı düzenlendiği ve arabağlantı kavramına Direktifte merkezî bir önem verildiği görülmektedir³².

97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifine göre geniş bir bakış açısıyla hazırlanan ve erişim tanımını esas alan 2002 Düzenleyici Çerçevesinin yürürlüğe girdiği yıllara gelindiğinde ise, serbestleşme sürecinin sona erdiği, Topluluk nezdinde yürütülen serbestleşme çabaları ile ulusal kanunların uyumlaştırılmasına yönelik ONP ilkelerinin, yerini piyasalarda rekabetin geliştirilmesi ve hizmetlerde etkinliğin sağlanması hedeflerine bıraktığı, bu doğrultuda, 2002 AB Düzenleyici Çerçevesinin, erişimi daha geniş bir perspektifle ele aldığı, basit ancak daha etkin kurallarla rekabetin artırılmasının hedeflendiği görülmektedir³³. Yeni AB Düzenleyici Çerçevesi, arabağlantı gibi erişimin bazı türlerine ilişkin olarak re'sen uygulanması gereken ve müdahale yönü ağır basan kurallar getiren 1998 AB Düzenleyici

³¹ ÜNVER, s. 88-89.

³² ÜNVER, s. 89.

³³ ÜNVER, s. 89.

Çerçevesinden farklı olarak pek çok düzenleyici tedbir için piyasa analizini ön koşul kabul ederek orantılı müdahale ilkesini esas almış ve üye ülkelere önemli bir takdir yetkisi bırakmıştır. Başka bir deyişle, 2002 AB Düzenleyici Çerçevesinde erişimin kapsamı belirlenmiş, ancak piyasa analizi başta olmak üzere belirli koşullara uyulmak kaydıyla getirilecek erişim yükümlülüklerinin tespit ve tayini üye ülkelere bırakılmıştır³⁴.

2. Mevzuatımız Açısından Erişim

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanununa istinaden hazırlanan ve 23.05.2003 tarihinde yürürlüğe giren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde ve bu Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 14.06.2007 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde, “*erişim*”, “*Bu Yönetmelikte belirtilen koşullar altında, telekomünikasyon altyapısı ve/veya hizmetlerinin diğer bir işletmeciye sunulması*” olarak tanımlanmış idi.

Daha sonra 406 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5809 sayılı EHK ile bu Kanuna dayanılarak hazırlanan 08.09.2009 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde de bu tanımla aynı mahiyette olmak üzere “*Bu Yönetmelikte belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, altyapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması*” şeklinde yer alan erişim tanımı incelendiğinde, bu tanımın 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifindeki tanım ile aynı gibi görünmekte ise de tanımın özünü teşkil eden ve üçüncü taraf kullanımına açılması öngörülen ‘*telekomünikasyon altyapısı ve/veya hizmetleri*’nin kapsam ve içeriğinin erişimin kapsamıyla ilgili bazı soruları gündeme getirdiği görülmektedir.

Erişim kapsamında yer alan erişim türleri, teknik özellikleri ve çalışma biçimleri göz önünde bulundurularak, üç başlık altında gruplandırılmaktadır.³⁵ Bunlar; taşıyıcı erişimi (*supplier access*), karşılıklı

³⁴ ÜNVER, s. 90.

³⁵ ÜNVER, s. 21.

erişim (*bilateral-transactional access*) ve koşullu erişim (*conditional access*)'dir³⁶.

D) Erişimin Hukuksal Niteliği

Bir altyapı ya da hizmetin üçüncü tarafların erişimine açılması, sözleşmeler yoluyla olabileceği gibi tek taraflı idarî işlemler yoluyla da gerçekleştirilmektedir. Bu tür idarî işlemler, sonucu itibarıyla bir erişim sağlama zorunluluğu doğurmakta olup, idarenin bu tür müdahaleleri, regülasyon faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir. İdare doğrudan erişim sağlama zorunluluğu getirmese ve taraflar erişim anlaşması yapıp yapmama ihtiyarî olsalar da kurulan bir erişim sözleşmesinin taraflarının taşınması gereken özellikler ile sunulacak hizmetin tâbi olduğu asgarî koşullar taraflarca keyfî olarak belirlenmemektedir. Bu hususlar kanun ile görevlendirilmiş bağımsız idarî otoriteler tarafından sektöre özgü düzenlemeler (regülasyonlar) ile tespit ve tayin edilmektedir³⁷.

Telekomünikasyon sektöründe yapılacak düzenleme ve denetleme faaliyetlerinden sorumlu bağımsız idarî otoritelerin en önemli görevlerinden birisi de telekomünikasyon altyapı ve hizmetlerine erişimin sağlanması ve bu amaçla erişim sözleşmelerinin tâbi olacağı usul ve esasları belirlemektir. Telekomünikasyon sektöründe düzenlemelerin en çok yoğunlaştığı alanın, erişim sorunlarının en sık görüldüğü toptan erişim hizmetleri ve piyasaları olduğu görülmektedir. Bu düzenleme, erişim sözleşmelerinin taraflarının sözleşmenin yürütülmesi sırasında uyması gereken usul ve esasları, bir anlaşmanın kurulmasına ilişkin olarak düzenleyici otoritelerin haiz olduğu yetki ve görevleri, tarafların anlaşamaması durumunda düzenleyici otorite tarafından anlaşmada uygulanacak hüküm, koşul ve ücretlerin belirlenmesi gibi pek çok hususu ihtiva etmektedir. Telekomünikasyon alanındaki

³⁶ Tezimiz kapsamında diğer erişim türleri arasında öne çıkan arabağlantı ve roaming üzerinde durulacak olup, erişimin türleri ve teknik açıklamalar için Bkz. ÜNVER, s.12-55.

³⁷ ÜNVER, s. 56.

düzenleyici otoritelerin yetki ve görevlerinin oldukça geniş tutulduğu, söz konusu düzenlemeler kapsamında erişim sözleşmelerine büyük önem atfedildiği görülmektedir³⁸.

E) Erişim Taleplerinin Reddedilmesine İlişkin Sorunlar

Dikey bütünleşmiş pazarlarda faaliyet gösteren ve üst pazarda üstün konumda bulunan işletmecilerin güçlerini alt pazarlara taşıma çabası sonucunda ortaya çıkan erişim sorunları çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Benzer hizmeti sunan işletmeciler arasında ayırım gözetme, toptan ve perakende fiyatlar arasındaki farkı (marjı) daraltarak fiyat sıkıştırmasına gitme, erişim anlaşmasını geciktirme ve/ veya sürüncemede bırakma gibi farklı stratejiler takip ederek rakipleri pazar dışına itmek sonucu doğuran eylem ve işlemlerin, erişim sorunlarının sık karşılaşılan türleri olduğu görülmektedir³⁹.

Dikey bütünleşmiş pazarların dışında, tekeli pazar yapılarında ya da dikey bütünleşmeye de hâkim durumda olan bir işletmecinin kuralları koyduğu piyasa koşullarında da rastlanabilen erişim sorunları, genelde bir işletmecinin piyasadaki hâkimiyetini, rekabeti engelleyecek şekilde kullanması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, erişim sorunları; dağıtım ve satış kanallarını diğer işletmecilerin aleyhine kullanabilecek güce sahip olan, elindeki pazar gücünü kötüye kullanabilecek konumda bulunan işletmecilerin fiyat ayrımcılığı, erişimi reddetme, çapraz sübvansiyon gibi yollarla rakiplerinin faaliyetlerini veya piyasaya girişlerini zorlaştırmaya yönelik eylemlerinden oluşmaktadır⁴⁰.

Erişim taleplerinin reddedilmesine ilişkin sorunlar, talep konusu altyapı ya da hizmetin kontrolünü elinde bulunduran işletmecinin kendisine yapılan

³⁸ ÜNVER, s. 56, 57.

³⁹ ÜNVER, s. 114.

⁴⁰ ÜNVER, s. 114.

makûl erişim talebini reddetmesi veya benzer sonuç doğuracak biçimde talebi yerine getirmemesi olarak ortaya çıkmaktadır. Erişim talebinde bulunan işletmeci, çoğunlukla yerleşik işletmeci konumunda bulunan işletmecinin sahip olduğu üstün konumundan ötürü pazarlık gücünü elinde bulundurması nedeniyle, kendisine teklif edilen koşulları kabul etmek zorunda kalmaktadır⁴¹.

Serbestleşmenin yaşandığı ancak rekabetçi bir pazar yapısından henüz uzak olan piyasalarda, yerleşik işletmecilerin genel temayüllerinin, ciddi yatırımlar ile uzun bir zaman diliminde kurdukları şebeke altyapılarını paylaşmama, erişim sağlamama veya piyasadaki hâkimiyetlerinin devamını sağlayacak şartların dışına çıkmama yönünde olduğu tecrübe edilmiştir. Bununla birlikte, tekel döneminde kamu finansmanı ile ve rekabet baskısı olmadan şebekesini inşa eden ve bu şebeke altyapısı üzerinden hizmet sunan yerleşik işletmecilerin, sahip oldukları üstün konum nedeniyle diğer işletmecilerin erişim hakkını kısıtlamalarının, aksi objektif nedenlerle ispatlanmadığı sürece bir hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Zira, bir kamu hizmeti olan telekomünikasyon hizmetleri, niteliği itibarıyla erişim anlaşmaları kapsamında, iki veya daha çok işletmecinin işbirliğini ve mevcut bir altyapı ya da hizmetin kullanımını gerektirmektedir. Sözleşme yapma mecburiyetini doğuran bu durum, makûl ve adil koşullarda tanzim edilen erişim anlaşmaları ile sonuçlanmazsa piyasaya yeni giren işletmecilerin çalışma hürriyetlerini tehdit edebilecek ve bu işletmecilerin abonelerinin haberleşme hürriyetlerini zaafa uğratabilecektir⁴².

Erişimle ilgili hususların serbest piyasa koşullarına bırakıldığı bir ortamda, başta yerleşik işletmeciler olmak üzere, altyapı sahibi işletmecilerin diğer işletmecilere erişim sunmama veya mâkul olmayan koşullar uygulama ihtimali her zaman bulunmaktadır. Zira, kârını azami düzeyde tutma isteğinde olan bir işletmeci, sektöre yeni giriş yapan bir başka işletmecinin pazarda

⁴¹ ÜNVER, s. 115.

⁴² ÜNVER, s. 115-116.

kendisine rakip olmasını istemeyeceğinden, bu yeni işletmecinin erişim talebini reddedilecektir. Tekelci bir yapılanma içerisinde gelişen ve daha sonra rekabete açılan sektörlerde, yeni işletmeciler serbest piyasa koşullarında faaliyete başlasa da, bu durum, pazar yapılarını ciddi biçimde değiştirememektedir. Bu tür piyasalarda, pazara giriş engellerinin kaldırılması, mevcut pazar payı dağılımının yeni işletmeciler lehine değişmesi ve pazarın rekabetçi bir yapıya kavuşması; düzenleyici otoritelerce erişim taleplerinin reddedilmesini önleyici mekanizmaların geliştirilmesine bağlıdır⁴³.

Gerek diğer işletmecilerin erişim talebini açıkça reddeden gerekse erişim talebini açıkça reddetmemekle birlikte ağır koşullar ileri süren işletmecilerin reddetme eylemlerinin en önemli sonucunun, piyasaya yeni giren işletmecilerin piyasa dışına itilmesi veya faaliyetlerinin zorlaştırılması riski olduğu görülmektedir. Bu risk, erişimi reddeden işletmecinin üst ve alt pazarlarda hâkim durumda olması durumunda çok daha güçlü bir tehdit haline gelebilmektedir. Yerleşik işletmecinin, hem üst hem de alt pazarda faaliyet göstermesi durumunda üst pazardaki ürüne erişimi reddetmesi, alt pazardaki faaliyetleri için üst pazardaki ürüne gereksinim duyan işletmecilerin faaliyet şartlarını olumsuz yönde etkileyeceğinden, bu tür uygulamalar düzenleyici otoritelerce erişim konusundan bağımsız olarak hukuka aykırı görülmüş ve bazı yükümlülükler getirilmek suretiyle giderilmeye çalışılmıştır⁴⁴.

Reddetme eyleminin konusunu oluşturan altyapı ve hizmetlerin yapısal niteliği erişim sorunlarının ortaya çıkmasında etkilidir. Ancak her reddetme eylemi değil alt pazarda faaliyette bulunan işletmecilerin faaliyetleri açısından “temel girdi niteliğindeki” hizmet ya da altyapıların reddedilmesini konu alan eylemler, reddetmeye ilişkin sorunlara yol açmakta olup, bu tür altyapı ya da hizmetler “temel kaynak faaliyeti” ya da “zorunlu unsur” olarak adlandırılmaktadır. Zorunluluk, üst pazardaki unsurun teknik ve ekonomik

⁴³ ÜNVER, s. 118.

⁴⁴ ÜNVER, s. 121.

açıdan ikâme edilememesi, mâkul şartlar dâhilinde yeniden kurulamaması durumunu ifade etmek için kullanılmaktadır.

Zorunluluk kavramı, dikey bütünleşmiş pazarlarda görülen ve doğal tekel özelliği gösteren altyapı unsurlarının nitelendirilmesinde kullanılmakta olup, erişim talebine konu olan her altyapı ya da hizmetin zorunlu olduğunu ileri sürmenin doğru olmayacağı, başka bir deyişle, erişim taleplerinin reddedilmesine ilişkin sorunların, sadece zorunlu unsura erişim bağlamında ele alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁵. Nitekim, arabağlantı anlaşmaları, bu anlaşmaların konusunu teşkil eden altyapı unsurlarının zorunlu olmasından ziyade sürdürülebilir rekabete olan etkileri açısından düzenlemelere konu teşkil etmektedir.

IV- ERİŞİM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL ÖZELLİKLERİ VE ERİŞİM SÖZLEŞMELERİNE YÖNELİK DÜZENLEYİCİ MÜDAHALELERİN KAPSAMI

Erişim hizmeti, bir telekomünikasyon altyapısının ya da hizmetinin belirli bir bedel karşılığında bir veya birden çok işletmecinin kullanımına sunulmasını ihtiva etmektedir. Erişim hizmetinin tâbi olduğu teknik, ekonomik ve idarî esaslar çoğunlukla ilgili mevzuata uygun olarak erişim talep eden ve erişim sağlayan taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile belirlenmektedir.

Erişim sözleşmelerinin konusunu bir işletmecinin kontrolündeki altyapı veya hizmetlerin bir başka işletmeciye belirli bir ücret karşılığında kullanılması oluşturmaktadır⁴⁶. Bu çerçevede, erişim sözleşmesinin unsurlarını; karşılıklı anlaşma, erişim ücretinin ödenmesi ile altyapı veya şebekenin kullanılması yoluyla hizmetlere erişimin sağlanması taahhüdü şeklinde sıralamak mümkündür. Erişim sözleşmeleri, mülkiyetin devrini içermediğinden ve erişime konu olacak altyapı veya hizmetin kullanılması

⁴⁵ ÜNVER, s. 123.

⁴⁶ ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 80 vd; ÜNVER, s. 58 vd.

yönünde bir taahhüt yeterli olduğundan, söz konusu sözleşmeler borçlandırıcı bir işlem ile gerçekleşen, kullandırma amacı güden bir sözleşme türü olarak kabul edilebilir.

Erişim hizmeti, çoğunlukla karşılıklı müzakereyle gerçekleşen sözleşmelere konu olmakla birlikte, bu hizmetlerin sunulması düzenleyici otoritelerin idarî işlemleri doğrultusunda da gerçekleşebilmektedir. Bu durumda, idare tarafından tek taraflı olarak tesis edilen ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idarî işlemler uyarınca sözleşmenin tarafları bir araya gelmekte ve idarenin öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde erişimin sağlanacağı hüküm, koşul ve ücretleri belirlemektedirler. Bu durumda, her ne kadar taraflar arasında akdedilen bir sözleşme olsa da karşılıklı müzakere sonucunda serbestçe düzenlenen bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyecektir. Sözleşme yapma yükümlülüğü sözleşmenin sınırlarından birini oluşturmaktadır⁴⁷.

Anayasanın 48 (1) maddesinde⁴⁸ ifadesini bulan ‘sözleşme özgürlüğü’ ilkesinin sınırları, BK. m.19 ve 20 ile belirlenmiştir. Buna göre; kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil etmediği ve konusu imkânsız bir edim içermediği takdirde her türlü sözleşmenin kapsam ve sınırları taraflarca serbestçe belirlenebilecektir. Başka bir deyişle, taraflar istedikleri kişiyle, istedikleri içerikte, istedikleri şekilde sözleşme ilişkileri kurabileceklerdir. Bir sözleşmede sözleşme özgürlüğü ilkesinin hâkim olması, bu sözleşmenin idarî sözleşme olma vasfını ortadan kaldırmaktadır⁴⁹.

⁴⁷ ÜNVER, s. 58; GÜRZUMAR, Osman Berat; **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, 2006, s. 42.

⁴⁸ Anayasanın ‘Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti’ başlıklı 48. maddesi, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” hükmünü ihtiva etmektedir.

⁴⁹ GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 6. Aynı B., Ankara 2004, s. 167 vd.; GÖKTAYLAR, Bilge: **Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıkları Çözümü Prosedürünün İşletilmesi**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005, s. 80.

Erişim sözleşmeleri iki tarafın serbest iradeleriyle ve eşit şartlarda belirledikleri hükümler ihtiva eden bir sözleşmedir. Bu sözleşmelerde genel ilke olarak sözleşme özgürlüğünün hâkim olması, bu sözleşmelerin Özel Hukuk sözleşmesi olarak anılması sonucunu doğurmaktadır.

Erişim sözleşmelerinde, taraflardan her ikisinin de işletmeci statüsünde birer şirket şeklindeki tüzel kişi olması gerekmekte olup, sözleşmenin konusu itibarıyla taraflardan biri tarafından diğerine kamusal bir hizmetin gördürülmesi söz konusu değildir. Ayrıca, erişim sözleşmelerinin taraflarından birine kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıklı bir yetki de verilmemektedir. Erişim sözleşmelerine örnek olarak verilebilecek arabağlantı ve roaming (dolaşım) sözleşmelerinde erişim hizmetinden yararlanan işletmecilerin sözleşmenin kurulmasında, 5809 sayılı EHK'da öngörülen dolaşım ve arabağlantı sağlama yükümlülüğünden yararlanıyor olması da bu sözleşmelerin niteliği değiştirmemektedir. Zira, 5809 sayılı EHK'nın 16. maddesinde⁵⁰ düzenlenen arabağlantı ve roaming (dolaşım) sözleşmelerinin kurulmasında kanuni bir zorunluluk öngörülmüş olsa da bu durum sözleşme kapsamında taraflardan birine verilen bir üstünlük niteliğinde değildir. Başka bir deyişle, erişim sözleşmelerine taraf olan işletmecilerin Özel Hukuk

⁵⁰ 5809 sayılı EHK'nın 16. maddesinde; "(1) Erişim yükümlülükleri ve yükümlülüğün kapsamı Kurum tarafından belirlenir. Kurum; bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için mâkul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi hâlinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir.

(2) Bu Kanun uyarınca, tüm işletmeciler, talep gelmesi hâlinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler. Tarafların anlaşamamaları hâlinde Kurum, işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirebilir.

(3) Kurum, erişim ve arabağlantı yükümlülüklerini, bu Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak kamu menfaati açısından gerekli gördüğü hallerde, yapacağı düzenlemelerle sınırlandırabilir.

(4) Kurum, tüm erişim anlaşmalarının bu Kanunun amaç ve kapsamına, rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri yapar.

(5) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere, diğer işletmecilerin mâkul erişim taleplerini, bu Kanun hükümleri çerçevesinde karşılamalarına yönelik olarak eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve mâkul kâra dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sunma yükümlülüğü getirebilir.

(6) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir."

hükümü yer almaktadır.

hükümlerinin yanı sıra başta 5809 sayılı EHK olmak üzere ilgili telekomünikasyon mevzuatına tâbi olmaları, bu sözleşmelerin niteliğini değiştirmemektedir.

Diğer taraftan, erişim sözleşmelerinin taraflarının imtiyaz sözleşmeleri dâhil olmak üzere lisans hükümlerine tâbi olması da bu sözleşmelerin Özel Hukuk sözleşmesi niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Zira, lisanslı işletmecilerin erişim sözleşmesinin tarafı konumunda olmaları bir özel borç ilişkisine; BTK ile imzaladıkları imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmaları ise doğrudan bir kamu hizmetinin ifasına dayanmaktadır⁵¹.

Erişim sözleşmesine konu olan hizmetin genel olarak bir kamu hizmetine ilişkin olduğu iddia edilebilirse de, burada, bir özel kişinin bir kamu hizmetini yürütebilmesi için o hizmetin asıl sorumlusu olan idare organıyla akdettiği bir sözleşme değil, anılan kamu hizmetini yürütebilmek için idareyle idarî bir sözleşme (imtiyaz sözleşmesi) akdetmiş olan özel kişinin, bu hizmetin sunulması esnasında, söz konusu hizmetin belli bir parçasına veya belli bir yönüne ilişkin olarak diğer bir işletmeciyile tamamen eşit şartlarda imzaladığı bir sözleşme söz konusudur. Bununla birlikte, düzenleyici otoritelerin erişim sözleşmeleri üzerinde sahip olduğu düzenleyici nitelikteki yetki ve görevlerin sözleşmenin taraflarından birinin kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Zira, erişim sözleşmelerinde taraflardan birisini oluşturmayan düzenleyici otoritenin bu anlaşmalara müdahalesi harici bir müdahale olup, sözleşmenin taraflarından birisinin müdahalesi olarak yorumlanamayacaktır. Dolayısıyla, BTK'nın erişim sözleşmelerinin kurulmasından, yürütülmesine; sınırlandırılmasından, ücretlendirilmesine kadar pek çok hususta haiz olduğu

⁵¹ ULUSOY, Ali: “Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s. 59 vd.

düzenleme yetkisinin genişliği, erişim sözleşmelerinin Özel Hukuk sözleşmesi olma niteliğine halel getirmemektedir⁵².

Başta arabağlantı olmak üzere erişim sözleşmelerinin doğrudan bir kamu hizmetinin ifasını içeren ve lisanslara konu olan telekomünikasyon hizmetleri açısından kilit rol oynaması, söz konusu sözleşmelerin kurulma aşamasından itibaren oldukça geniş içerikli düzenlemelere tâbi olmasına neden olmuştur. Nitekim gerek AB mevzuatında gerekse ulusal mevzuatımızda bir Özel Hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilen⁵³ erişim sözleşmelerinde, sözleşme koşullarının karşılıklı müzakereye dayalı olarak belirlenmesi ana ilke olarak öngörülmüş olsa da erişim hizmetlerinin kamusal niteliği göz önünde bulundurularak buna istisnalar getirildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, bu tür istisnai yetkiler erişim sözleşmesinin taraflarından birine değil de sektörde genel düzenleme yetkisini haiz düzenleyici otoritelere tanınmaktadır. Düzenleyici nitelikteki söz konusu yetkilerin varlığı, erişim sözleşmelerinin Özel Hukuk Sözleşmesi olma niteliğini ortadan kaldırmamakta olup, bir erişim sözleşmenin hangi hukuksal rejime tâbi olduğundan bağımsız olarak, erişim sorunlarının çözümünde kullanılabilecek düzenleyici yetkilerin çerçevesi çizilmektedir.

Erişim sözleşmeleri, yukarıda da belirtildiği üzere, bazı türleri dolayısıyla bir işletmecinin mülkiyetindeki altyapı veya hizmetlerin bir başka işletmeciye belirli bir ücret karşılığında kullanılması, bazı türleri dolayısıyla da belli bir işin gördürülmesi şeklindeki yükümlülükler olarak ortaya çıkmaktadır. Borçlar Hukukumuzda göre, kullandırma amacı güden veya iş görme amacı güden sözleşmelerin kurulabilmesi için hukuki işlem ehliyetine sahip olan tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları yeterlidir. Bununla birlikte, bir erişim sözleşmesinin taraflarının, hak ve fiil ehliyetinin

⁵² ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 87.

⁵³ ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 89 vd.

dışında, 5809 sayılı EHK⁵⁴ anlamında 'işletmeci' sıfatına da sahip olması gerekmektedir. Taraflardan birinin veya her ikisinin bu özelliklere sözleşmenin kurulması sırasında sahip olmaması, sözleşmenin 'erişim sözleşmesi' olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır.

Erişim sözleşmeleri, tarafların sahip olması gereken nitelikler dışında şekli unsurlar açısından da Borçlar Hukuku sözleşmelerinden ayrılan sözleşmelerdir. Zira, kira ve benzeri kullandırma amacı güden sözleşmeler ile hizmet gibi iş görme amacı güden sözleşmeler, herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın akdedilen bir sözleşme türü iken, erişim sözleşmeleri 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi hükmü gereği taraflar arasında imzalanması gereken ve dolayısıyla yazılı şekil şartına tâbi olan sözleşmelerdir⁵⁵. Genel hukuk ilkelerine göre, ticarî nitelikli sözleşmelerin kurulmasını müteakip ayrıca bir üçüncü şahsın bilgilendirilmesine veya başka bir şekil şartına uyulmasına ihtiyaç olmamasına karşın, işletmeciler arasında imzalanan erişim sözleşmeleri, 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesi ve 08.09.2009 tarih ve 27343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi uyarınca BTK'ya sunulmaktadır.

Erişim sözleşmelerinin kurulmasından gerekli düzeltmeler yapılmak suretiyle tekemmül etmesine kadar geçen süreç iki aşamada gerçekleşmektedir. BTK'ya erişim sözleşmeleri intikal edene kadar geçen ilk aşamada taraflar arasında akdedilmiş ve icra kabiliyeti olan bir sözleşmenin varlığından bahsedilebilmektedir. Bu sözleşme, ilk anda Borçlar Hukuku anlamında geçerli bir sözleşme olmakla birlikte, BTK'ya sunulmasıyla

⁵⁴ 5809 sayılı EHK'nın 3. maddesinin (z) bendinde, "İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi," şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵⁵ 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesinin üçüncü fıkrası, "Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür."; Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi, "Erişim ve arabağlantı sözleşmeleri, bunların ekleri ve değişikliklerinin tasdikli bir sureti imzalanmasını müteakip onbeş gün içerisinde Kuruma sunulur..." hükmünü içermektedir.

başlayan ikinci aşamanın sona ermesine kadar tekemmül etmiş sayılmamaktadır. Zira, BTK'nın mevzuat kapsamında sözleşmeyi gözden geçirmesinin ardından düzeltme talepleri ortaya çıkarsa, tarafların daha önce serbest iradeleriyle kararlaştırdıkları hususların değiştirilmesi ve sözleşmeye BTK'nın uygun gördüğü hususların eklenmesi söz konusu olmaktadır. Bu düzeltmelerin işletmecilerin bizzat kendileri tarafından yapıldığı düşünülse dahi BTK'nın bu düzeltme talepleri yerine getirilmeden erişim sözleşmeleri tekemmül etmiş sayılmamaktadır. BTK'nın uygun gördüğü hususlar sözleşmeye girmeden, erişim sözleşmelerinin hukuksal sonuçlarını doğurmaması nedeniyle, BTK'nın görüşünün sözleşmeye eklenmesinin, erişim sözleşmelerinin etkinlik unsuru⁵⁶ olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Tarafların serbest iradelerinin uyuşmasına dayalı olarak kurulan bir sözleşme olan erişim sözleşmelerini imzalamak amacıyla masaya oturan tarafların, çoğu zaman uzlaşmadıkları görülmektedir. Topluluk Direktiflerinde olası anlaşmazlıkların giderilmesi amacıyla ulusal düzenleyici otoriteler tarafından tarafların uzlaştırılmasına yönelik bir süreç öngörülmüştür. Bu kapsamda, 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifinin 20. maddesi, işletmeciler arasındaki uzlaşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler içermektedir. Söz konusu Direktif maddesi gereğince, işletmeciler arasında ortaya çıkan uzlaşmazlık hallerinde taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine ulusal düzenleyici otorite, uzlaşmazlığı istisnai haller dışında, en kısa zamanda ve herhalde 4 aydan uzun olmayacak bir süre zarfında çözümlemekle yükümlüdür. Yürütülen müzakerelerin her zaman anlaşma ile sonuçlanamayacağı gerçeğinden hareketle, Ülkemizde de olası uzlaşmazlıkların nasıl çözüleceğine yönelik bazı kanuni tedbirler öngörülmüştür. Bu kapsamda, işletmecilerin arabağlantı sözleşmelerini kendi aralarında yapacakları müzakereler sonucunda kuramamaları hâlinde BTK

⁵⁶ Etkinlik unsuru, hukuki işlemin meydana gelmesi için gerekli unsurlar değildir. Bunlar sadece hukuki işlemin sonuçlarını doğurması için gerekli şart ve unsurlardır. Başka bir deyişle; bu unsurlar kurucu unsurlar olmadığından, hukuki işlemin meydana gelmesini engellemezler, sonuçlarını doğurmasını engellerler (EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Değiştirilmiş 13. B., İstanbul Eylül 2011, s. 114 vd.).

tarafından alınacak tedbirlerin çerçevesi 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesinde çizilmiştir. Anılan Kanunun ilgili maddelerinde öngörülen yetkilerin nasıl uygulanması gerektiği ise Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 'Uzlaşmazlıkların Çözümü' başlıklı 18. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

EHK'da ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde öngörülen yetkiler, tarafların başvurularının kabulü ya da reddini, kabulü hâlinde uzlaştırma prosedürü işletilmesini, söz konusu prosedürün sonunda anlaşmazlığın devamı durumunda nihai hüküm, koşul ve ücretlerin belirlenmesini içermektedir. Bahse konu madde hükümlerinde, ilgili işletmeci tarafından sözleşmenin kurulması için yapılan ilk talepten itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma sağlanamaması hâlinde, ilgili tarafın BTK'ya başvurabileceği, BTK'nın söz konusu başvuru üzerine uzlaştırma prosedürünün işletilmesi başta olmak üzere kamu yararının gerektirdiği her türlü tedbiri alabileceği, ayrıca mevzuatta belirlenen sürelerde tarafların anlaşamaması durumunda bağlayıcı nitelikte hüküm, koşul ve ücretleri belirleyebileceği öngörülmüştür⁵⁷.

⁵⁷ 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 18. maddesinde erişim talebiyle başlayan süreç dört farklı aşamada değerlendirilmekte ve bu dört aşama belirli süreler ile sınırlı tutulmak suretiyle, işletmecilerin aralarında anlaşma ihtimali zayıfladıkça BTK'nın uzlaştırma fonksiyonu daha da güçlü hale gelmekte, nihai olarak da BTK'ya tek taraflı olarak tanınan hüküm, koşul ve ücretleri belirleme yetkisi ile bu fonksiyon 'doğrudan belirleme' halini almaktadır. 5809 sayılı EHK'nın "Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü" başlıklı 18. maddesinde;

"(1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması hâlinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dâhil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir.

(2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması hâlinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılincaya kadar uygulanmasına devam olunur.

(3) Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür.

(4) Erişim anlaşmaları, ticari sırlar dışında alenidir.

(5) Bu maddenin uygulanma usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir." hükmü yer almaktadır. EHK'nın uygulama usul ve esaslarını gösteren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 18. maddesinde öngörülen söz konusu aşamalar sırasıyla aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Çok sayıda ülkede, anlaşma hüküm, koşul ve ücretlerinin taraflar arasında görüşülmesi arabağlantı düzenlemelerinde esas yaklaşımı oluşturmaktadır⁵⁸. Bununla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasında erişim görüşmeleri çoğu kez sonuçsuz kaldığından, erişim uyuşmazlıklarının nasıl çözüleceği konusunda ulusal düzenleyici otoritelere belirli sorumluluklar yüklenmektedir. Ülkemizde de BTK'ya erişim anlaşmazlıklarına ilişkin olarak geniş bir müdahale yetkisi verildiği görülmektedir. Ayrıca, yürütülen görüşmeler anlaşma ile sonuçlansa da Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 18. maddesi gereğince BTK, sözleşmelerde mevzuata aykırı olan yerleri tespit ederek söz konusu aykırılıkların düzeltilmesini sağlamak suretiyle sözleşmelerin kurulması aşamasında gerekli müdahaleyi yapabilmektedir. Bununla birlikte, genel anlamda düzenleyici otoritelerin, ülkemizde de BTK'nın erişim sözleşmeleri üzerindeki yetki ve sorumlulukları, sözleşmenin kurulmasına özgü araçlarla sınırlı değildir. Başta arabağlantı olmak üzere, belirli erişim hizmetlerinin durdurulmasının, kamu hizmeti niteliğindeki telekomünikasyon hizmetlerinin ifasını olumsuz etkileyebileceği düşünüldüğünde, erişim sözleşmelerinin kurulması kadar sona ermesinin de belirli düzenleyici kriterlere tâbi olması kaçınılmazdır.

1- İlk aşama tarafların BTK'ya gelmeden, müzakere ile geçirdikleri azami iki (2) aylık süredir. Bu süre, taraflardan birinin diğerine erişim talebiyle başlar ve anlaşma sağlanamadığı gerekçesiyle BTK'ya uzlaştırma talebiyle başvurusu ile sona erer.

2- BTK'ya uzlaştırma prosedürü işletilmesi amacıyla yapılan başvuru ile başlayan ikinci aşama, BTK'nın tarafların taleplerini ve uzlaşamadıkları noktaları tespit ettiği aşama olup, bu aşamada, 15'er günlük süreler içerisinde, BTK'nın sırasıyla diğer işletmeciden konuya ilişkin bilgi ve belgeleri alması ve uzlaştırmayı kabul edip etmeyeceğine karar vermesi gerekmektedir.

3- Üçüncü aşama BTK'nın 'uzlaştırma' fonksiyonunu ifa ettiği aşamadır. Bu aşama, kendinse yapılan başvurudan itibaren otuz gün içinde, uzlaştırma prosedürünü işletmeye karar vermesi ile başlar ve taraflar arasında ilk aşamada sonuçsuz kalan müzakerelerin BTK nezdinde yeniden başlaması ve anlaşma ile sonuçlanmasına yönelik olarak iki aylık sürenin işlemesiyle devam eder.

4- Son aşama olan dördüncü aşamada, BTK, anlaşmazlık hali sabit olan işletmecilerin, uzlaştırma prosedürünü işletmeye karar vermesi tarihinden itibaren iki ay içinde anlaşamamaları hâlinde, işletmeciler arasında bir anlaşma tesis edilmesini beklemeksizin anlaşma için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirleyebilir. Ancak, uzlaştırma talebinin daha önce sunulmayan bir hizmete ilişkin olması, talebin içeriğinin kapsamlı bir çalışma ve bilgi toplama süreci gerektirmesi ve BTK'nın gerekli gördüğü diğer istisnai hallerde bu süre en fazla iki ay daha uzatılabilir.

⁵⁸ GÖKTAYLAR, s. 48 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ KARŞISINDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

I- SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme en basit tanımı ile iki ya da daha fazla kişinin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukukî muamele⁵⁹ olarak ifade edilebilir. Sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibari ile daha önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı niteliğe sahip ve muhatap tarafından kabul edilmesi hâlinde sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade beyanı, icap olarak adlandırılmaktadır⁶⁰. Kabul ise yapılan bir icaba karşılık icabın muhatabı tarafından icabı yapana yöneltilen ve akit yapma teklifini icaba uygun olarak meydana getirme isteğini kesin olarak ifade eden irade beyanıdır⁶¹. Kabul beyanında bulunan muhatap bu beyanı ile icapçının sözleşme yapma teklifini icapta bulunan kişinin teklifine uygun ve kesin olarak kabul etmektedir ve söz konusu kabul beyanı icapçıya yönlendirilmektedir. İcabın kabulü ile sözleşme tamam olur⁶².

Bir sözleşmenin kurulabilmesi iki tarafın iradelerinin uyuşmasına bağlıdır. Öncelikle taraflardan birinde sözleşme yapma isteği doğmalı ve bunu karşı tarafa beyan etmeli, muhatap da aynı şekilde kendisine yapılan bu sözleşme yapma teklifine katılmayı istemeli ve karşı tarafın icabını kabul etmelidir. Tüm sözleşmeler sistemi “*özerk irade-serbest sözleşme*” varsayımına dayanmaktadır ve bu varsayım bağlamında kişiler istediklerinde, istedikleri kişi ile, diledikleri konuda serbestçe sözleşme yapabilirler⁶³.

⁵⁹ AKINCI, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, İstanbul 2000, s. 57.

⁶⁰ EREN, s. 219 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 6. Basıdan Yedinci Tıpkı B., İstanbul 2009, s. 45 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 11. B., Ankara 2009, s.41.vd.

⁶¹ EREN, s. 228 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 57 vd.; KILIÇOĞLU, s.49 vd.

⁶² REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. B., İstanbul 2002, s. 59, EREN, s. 228.

⁶³ SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2002, s.6-7.

Sözleşme özgürlüğünün iki ayrı yönü bulunmakta olup, bunlar sözleşme yapma serbestisi ve akdin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisidir⁶⁴. BK. m.19, *“Bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınır içinde serbestçe tayin olunabilir”* şeklindeki ifadesi ile sözleşme özgürlüğünün ikinci yönüne ilişkin açıklama getirmektedir. BK.’nın bu maddesi tarafların akdin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisini açıklamaktadır. Buna göre taraflar yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını serbestçe tayin edebilmektedir⁶⁵. Yapılacak olan sözleşmenin taraflarca istenilen şekilde yapılabileceğini düzenleyen madde ise BK. m. 11’dir. BK.’nın *“Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir”* şeklindeki ifadesine göre taraflar, sözleşmelerini, kanunda yer alan istisnalar hariç olmak üzere, diledikleri şekilde yapabilirler ve sözleşme özgürlüğü ilkesi tarafların sözleşmeleri için diledikleri şekli seçme özgürlüğünü de içerir⁶⁶.

Anayasanın *“Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti”* başlıklı 48. maddesi, *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir”* ifadesi ile sözleşme serbestisi konusundaki temel ilkeyi Anayasal düzeyde ortaya koymuştur. Anayasanın 48. maddesine göre kişiler sözleşme özgürlüğüne sahiptirler, bu itibarla kişilerin diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içerisinde kalmak kaydı ile diledikleri şekilde düzenleme hakları Anayasa ve Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme özgürlüğü ile teminat altına alınmıştır⁶⁷.

Türk ve İsviçre Hukukunda şahıslar kural olarak bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbesttir⁶⁸. Bu kural çerçevesinde şahıslar dilediği kimse ile dilediği akdi yapmakta serbest olacak ve istemediği bir akdi yapmaya mecbur olmayacaktır. Fakat bu serbestinin bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnaların iki tür kaynağı olabileceği kabul edilmekte olup, söz konusu

⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 19- 20.

⁶⁵ REİSOĞLU, s. 104.

⁶⁶ KILIÇOĞLU, s. 53 vd.

⁶⁷ 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K.2003/740 sayılı Yargıtay HGK Kararı.

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 104.

istisnalar ya kanundan ya da tarafların daha önceki taahhütlerinden kaynaklanabilmektedir⁶⁹. Bunlardan tarafların daha önceki taahhütlerinden kaynaklanan zorunlulukları, bu mecburiyetlerin yine de sonuç olarak taraf iradesine dayanıyor olması nedeni ile bir tarafa bırakır isek kanundan kaynaklanan çeşitli hallerin sözleşme yapma serbestîsinin istisnalarını oluşturduğu ifade edilebilir.

Öte yandan sözleşme özgürlüğü Anayasal düzeyde teminat altına alınmış temel haklardandır. Bu itibarla sözleşme özgürlüğüne getirilecek olan kısıtlamaların Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesi ile ortaya konulan kurallara uygun olması gerekmektedir. Anayasanın 13. maddesine göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. 13. madde temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını dört ayrı koşula bağlamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükler;

- Ancak kanunla sınırlandırılabilir.
- Bu sınırlamalar temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmayacaktır.
- Sınırlamalar ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle yapılacaktır.
- Sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır.

⁶⁹ EREN, s. 285.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılacağı alanın oldukça daraltıldığı, 13. maddenin bu hali ile genel bir sınırlama maddesi olmaktan çıkarak, genel bir koruma maddesi haline dönüştüğü görülmektedir⁷⁰.

13. maddeye göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla ve yasama organınca kısıtlanabilecektir. Kanunla sınırlama ilkesinden anlaşılması gereken en temel nokta, idarenin belli bir kanunun anayasaya uygun olarak getirdiği sınırlamaları somutlaştırma dışında, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiremeyeceğidir⁷¹. Sözleşme hürriyeti açısından bu hürriyete kanunla kısıtlama getirilebileceği konusu yargı kararlarına da yansımıştır. Yargıtay HGK 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K.2003/740 sayılı Kararında, sözleşme yapma mecburiyetinin kanun koyucu tarafından Özel Hukuk ya da Kamu Hukuku kökenli olarak öngörülebileceğini belirtmektedir. Devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ya da zarurî ihtiyaç maddeleri dağıtanlarla bunları talep eden kişiler arasında sözleşme yapma zorunluluğu⁷² olduğu kabul edildiği gibi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 101. maddesi kapsamında sigortacılar için geçerli olan sözleşme yapma zorunluluğu⁷³ sözleşme yapma mecburiyeti ile ilgili olarak çeşitli örnekler olarak gösterilmektedir.

Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasama organını tamamen serbest bırakmamıştır⁷⁴. 13. madde sınırlama nedenlerinin Anayasada gösterilmesini aramaktadır. Bu itibarla temel hak ve özgürlükler yalnızca Anayasanın “*ilgili maddesinde*” açıkça gösterilen sebeplerle kısıtlanabilecektir⁷⁵. Anayasanın sözleşme hürriyetinin düzenlendiği 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin*

⁷⁰ İZGİ, Ömer/ GÖREN, Zafer: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, C. I, Ankara 2002, s. 199.

⁷¹ SABUNCU, Yavuz: *Anayasaya Giriş*, 14. B., Ankara 2009, s. 59.

⁷² 18.4.2002 tarih ve E. 2002/2584, K. 2002/4338 sayılı Yargıtay 13. HD Kararı.

⁷³ 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K.2003/740 sayılı Yargıtay HGK Kararı.

⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK, Şeref A.: *Anayasa Hukuku*, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17. B., Ankara Mart 2010, s. 177.

⁷⁵ SABUNCU, s. 59.

gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır". 13. maddede atıf yapılan "anayasanın ilgili maddesinde gösterilen sebepler", 48. madde açısından maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiş olan hususlardır. Buna göre, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesi, güvenlik ve kararlılık içinde çalışması amacıyla sözleşme özgürlüğü kısıtlanabilecektir.

13. maddede aranan bir diğer husus ise sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamasıdır. Sınırlamanın Anayasanın sözüne uygun olması ile temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getirilirken ilgili haklar açısından Anayasa ile ortaya konulan güvencelere uyulması bu konuda Anayasa ile lâfzen açıkça ortaya konulan hükümlere aykırı kısıtlamalar getirilmemesi; ruhuna uygun olması ile ise sınırlamanın Anayasanın bütünü göz önüne alınarak temel haklar konusunda ortaya konulan özgürlükçü yaklaşıma aykırı davranılmaması kastedilmektedir⁷⁶. Anayasanın ortaya koyduğu temel yapı itibari ile sınırlama esas değil istisna olmalıdır⁷⁷. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak açısından ise batı uygarlığınca benimsenen,⁷⁸ genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı⁷⁹ esas alınmaktadır. Ölçülülük ile ilgili olarak ise kısıtlama ile devlet tarafından güdülen amacın takip edilebilir, kullanılan araçların amaca ulaşmak açısından elverişli ve amaca ulaşmak için zorunlu olması⁸⁰ yani özgürlüğün amaca ulaşmak için olması gerekenden fazla kısıtlanmaması aranmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamanın ilgili hak ya da özgürlüğün özüne dokunmuyor olması da 13. madde kapsamında aranan

⁷⁶ SABUNCU, s. 62-63.

⁷⁷ GİRİTLİ, İsmet/ SARMAŞIK, Jale: *Anayasa Hukuku*, 2. B., İstanbul 2001, s.76.

⁷⁸ İZGİ/GÖREN, s. 198.

⁷⁹ ARSLAN, Zühtü: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", (Erişim)

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/arslan.pdf, 01.09.2011, s.148.

⁸⁰ GÖREN, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. B., İzmir 1999, s. 175.

şartlardandır. 1961 Anayasasının 11. maddesinde yer alan hakkın özüne dokunulmaması kuralı, 1982 Anayasasında ilk olarak kabul edilmemiş, 13. maddenin 4709 sayılı Kanun⁸¹ ile değişik hâlinde yer almıştır. 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki dönemde de AYM tarafından verilen çeşitli kararlarda⁸² AYM, hakkın özü kavramına atıf yaparak, hakkın özünü ortadan kaldıran düzenlemelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşeceğini belirterek, hakkın özü kavramı ile demokratik toplum düzeninin gereklerini özdeşleştirmiştir⁸³. Hakkın özünün objektif olarak tespit edilerek tanımlanmasının imkânsız olması ve belirgin olmayan bu kriterin Anayasa metnine geri dönmesi doktrinde GÖZLER tarafından talihsizlik olarak ifade edilmiştir⁸⁴. Gerçekten de soyut bir hak ya da özgürlüğün özünün ne olduğunu belirleme imkânı yoktur⁸⁵. Bu konuda çeşitli teoriler ortaya atılmış olmasına rağmen neyin dokunulmaz olarak kalması gerektiği net bir biçimde belirlenememiştir⁸⁶. Dokunulduğu takdirde o hak ve hürriyeti kullanılamaz kılan mutlak çekirdeğin ilgili hak ya da hürriyetin özü olduğu ifade ediliyor olmasına rağmen, bir hak ya da hürriyetin mutlak çekirdeğinin ne olduğunu belirlemek de oldukça güçtür. AYM bir kararında⁸⁷, *“Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümlerin ilgili hak ve hürriyetin özüne dokunacağı”*nı belirtmiştir. Yine AYM'nin 1963 tarihli bir başka kararında⁸⁸ da, *“Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması”* hâlinde hak ya da hürriyetin özüne dokunulmuş olacağı belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki AYM tarafından ortaya konulan bu kriterler de genel

⁸¹ 17.10.2001 tarih ve 24556 sayılı (1. Mükerrer) Resmi Gazete.

⁸² 22.5.1987 tarih ve E. 1986/17, K. 1987/11 sayılı; 14.6.1988 tarih ve E. 1988/14, K. 1988/18 sayılı; 21.6.1990 tarih ve E. 1990/9, K. 1990/13 sayılı AYM Kararları.

⁸³ İZGİ/ GÖREN, s. 199.

⁸⁴ GÖZLER, Kemal: *“Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, S. 2001/4, s. 53-67.

⁸⁵ GÖZÜBÜYÜK, s. 179.

⁸⁶ GÖREN, s. 376.

⁸⁷ 4.1.1963 tarih ve E. 1962/208, K. 1963/1 sayılı AYM Kararı.

⁸⁸ 8.4.1963 tarih ve E. 1963/25, K. 1963/87 sayılı AYM Kararı.

somut değerlendirmeler yapmayı her zaman için mümkün kılan kriterler değildir. 4709 sayılı Kanunun Anayasanın 13. maddesinde değişiklik yapan ikinci maddesinin gerekçesi⁸⁹, “*Anayasanın 13. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir*” şeklindedir. Madde gerekçesinden temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlamalar ile ilgili olarak AİHS ile ortaya konulan ilkelerle uyumlu bir düzenleme getirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Ancak AİHS ile ortaya konulan kriter, “*hakkın özü*” kriteri değil, “*demokratik toplum düzeninin gereklilikleri*”dir⁹⁰ (m. 8/12, 9/12, 10/12). Öz güvencesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne göre çok daha zorlaştırıyor olması itibari ile öze dokunmama, sınırlamanın son sınırı olarak, kabul edilmektedir⁹¹. Bu itibarla, hem öz kavramının objektif olarak belirlenebilir bir kriter olmaması hem de Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklik ile hedeflenenin AİHS ile uyumlu bir yapı oluşturulması olduğu göz önüne alındığında, “*hakkın özü*” kavramının geniş yorumlanmaması gerekmektedir.

Getirilen her türlü kısıtlama özgürlüklerin kullanılmasını belirli oranda kısıtlayacak ya da zorlaştıracaktır. Bu itibarla her özgürlüğün özünü kendi koşulları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir⁹². 1961 Anayasasını hazırlayan Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından dile getirilen ifadelerle göre; öz, her hürriyet ve temel hak için ayrı ayrıdır ve belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler ve o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tespit eder⁹³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, sözleşme özgürlüğünün; sözleşme yapıp yapmama, taraflarını belirlemeye ilişkin ve sözleşmenin içeriğini ve şeklini belirlemeye ilişkin iki yönü bulunmaktadır. Gerek doktrinde gerekse çeşitli

⁸⁹ (Erişim) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, 18.07.2011.

⁹⁰ GÖZLER, s. 57.

⁹¹ ARSLAN, s. 145.

⁹² GÖZÜBÜYÜK, s. 179.

⁹³ ARSLAN, s.144.

mahkeme kararlarında sözleşme özgürlüğünün birinci yönü olan sözleşme yapıp yapmama, taraflarını belirleme serbestliği açısından belirli hallerde kanunla belirli kısıtlamalar getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu itibarla, Ülkemizde mahkemeler tarafından ve ülkenin genel hukuk anlayışı açısından sözleşme yapma zorunluluğunun tek başına hakkın özüne dokunan bir kısıtlama olarak kabul edilmediği söylenebilecektir.

Sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi konusunda sözleşme özgürlüğüne getirilebilecek olan kısıtlamalar ise hukukumuzda genel olarak BK.'nın 19 ve 20. maddeleri kapsamında ele alınmaktadır. 19. maddenin birinci fıkrasına göre, akdin muhtevası kanunun çizdiği sınırlar içinde serbestçe tayin olunur. Ancak, ikinci fıkraya göre akdin içeriğinin kanunun emredici hükümlerine aykırılık ihtiva etmemesi ya da ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık içermemesi gerekmektedir. 20. maddenin birinci fıkrasına göre ise akdin konusu imkânsız, hukuka, ahlaka ya da adaba aykırı olamaz. Ancak, söz konusu kısıtlamalar tarafların belirli konular üzerinde anlaşarak sözleşmeyi akdetmiş olma halleri ile ilgilidir. Yani, bu maddeler çerçevesinde hukukumuzda genel olarak tarafların anlaşmaları hâlinde hangi sebeplerle içeriğe ilişkin müdahalede bulunulabileceği belirtilmiş olmakla birlikte; tarafların içerik üzerinde anlaşamamaları hâlinde sözleşmenin içeriğine yapılacak olan müdahalelerin hangi hallerde yapılabileceği ya da yapıp yapılamayacağına ilişkin bir işaret bulunmamaktadır. Sözleşme özgürlüğünün özünün tespiti açısından, özgürlüğün iki yönünden (sözleşmeyi yapıp yapmama ve içeriğini& şeklini belirleme) herhangi birine öncelik tanınamayacaktır. Bu itibarla, taraf seçme özgürlüğü açısından tarafların anlaşamamaları hâlinde, yapılan müdahalelerin sözleşme özgürlüğünün özüne yapılan bir müdahale olarak kabul edilmediği bir noktada, sözleşmenin içeriğine yönelik olarak tarafların anlaşamamaları hâlinde yapılacak olan belirli müdahalelerin, gerekli diğer şartları da içermesi kaydı ile, tek başına sözleşme özgürlüğünün özüne müdahale olarak kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Sözleşme özgürlüğünün temeli tarafların iradelerine dayanmaktadır. Tarafların anlaşmaları hâlinde taraf iradelerine BK.'nın 19 ve

20. maddelerince ortaya konulan çerçeve tahtında doktrin ve mahkemelerce kabul edilen genel sınırları aşacak şekilde yapılan müdahaleler ile tarafların anlaşamamaları hâlinde tarafların iradelerini her halükarda ve daimi bir biçimde göz ardı ederek sözleşme özgürlüğünün her iki yönünü de kapsayacak şekilde yapılacak olan kısıtlamalar, sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturan taraf iradesini her noktadan ve daimi bir şekilde göz ardı ediyor olması itibari ile bu özgürlüğün özüne yönelik kısıtlamalar olarak kabul edilebilecektir.

Bu noktada BTK'nın erişim uyumsuzluklarına müdahalesinin sözleşme özgürlüğü ile ne şekilde bağdaşacağı incelenenecektir.

406 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinde arabağlantı anlaşmaları öncelikli olarak tarafların serbest iradelerine bırakılmış, ancak öngörülen kanunî süreler içerisinde tarafların anlaşamaması hâlinde TK'ya müdahale imkânı verilerek, tarafları belirli şartlarda arabağlantı sözleşmesi yapmaya zorlama yetkisi verilmiş idi. Buna göre “...*tarafların bir anlaşmaya varamamaları hâlinde, Kurum bu arabağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir...*”. Kanunda TK'ya tarafları sözleşme yapmaya zorlama yetkisi verildiği gibi; ilgili sözleşmenin hüküm ve koşullarını da belirleme yetkisi de verilmiş idi. Söz konusu kanun hükmü ile tarafların sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin içeriğini belirleme konusundaki özgürlüklerine kısıtlama getirilmiş idi. Anılan maddenin son cümlesine göre, TK tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretler taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırmaya kadar geçerli olacak idi. Bu hükümle de TK'nın müdahalesinin ardından sözleşmenin hüküm ve şartlarının tarafların kendi iradeleri ile değiştirilmesine imkân tanınmış idi.

Doktrinde ULUSOY, söz konusu kısıtlamanın kanunla yapılmış olması, tüm modern demokratik toplumlarda benzer kısıtlamalara yer veriliyor olması ve de sözleşme yapma zorunluluğunun teknik açıdan mümkün olma, orantısız maliyetler içermeme gibi şartlara tâbi kılınmış olması nedeni ile, bu

kısıtlamaların Anayasanın temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların demokratik toplum gerekleri ile uyumlu olmasını arayan 13. maddesi ile uyumlu olduğunu kabul etmektedir⁹⁴.

5809 sayılı EHK'da arabağlantı, erişimin kapsamında sayılmış ve aynen 406 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinde olduğu gibi, erişim anlaşmaları öncelikli olarak tarafların serbest iradelerine bırakılmış, ancak uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması hâlinde, BTK'ya erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere, iki ay içerisinde belirleme yetkisi verilmiş, belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve BTK düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanmasına devam olunacağı hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda ULUSOY'un 406 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinin yürürlükte olduğu dönemdeki görüşünün 5809 sayılı EHK döneminde de geçerli olacağını düşünüyoruz.

Yukarıda da değinildiği üzere sözleşme özgürlüğüne kanunla çeşitli sınırlamalar getirilebilecektir. Ancak, Anayasanın 13. maddesine göre bu kısıtlamanın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak ve de hakkın özüne dokunmaksızın yapılması gerekmektedir. Sözleşme özgürlüğü konusundaki kısıtlamalar, Anayasanın 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalarını sağlamak için yapılabilecektir. BTK tarafından Anayasanın 167. maddesi tahtında telekomünikasyon piyasasında ekonomik kamu düzenin sağlanması amacıyla arabağlantı sözleşmeleri konusunda yapılan müdahaleler 48. maddenin ikinci fıkrasında sayılan gerekçelerle uyumludur. Arabağlantı sözleşmesi yapılması konusundaki benzer yükümlülükler demokratik toplumların yasal düzenlemelerinde de yer

⁹⁴ ULUSOY, "Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi", s. 72-73.

almaktadır. Ayrıca bu arabağlantı yükümlülüğü orantısız maliyetler ihtiva etmemesi, teknik açıdan mümkün olması gibi şartlara bağlanmış, arabağlantı yükümlülerine mâkul sebeplerin varlığı hâlinde talepleri reddedebilme imkânı verilmiştir. Öte yandan, Kanunun öngördüğü sistemde, BTK arabağlantı sözleşmelerinin akdedilmesini öncelikle tarafların iradelerine bırakmakta ve ancak tarafların belirli bir süreç sonunda anlaşamamaları hâlinde uyuşmazlığa müdahale etmektedir. Ayrıca, BTK'nın müdahalesinin ardından da taraflara sözleşmeleri kendi iradeleri ile belirledikleri hüküm ve şartlarla değiştirilme imkânı verilmektedir. Bu nedenle, her ne kadar sözleşme özgürlüğünün her iki yönüne de bir müdahale bulunmakta ise de bu müdahalenin öncesinde ve sonrasında tarafların iradeleri tamamen göz ardı edilmiş değildir. Taraflara, müdahale sonrası kendi iradeleri ile BTK tarafından belirlenen şartları değiştirebilme imkânı verilmiştir. Gerek 406 sayılı Kanunun mülga 10. gerekse 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesinde öngörülen sistemde tarafların anlaşamamaları hâlinde BTK'ya müdahale imkânı veriliyor olması ve BTK tarafından şartlar belirlendikten sonra da tarafların serbest iradeleri ile sözleşme hükümlerini değiştirmelerine olanak verilmiş olması itibarı ile tarafların iradelerinin tamamen göz ardı edilmediği, bu itibarla sözleşme özgürlüğünün özünün bu madde ile genel anlamda ortadan kaldırılmadığı kanaatindeyiz.

Gerek 406 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinde gerekse 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesinde tarafların anlaşamaması hâlinde BTK'nın bir bütün olarak sözleşmenin tüm hüküm ve şartlarını belirlemeye yetkili kılındığı görülmektedir. Ancak, arabağlantı müzakereleri sırasında tarafların belirli konularda anlaşmış olmaları ihtimali bulunmaktadır. Bu itibarla, tarafların anlaşması hâlinde sözleşme özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar açısından genel olarak BK. m. 19 ve 20'de çizilen çerçevenin esas alındığı kabul edildiğinde, BTK tarafından belirlenen sözleşme hükümlerinin sadece tarafların anlaşmadığı konularla sınırlı tutulması, öze dokunma yasağı açısından daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak, gerek daha önce 406 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinde gerekse 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesinde yer alan kısıtlamaların sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi açısından genel itibari ile Anayasanın 13. maddesi ile uyumlu olduğu; ancak tarafların anlaşamamaları hâlinde BTK'ya verilen sözleşmenin hüküm ve şartlarını belirleme yetkisinin madde metninde sadece anlaşmazlığın söz konusu olduğu konularla sınırlı tutulacak şekilde düzenlenmesinin öze dokunma tartışmaları açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

II- SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU (ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ)

A) Zorunlu Unsur Kavramı

“Zorunlu unsur”, rakiplerin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde olarak tanımlanmaktadır⁹⁵.

Zorunlu unsur kavramı, kaynağını Rekabet Hukukundan alan bir kavram olup, özellikle doğal tekel pazarlarındaki altyapı ya da tesisler başta olmak üzere, şebeke endüstrilerinde oldukça sık rastlanan yapısal giriş engellerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Zorunlu unsur kavramı ilk defa ABD’de 1912’de *U.S. v. Terminal Railroad Association*⁹⁶ davası ile tartışılmaya başlanmıştır.

⁹⁵ ÖLMEZ, Hakan Suat: **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 33, Ankara 2003, s. 17; TEKDEMİR, Yaşar: **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 2, Ankara 2003, s. 10 vd.; GÜVEN, Pelin: **“Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”**, Perşembe Konferansları, Haziran 2004, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn9.pdf>, 10.06.2011, s. 17.

⁹⁶ U.S. v. Terminal Railroad Association, (Erişim) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=361&invol=116>, 17.08.2011.

ABD’de ilk kez *Hecht v. Pro Football, Inc.*⁹⁷ davasında açık bir şekilde kullanılan zorunlu unsur terimi, Rekabet Hukukuna ait bir kavram olarak gelişmiş olup, bunun yanında şebeke endüstrilerinde pek çok örneği olması nedeniyle telekomünikasyon hukukunda da yansımaları görülen ve bazı hallerde bir altyapı sahibine yükümlülük getirilmesinde kullanılan bir kavram haline gelmiştir⁹⁸. Zorunlu unsurun tanımı ve bu unsuru elinde tutan teşebbüsün yükümlülüğü, Rekabet Kurulunun Eti Holding Kararında⁹⁹ şu şekilde izah edilmiştir:

“Zorunlu unsur, bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hâkim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkânları nispetinde ve mâkul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır.”

“Zorunlu unsur”, uygulamada genelde alt pazar ve üst pazar şeklindeki dikey pazar yapılarının bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, hammaddeye sahip olan teşebbüs ile, ilgili piyasada faaliyette bulunabilmek için yapacağı üründe bu hammaddeyi kullanmak zorunda olan teşebbüs arasındaki ilişki gibi. Ya da alt yapı, şebeke ağına sahip olan bir teşebbüs ile, hizmet sunabilmek için bu altyapıdan, şebekeden yararlanmak zorunda olan teşebbüs arasındaki ilişki gibi. Burada öncelikle ilgili ürün pazarının belirlenmesi, sonra bu pazarda hâkim durumda olup olunmadığının

⁹⁷ *Hecht v. Pro Football, Inc.* 570 F.2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U.S. 956 (1977). Bu kararda, “Bir tesisin yeniden inşası ekonomik olarak uygulanabilir (*economically feasible*) değilse ve kullanımı reddedildiği takdirde potansiyel olarak pazara giriş yapanlar açısından ciddi sorunların doğması söz konusu ise bu durum tesisin ‘zorunlu’ sayılması için yeterli olup tesisin kaçınılmaz (*indispensable*) olması gerekmektedir.” ifadesine yer verilmiştir. Bu kararda zorunluluk için aranan eşik, oldukça alt bir düzeye çekilmiştir. (Erişim) <http://openjurist.org/444/f2d/931/hecht-v-pro-football-inc>, 17.08.2011.

⁹⁸ ÜNVER, s. 149.

⁹⁹ Rekabet Kurulunun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar263.pdf>, 19.06.2011.

saptanması ve nihayetinde de hâkim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsura sahip olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Zorunlu unsurun tespitinde; o unsurun benzerinin, alternatifinin mâkul şartlarda yapılamaması şartı arandığı gibi, zorunlu unsurun tespitinden sonra ise, bir rekabet ihlali olarak kabul edilip sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için zorunlu unsura sahip olan teşebbüs ya da teşebbüslerin bu unsurdan yararlanmak isteyen diğer teşebbüslerin taleplerini haklı bir gerekçe olmadan reddetmeleri gerekmektedir¹⁰⁰.

Zorunlu unsur sahibinin yükümlülüğü, Rekabet Hukuku açısından ele alındığında *ex post* (ardıl), Telekomünikasyon Hukuku açısından ele alındığında ise *ex ante* (öncül) nitelikte bir tedbirdir. Doğrudan düzenlenmeyen ve mahkeme kararları ile doktrin ışığında gelişen zorunlu unsur kavramı ve bu unsurun sahibine yüklenen yükümlülüklerin Rekabet Hukuku içtihatları ile belirgin bir çerçeveye kavuştuğu söylenebilir¹⁰¹.

B) Zorunlu Unsur Doktrini Nedeniyle Sözleşme Özgürlüğünün Kısıtlanması

“Zorunlu unsur” kavramı Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile, Rekabet Hukukundaki; piyasalarda etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülebilmesi, iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla piyasalara yapılan müdahalenin kesiştiği noktada bulunan bir kavramdır. Rekabet Hukuku açısından “zorunlu unsur” kavramının önemi, bu kavramın kabulü hâlinde teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesidir.

¹⁰⁰ GÜVEN, s. 17-18.

¹⁰¹ ÜNVER, s. 150.

Yukarıda ilgili bölümde ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, Borçlar Hukukuna hâkim olan temel ilkelerden birisi de “*irade serbestîsi*” ilkesidir¹⁰². “*İrade serbestîsi*” ilkesi başlığı altında yer alan “*sözleşme serbestîsi*” ilkesi ise; sözleşmenin karşı tarafını seçme, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama serbestîsini kapsadığı gibi, sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyebilme, diğer bir ifade ile istediği şekil ve içerikte sözleşme yapabilmeyi de kapsamaktadır¹⁰³. BK. m.19 f.1’de, “*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.*” hükmü yer almaktadır.

Tarafların istedikleri şekil ve şartlarda sözleşme yapabilmesi yani “*sözleşme serbestîsi*” sınırsız değildir. “*Sözleşme serbestîsi*” ilkesine kanundan kaynaklanan istisnalar getirilebileceği gibi daha önceden verilmiş olan bir taahhülden kaynaklanan istisnalar da getirilebilir¹⁰⁴. Sözleşme yapma serbestîsine getirilen sınırlamalar kapsamında, tezimiz bağlamında önem taşıyan nokta, kanunla ilgili taraflara “*sözleşme yapma zorunluluğu*”nun getirilebilmesidir. Sözleşme yapma serbestîsine; kamu hizmeti, kamu yararı, ulusal güvenlik, sosyal ve ekonomik sebepler ya da tüketicinin korunması gibi çeşitli nedenlerden dolayı sınırlama getirilebilmektedir. Ancak sözleşme serbestîsi prensibinin esas, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesinin ise istisna olduğu unutulmamalıdır.

Sözleşme yapma serbestîsine, Kamu Hukuku kapsamında yer alan kanunlarla¹⁰⁵ sınırlama getirilebileceği gibi Özel Hukuk kapsamında ya da Karma Hukuk olarak adlandırılan alanda yer alan kanunlarla, olağan dönemlerde ya da kriz gibi olağanüstü dönemlerde de sınırlama

¹⁰² Doktrinde irade serbestîsi ilkesi; sözleşme serbestîsi, eşitlik ilkesi ve şekil serbestîsi şeklinde alt başlıklara ayrılarak incelenmektedir. Bkz. EREN, s. 18-19.

¹⁰³ Sözleşme serbestîsi ve sınırları hakkında bilgi için bkz. EREN, s. 18-19, 267 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 19-23; REİSOĞLU, s. 101 vd.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 19.

¹⁰⁵ Kamu hukuku-Özel hukuk ayrımı için bkz. OĞUZMAN, Kemal M./ BARLAS, Nâmi: **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 11. Bası, İstanbul Eylül 2003, s. 3-4.

getirilebilmekte¹⁰⁶ ve taraflar sözleşme yapma zorunluluğunda bırakılabilmektedir. Örneğin, kamu hizmeti anlayışının hâkim olduğu ulaşım hizmetlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile bunlara bağlı teşekküller, istedikleri kişilerle sözleşme yapma serbestisine sahip olmayıp, şartları yerine getirerek başvuran herkesle ayırım yapmadan sözleşme imzalamakla yükümlüdürler. Yine ağ şebekesine sahip olunan sektörlerde, bu kapsamda sözleşme yapma zorunluluğu getirilebileceği gibi, tüketicinin korunması amacıyla ya da piyasadaki serbest rekabetin korunması kapsamında ilgili piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilmektedir. Sözleşme serbestisi kapsamında yer alan “sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü”, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda uygulanmamaktadır.

Serbest piyasa ekonomisinin dayanağını Anayasanın 35. ve 48. maddeleri oluşturmaktadır. Anayasanın 48. maddesinin ilk fıkrası, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” ve yine 35. maddesinin ilk cümlesi, “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*” şeklindedir.

Teşebbüs hürriyetinin sınırları Anayasanın 167. maddesinde devlete verilen görev ile somutlaştırılmıştır. Buna göre; “*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeleri önler.*” Ayrıca 172. maddenin gerekçesinde; “*Tüketicinin korunması ancak serbest piyasa ekonomisinde mümkün olabileceğinden, bu piyasanın gereklerine uygun olarak serbest rekabet şartlarının sağlanması, tekel ve kartellerin önlenmesi gerekmektedir.*” hususuna yer verilmiştir.

¹⁰⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s.144-149.

Benzer ifade 137. maddenin gerekçesinde, “Devletin tüketiciyi korumak için getireceği tedbirlerin tüketiciyi koruyucu niteliği olduğu kadar, rekabeti teşvik edici ve koruyucu yönünün de bulunması gerekir. Ayrıca tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim hem de hizmet sektöründe önlemek, hâkimiyetlerini dağıtmak, sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmezdir.” şeklinde yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen hükümler göz önünde bulundurulduğunda, serbest piyasa ekonomisinde teşebbüs hürriyetinin, mülkiyet hakkı ile beraber sistemin çatısını oluşturduğu, bu hakların kötüye kullanılarak sistemin özüne zarar verilmemesi için devlete tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi verildiği görülmektedir. Bu görevin yerine getirilmesi rekabet kurallarının uygulanması şeklinde olacaktır. Dolayısıyla rekabet kuralları ile korunan menfaat, bireysel menfaat değil, kamu menfaatidir¹⁰⁷.

4054 sayılı RKHK'nin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde; “...mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak” hususuna yer verilmiş olup, bu maddede belirtilen amaca ulaşılabilmesi için teşebbüslere piyasa içindeki konumlarına ve pazar güçlerine göre, birbirinden farklı yükümlülükler getirilebilmektedir. Bu anlamda, ilgili piyasada hâkim durumda olan ile olmayan teşebbüslerin faaliyetlerinde dikkat edecekleri Rekabet Hukuku hükümleri, birbirinden çok farklı nitelikler taşıyabilmektedir. Çünkü piyasa içinde hâkim durumda olan bir teşebbüsün gerçekleştirdiği bir eylemin ilgili piyasadaki rekabet koşullarına etkisi olumsuz olabileceken, aynı eylemi hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün gerçekleştirdiği durumlarda böyle bir etki söz konusu olmayabilecektir. Bu nedenle, hâkim durumda bulunan

¹⁰⁷ KARA, Alper Fevzi: **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması ABD ve AT Uygulamalarından Dersler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 18, Ankara 2003, s. 47 vd.

teşebbüsün sorumluluğu bu durumda olmayan teşebbüslere göre daha fazladır. Bu durum tamamıyla rekabet kurallarının Anayasanın 167. maddesinde belirtilen toplumun genel çıkarını, bir başka ifade ile rakipleri değil rekabeti koruyucu niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Herhangi bir nedenle pazar gücü elde ederek hâkim duruma gelen teşebbüs veya teşebbüsler, esas itibarıyla etkin rekabetin var olduğu bir pazarda söz konusu olacak baskılardan uzak ve bağımsız hareket edebileceğinden, hâkim durumunu kötüye kullanabilir. 4054 sayılı RKHK'nin 6. maddesine göre; *“Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması”* kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlardandır¹⁰⁸. Rakibin piyasaya girişi için zorunlu olan mal ve hizmetin sağlanmasının reddedilmesi durumunda, Rekabet Hukukunda *“zorunlu unsur doktrini”* adı verilen kavram devreye girmektedir.

Rekabet Hukukunda, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesi için, beş koşulun karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu koşullar şu şekilde belirtilmiştir¹⁰⁹:

- Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkânsız olduğunun belirtilmesi,
- Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması,
- Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması,

¹⁰⁸ SU, Kemal Tahir: **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 12, Ankara 2003, s. 14 vd.

¹⁰⁹ YANIK, Mehmet: **Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 19, Ankara 2003, s. 22 vd.

- Erişim talep eden teşebbüsün mâkul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması,
- Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması.

Borçlar Hukukunda yer alan temel ilkelerden birisi olan “*irade serbestîsi*” ilkesinin altında yer alan sözleşme serbestîsi ilkesi ile sözleşmenin karşı tarafını seçebilme, sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyebilme, diğer bir ifade ile istediği şekil ve içerikte sözleşme yapabilme imkânı söz konusu olmaktadır. Hâkim teşebbüs, elbette ki sözleşme serbestîsi ilkesinden yararlanacaktır. Ancak Rekabet Hukukunda, hâkim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmaktan kaçınmaları, belirli şartlar altında, RKHK m. 6 hükmünün ihlali olarak değerlendirilebilmektedir¹¹⁰. Bu nedenle hâkim teşebbüs sözleşme yapıp yapmayacağına karar verirken ya da karşı tarafı seçerken; haklı nedene dayanmayan bir ayrımcılık yapamayacak, rakiplerinin mâkul bir bedel karşılığında, olmazsa olmaz araçlardan yararlanmalarını engelleyemeyecek, sözleşmenin diğer tarafı istemediği halde, sözleşmelere adil ve dürüst olmayan tarzda, birtakım ek yükümlülükleri dâhil edemeyecek, bir malın ya da hizmetin alımını, başka mal veya hizmetlerin de alımı şartına bağlayamayacaktır. Aksi durumda, Devlet, Rekabet Hukuku vasıtasıyla müdahalede bulunmakta, hâkim teşebbüs, rekabeti zayıflatmama yönündeki özen borcuna uygun davranmaya zorlanmakta, başka bir ifade ile, rekabetin, müşterinin ve tüketicilerin korunması zorunluluğu, sözleşme serbestisi ilkesine tercih edilmektedir¹¹¹.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun zorunlu olduğunun kabul edilmesinden sonra diğer şartlar da oluşmuşsa teşebbüse

¹¹⁰ GÜRZUMAR, s. 39.

¹¹¹ KISA, Seda Ulaş: *AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, İstanbul 2004, s. 24.

sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi, zorunlu unsur konusunun Rekabet Hukukundaki önemini teşkil etmektedir¹¹².

Doktrinde ASLAN'a göre, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hâkim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukukî, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir. Bu doğrultuda doktrinin uygulama alanı, enerji (elektrik, gaz), telekomünikasyon gibi şebekelerin önemli rol oynadığı sektörler ile ulaşım (demiryolu, liman, havayolu) alanlarında ortaya çıkmaktadır¹¹³.

Telekomünikasyon sektöründe sabit telefon kullanıcılarına yerel ağları kullanmadan erişmek mümkün değildir. Bu nedenle yerel ağlar tüketiciye ulaşmada bir “zorunlu unsur” niteliği taşımaktadır. Pazara yeni girecek olan firmaların bu alandan yararlandırılmaması, pazara giriş engeli yaratılması anlamına gelmektedir. Üst pazarda ve alt pazarda faaliyet gösteren yerleşik işletmecinin, teknolojik gelişmeyle birlikte pazarda liberalleşme hareketleri başlayınca, pazarın alt kısmını yeni oyunculara açması, zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ele alınmaya başlamıştır¹¹⁴.

Hâkim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu, buna karşılık olarak talepte bulunan teşebbüse de ekonomik açıdan orantılı ve mâkul bir bedel ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Zorunlu unsura sahip olan teşebbüs objektif ve haklı gerekçelere dayanarak anlaşma yapmayı reddedebilir. Objektif ve haklı gerekçeler yoksa talebin karşılanması hukukî

¹¹² GÜVEN, s. 251.

¹¹³ ASLAN, s. 500.

¹¹⁴ SARI, s. 9.

ve teknik açıdan orantılı ve mâkul ise, zorunlu unsurdan yararlanma talebi reddedilmez¹¹⁵.

Bu gibi sorunların ortaya çıkmaması için, zorunlu unsurdan yararlandırma veya ürün satım şartlarının da belirlenmesi gerekir. Bu şartların başında ürünün kalitesi, fiyatı ve yararlandırma süresi gelmektedir. Fiyat belirlemede eşit fiyat uygulaması yaklaşımı benimsenmektedir. Buna göre, ürün alanlara eşit fiyattan ürün satılmalıdır¹¹⁶.

Zorunlu unsur doktrininin yararlanmak isteyen teşebbüsler, zorunlu unsurdan faydalanılabilmesi için kendilerinden talep edilen bedelin yüksek belirlenmesi sonucunda, pazardan dışlanmalarının söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Bedelin düşük tespit edilmesi hâlinde ise, zorunlu unsura sahip olan teşebbüsler sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak ve katlandıkları maliyet ve riskleri de hesaba katarak, uzun ve zahmetli bir süreç sonunda elde ettikleri unsuru, rakip olarak gördükleri teşebbüslerle paylaşmak istememektedirler. Ayrıca bu durum, diğer teşebbüslerin hiçbir riske ve maliyete katlanmadan rahat bir şekilde bu unsurdan faydalanmalarını sağlayacaktır ki bu da bedava kullanım problemini gündeme getirebilecektir¹¹⁷. Bu nedenle talep edilecek olan bedel mâkul, aynı zamanda yenilik ve yatırım yapma isteğini yok etmeyecek ölçüde belirlenmelidir¹¹⁸.

Doktrinin temel esaslarının belirlenmesiyle birlikte, RK'nın her somut olaya göre, zorunlu unsur doktrininin istisnai bir uygulama olduğu ve

¹¹⁵ GÜVEN, s. 258.

¹¹⁶ GÜL, İbrahim: **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:2, Ankara 2000, s.128.

¹¹⁷ GÜRZUMAR'a göre, böyle bir uygulamanın istisnai niteliği ne kadar arttırılırsa, doktrine olumsuz yaklaşan yazarların bahsettiği riskler de o derece ortadan kalkacaktır. Keza, doktrinin yatırım ve yenilik motivasyonunu azaltmak suretiyle iktisadi etkinliğe yapacağı olumsuz etki, doktrinin sadece uygulanması gereken yerde devreye sokulması, uygulanmasını gerektirmeyen koşullarda ise uygulanmamasıyla yakından ilgilidir ki, bunun da sadece zorunlu unsur doktrinine has bir mesele olduğu söylenemez. GÜRZUMAR, s. 223.

¹¹⁸ ÖLMEZ, s. 66.

istisnaların dar yorumlanması gerektiği şeklindeki kuralı dikkate alarak, zorunlu unsurun bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekmektedir¹¹⁹.

Nitekim TTAŞ tarafından TNet A.Ş.'ye, diğer işletmecilere sağlanmayan satış ve tahsilat hizmetlerinin sağlandığı iddiası üzerine TTAŞ hakkında RK'ya yapılan başvuru üzerine, RK nezdinde yürütülen Ön araştırma sonucunda verilen Rekabet Kurulu Kararı¹²⁰ ile, başvuru konusu iddialar ile ilgili olarak 4054 sayılı RKHK'nın 41. maddesi uyarınca TTAŞ hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.

Anılan Rekabet Kurulu Kararında; perakende genişbant internet hizmetleri pazarında faaliyet göstermenin şikâyet konusu yapılan unsurlar olmaksızın imkânsız olmadığı ve söz konusu satış, faturalama, pazarlama faaliyetlerini İSS'lerin kendi imkânlarıyla veya alternatif kaynaklarla gerçekleştirebildikleri ya da gerçekleştirebileceklerinin görüldüğü, dolayısıyla, TTAŞ'nin söz konusu unsurları sadece TNet A.Ş.'ye kullandırarak rakiplerine açmayı reddetmesinin 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin ihlali olmayacağı kanaatine ulaşıldığı, konuya ilişkin RK tarafından BTK'dan alınan görüşte, TTAŞ tarafından TNet A.Ş.'ye sunulan satış, tahsilât, pazarlama ve çağrı merkezî vb. hizmetlerin telekomünikasyon tanımı içine girmediği, ayrıca söz konusu hizmetlerin zorunlu unsur kapsamında olmadığı, alternatif işletmeciler tarafından da bu hizmetlerin tedarik edilebileceği düşünüldüğünden, bahse konu hizmetler kapsamında TTAŞ'nin ayırım gözetmeme yükümlülüğüne tâbi olmadığı ifade edilmiştir.

Zorunlu unsuru vermemenin kötüye kullanma sayılabilmesi için; zorunluluğun herkes için aynı derecede olması, işin alternatifinin olmaması, işin yapılabilmesi için her zaman bu unsura ihtiyaç olması gerekmektedir. RK,

¹¹⁹ GÜVEN, s. 262.

¹²⁰ Rekabet Kurulunun 03.06.2009 tarih ve 09-26/537-127 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2926.pdf>, 18.06.2011.

roaming kararında zorunlu unsur kavramına oldukça geniş bir açıdan bakarak, istisnai kavramları bir araya getirmiş ve zorunlu unsur doktrinine farklı bir bakış açısı geliştirmiştir. RK, birçok eleştiriye maruz kaldığı söz konusu Kararında, öncelikle 2813 sayılı Kanun mülga m. 7 gereğince telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, BTK'nın görüşünü ve yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate almak zorunda olduğundan, kendisine yapılan başvuru üzerine konuya ilişkin olarak BTK'dan görüş talep etmiştir. Yapılan inceleme ve BTK'nın görüşü de dikkate alınarak; *“ulusal dolaşımın piyasaya yeni girecek olan teşebbüsler için zorunlu unsur olarak kabul edildiği, olayda piyasaya yeni girecek olan teşebbüsle ulusal dolaşım anlaşması yapılmasının reddedilmesi yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabileceğinden soruşturma açılması için ciddi ve yeterli kanıt olduğuna”* karar verilmiştir¹²¹. Soruşturma kapsamında taraflar; mahkeme kararları ile ulusal dolaşım anlaşmasının yapılması durdurulmuş iken RK'nın ulusal dolaşım verilmesi emri içeren ve böylece mahkeme kararını etkisiz kılan bir idarî işlem yapamayacağını, telekomünikasyon sektörünün regülasyona tâbi bir sektör olduğunu, bu sektörün 4502 sayılı Kanun çerçevesinde BTK tarafından düzenlendiğini, bu nedenle 4054 sayılı Kanunun bu sektörde uygulanamayacağını, unsurun alternatifinin kurulmasının mümkün olduğu gerekçesiyle ulusal dolaşım konusunda zorunlu unsurun söz konusu olmadığını, maliyetlerle ilgili hususların giriş engeli oluşturmadığını, talebin karşılanmasında teknik kısıtlamaların bulunduğunu ve yeterli boş kapasite olmadığını belirtmişlerdir¹²². RK bu iddiaları dikkate alarak şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır:

“GSM piyasasının kilit unsuru bu altyapı sistemidir. Yatırım miktarının yüksekliği nedeniyle piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin girişleri oldukça güçleşmektedir. GSM hizmetleri piyasasında bir teşebbüsün piyasaya girebilmesi abone kazanımlarıyla mümkündür. Abone kazanımı ise

¹²¹ Rekabet Kurulunun 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kararı.

¹²² GÜVEN, s. 265.

GSM firmasının kapsama alanı ile çok yakından ilgilidir. Tüm Türkiye'yi kapsama alanına alamayan bir GSM firması piyasaya girişi tam olarak gerçekleştirmiş sayılmayacaktır. Bu nedenle İş-TİM'in, kendisinden yaklaşık 6 yıl önce faaliyete başlamış ve kapsama alanlarını %95'in üzerine çıkarmış Turkcell ve Telsim ile eşit koşullarda rekabet edebilmesi için kapsama alanı konusundaki dezavantajlarını gidermesi öncelik teşkil etmektedir. Kullanıcıların kapsama alanına duyarlı olmaları sebebiyle, İş-TİM'in pazara fiilen girişi zordur. İlk olarak ifade edilen dönemde Türkiye geneline hizmet sunan daha önce kurulmuş bir altyapı olmadığı ve sonucunda %100 kapsamaya duyarlı kullanıcı kitlesi bulunmadığından "%100 kapsama" piyasaya giriş için bir zorunlu unsur olarak kabul edilmemekteydi. Bu dönemde Turkcell ve Telsim hem abone kazanarak nakit girişi elde etmişler hem de bu nakit girişinin sağladığı finansman gücüyle yatırımlarını gerçekleştirmişlerdir. İş-TİM'in piyasaya girdiği dönemde ise, Turkcell ve Telsim'in Türkiye'nin genelini kapsamaları nedeniyle abone elde etmeleri ve bu abonelerden gelecek nakit girişiyle yatırımlarını gerçekleştirmeleri söz konusu değildi. İş-TİM'in 5 yıl içinde Türkiye'nin genelini kapsama alanına almasının imtiyaz sözleşmesi ile öngörülmesi, piyasaya giriş sırasında %90'ın üzerinde kapsama alanına sahip olunmasının bir zorunlu unsur olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü tanınan bu 5 yıllık süre içinde piyasada rekabet edebilmesi için abone kazanması ancak zorunlu unsura erişebilmesi ile mümkündür. Bu nedenle, ulusal dolaşım piyasaya giriş açısından bir zorunluluktur. Ayrıca zorunlu unsur niteliğindeki hizmetin birlikte hâkim durumda olan iki teşebbüs tarafından sunulabilmesi hizmetin zorunlu unsur niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Soruşturma döneminde, İş-TİM'in GSM hizmetleri pazarında rekabet edebilecek kapsama alanına ulaşamamış olduğu, bu bakımdan İş-TİM'in yeterli kapsama alanına ulaşıncaya kadar diğer işletmecilerin altyapılarının "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca İş-TİM'in Turkcell ve Telsim'in Türkiye genelini kapsayan GSM altyapısına alternatif kendi altyapısını kısa sürede kurmasının teknik, hukukî ve ekonomik engeller nedeniyle imkânsız olduğu sonucuna varılmıştır.

Bir imkân/tesis/altyapının zorunlu unsur olarak kabul edilmesinden sonra, zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için bir reddetme eyleminin varlığı ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması gerekmektedir. Taraflar arasındaki anlaşmazlık, en çok fiyat konusunda ortaya çıkmış tarafların talep ettikleri fiyatlarla İş-TİM'in ödemeyi önerdiği fiyat arasında çok ciddi fark olduğu TK tarafından da tespit edilmiştir. TK, İş-TİM'in teklifinin fiyat dışında mâkul ve yerinde, Turkcell ve Telsim'in tekliflerinin kabul edilemez olduğunu bildirmiştir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in İş-TİM'in ulusal dolaşım talebini reddetmiş oldukları sonucuna ulaşılmıştır.

Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçeler olmadan İş-TİM'in bu unsura erişimini reddederek, RKHK m. 6/a'da örnek olarak belirtilen; "Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" gerçekleştirmesi, hâkim durumlarını "birlikte davranışları" ile kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in bu davranışları, RKHK m. 6'yı ihlal etmektedir.

RK kastın varlığı, kusurun ağırlığı ve Turkcell ve Telsim'in pazardaki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığını dikkate alarak Turkcell'e 2001 yılı net satışlarının %1'i oranında olan TL idarî para cezası verilmesine, Telsim'e ise yine 2001 yılı net satışlarının %1'i oranında olan TL idarî para cezası verilmesine karar vermiştir."

RK'nın bu konudaki değerlendirmelerini ve kararını dikkate aldığımızda, zorunlu unsurun belirlenmesi için gerekli şartlardan olan; "zorunluluğun herkes için aynı derecede olması", "işin alternatifinin olmaması", "işin yapılabilmesi için her zaman bu unsura ihtiyaç olması" kavramlarının göz ardı edildiği görülmektedir. Nitekim doktrinde ASLAN da haklı olarak, bu karar ile, en azından üç farklı alternatifi olan (Turkcell, Telsim ve yatırımları bizzat yapmak) bir unsurun, zorunlu unsur olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Zaten dördüncü GSM işletmecisi roaming yapmak

yerine, yatırımlarını hızlandırmayı tercih etmiştir. Böylece rakiplerinden biri için zorunlu olmayan bir unsur diğeri için zorunlu kabul edilmiş, yani objektif zorunluluk değil, sübjektif zorunluluk ortaya çıkmıştır. Ayrıca, bu Karar ile geçici bir süre için zorunlu unsur kavramı kabul edilmiş olmaktadır. Çünkü işletmecisi, beş yıl sonunda zaten tüm yatırımları kendisi yapmış olacaktır. Pazara “*derha*” girebilmek için zorunluluk gibi bir durum ortaya çıkmış, başka bir deyişle, söz konusu unsurun işin yapılabilmesi “*her zaman*” zorunlu olması gerekliliği aranmadan sadece “*derha*” pazara girebilmek için zorunlu olması yeterli görülmüştür. Sonuç itibarıyla, RK şimdiye kadar teşebbüslere uygulanan cezalara göre rekor sayılabilecek yükseklikte para cezaları uygulamıştır. RK’nın anılan Karar ile, istisnai birer durum kabul edilen “*birlikte hâkimlik*” ve “*zorunlu unsur*” kavramlarını bir araya getirdiği, zorunlu unsurla ilgili aranan tüm objektif koşulları ortadan kaldırdığı ve bir teşebbüsün sübjektif ihtiyaçlarına göre karar verdiği görülmektedir¹²³.

C) Zorunlu Unsurlara Erişimin Reddedilmesine İlişkin Sorunlar

Zorunlu unsur kavramı ve bu unsurları elinde bulunduranların yükümlülükleri, oldukça geniş içerikli ve esnek hükümler içeren rekabet kanunlarının yorumundan kaynaklanmaktadır. Bunun temel nedeni, Avrupa Topluluğunun kurucu anlaşması olan Roma Anlaşmasının 82. maddesi ile mevzuatımızda söz konusu maddeye karşılık gelen Roma Anlaşmasından iktibas edilen 4054 sayılı RKHK’nın 6. maddesinde öngörülen ‘*hâkim durumun kötüye kullanılması halleri*’nin sınırlı sayıda (tahdidî) olmamasıdır. Son derece geniş bir şekilde düzenlenen bu madde hükmünün uygulanması sırasında, rekabeti kısıtlayıcı tarzda anlaşma yapmayı reddetmenin de bir tür hâkim durumu kötüye kullanma olduğu, bu çerçevede hâkim durumdaki bir işletmecinin piyasadaki rekabeti kısıtlayacak veya bozacak şekilde, zorunlu unsur niteliğindeki bir altyapıya erişim anlaşması yapmaktan kaçınmasının bir tür kötüye kullanma eylemi sayılacağı fikri yaygınlaşmaya başlamıştır.

¹²³ ASLAN, s. 503 vd.

Özellikle serbestleşme süreci ve rekabet politikalarının yoğun olarak hissedildiği 1990'lı yıllarda, zorunlu unsurların, talep edilmesi hâlinde, aksini gerektiren objektifler nedenler bulunmadıkça, üçüncü kişilerin kullanıma sunulması gereği Rekabet Hukukunda benimsenen bir ilke haline gelmiş ve bazı ülke rekabet kanunlarında bu konuda düzenlemeler yapılmıştır. Zorunlu unsur kavramının ve zorunlu unsurların belirli koşullar altında paylaşım açılması gereğinin doktrinde yerleşmesi, '*zorunlu unsur doktrini*' adıyla bir doktrinin ortaya çıkmasını sağlamış ve özellikle enerji, gaz, telekomünikasyon, demiryolları, deniz ve hava yolu işletmeciliği gibi şebeke endüstrileri bu doktrinin temel uygulama alanları haline gelmiştir.

Farklı şebeke endüstrilerinde görülen erişimi reddetme sorunlarının tipik bir alt türünü oluşturan zorunlu unsurların reddedilmesine ilişkin sorunlar, telekomünikasyon sektöründe de özellikle serbestleşme sürecinde sıklıkla yaşanmaya başlanmıştır. 1934 yılında yasalaşan Haberleşme Kanununun 1996'ya kadar yürürlükte kaldığı ve yargı kararlarının serbestleşme dâhil olmak üzere sektörel politikaları şekillendirdiği ABD'de bu durum açıkça görülmekte olup, özellikle zorunlu unsurlara erişimi konu alan bazı mahkeme kararları bu hususu teyit etmektedir. ABD telekomünikasyon sektöründe yerel telefon hizmetlerinin, uzak mesafe ve uluslararası telefon altyapı ve hizmetlerinden ayrılmasına yönelik olarak 1982'de alınan ve yerleşik işletmeci AT&T'nin bölünmesi sonucunu doğuran mahkeme kararının ardından, zorunlu unsur doktrinine daha da sık başvurulduğu görülmektedir¹²⁴.

Zorunlu unsur doktrininin telekomünikasyon sektörüne uygulanması açısından ilk dava özelliği taşıyan, *MCI Communication v. American AT & T Co.*¹²⁵ ile getirilen dört koşullu test ile, hukuksal açıdan öngörülebilir bir kimliğe kavuşan zorunlu unsur doktrini, başlangıçtaki esnek yorumlardan

¹²⁴ ÜNVER, s. 153.

¹²⁵ MCI Communications v. AT&T, (Erişim) <http://openjurist.org/708/f2d/1081/mci-communications-corporation-mci-v-american-telephone-and-telegraph-company>, 01.08.2011.

büyük ölçüde arınmış ve uygulanma koşulları ve sınırları açısından belirgin bir hale gelmiştir. *MCI Communication v. American AT & T Co.* davası, santraller arası taşıyıcılık yapan MCI şirketi ile yerleşik işletmeci olan ve yerel telefon şebekesini kontrolünde bulunduran AT&T arasındaki bir arabağlantı anlaşmazlığı üzerine gelişmiş ve mahkemeye intikal etmiştir. Mahkeme, yerel ağ üzerinden mâkul şartlarda trafik taşınmasına izin vermeyen ve MCI ile arabağlantı yapmaktan kaçınan AT&T'yi haksız bulmuş ve aşağıdaki kararı vermiştir:

“Belirli koşullar altında bir tekelci teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesi zorunlu unsur doktrinine tâbidir. Bu şekildeki bir reddetme eylemi, tekolci teşebbüs üretimin bir aşamasındaki tekolci gücünü diğer bir aşamasına uzattığı için ... hukuka aykırı olabilir. Böylece antitröst hukuku bir zorunlu unsuru kontrol eden tekolci teşebbüsler üzerine üçüncü taraflarla ayrımcılık yapmadan anlaşma yükümlülüğü getirir.”

Mahkeme, bu tespitinden hemen sonra diğer mahkeme kararlarına atıf yapmak suretiyle, zorunlu unsur doktrininin uygulanma koşullarını;

- Zorunlu unsurun bir tekolci teşebbüs tarafından kontrolü,
- Rakip firmanın zorunlu unsuru pratik olarak ve mâkul şartlarda yeniden inşa edememesi,
- Tekolci teşebbüsün rakip firmanın zorunlu unsuru kullanım talebini reddetmesi,
- Zorunlu unsurdan faydalanmanın imkân dâhilinde olması,

olarak sıralamıştır¹²⁶.

Telekomünikasyon sektörü açısından değerlendirildiğinde, AB mevzuatı ve mevzuatımız kapsamında erişimin sağlanması ve erişim

¹²⁶ ÜNVER, s. 154.

düzenlemelerine yer verilse de zorunlu unsur kavramı ve zorunluluk analizine atıf yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte AB’de Komisyon Kararları, Ülkemizde de Rekabet Kurulu Kararları kapsamında bazı telekomünikasyon şebekesi bileşenlerinin zorunlu unsur niteliğinde görüldüğü anlaşılmaktadır¹²⁷.

Ülkemizde yerel telefon şebekesinin zorunlu unsur niteliği, Rekabet Kurulunun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararında da belirtilmiş olup, anılan Kararda, aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“TTAŞ’ın (Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin) ilgili pazarlardaki konumu zorunlu unsur doktrini çerçevesinde incelendiğinde aşağıdaki tespitler yapılmaktadır:

-Mevcut ses ve altyapı nedeniyle, bu hizmetlerin ana girdiyi oluşturduğu soruşturma konusu ilgili pazarlarda, yerel telefon şebekesi ve kablo TV şebekelerinden yerel kullanıcılara erişim ve kiralık hatların TTAŞ tarafından kontrol edildiği görülmektedir.

-Bu yerel şebekelerin yukarıda belirtilen nitelikleri gereği doğal tekel niteliği arz etmeleri, kiralık devrelerde ise süregelen yasal tekel nedeniyle bir rakibin pratik olarak ve mâkul bir şekilde bu altyapıları kurması imkânsız gözükmemektedir.

Bu tespitler doğrultusunda, TTAŞ’ın tek sağlayıcı konumunda olduğu hizmetlerin zorunlu unsur olarak nitelendirilebileceği ortaya çıkmaktadır.”

Rekabet Kurulunun yukarıdaki kararında, yerel şebekelerin zorunlu unsur niteliğinin, TTAŞ’nin tek sağlayıcı ya da doğal tekel özelliğiyle ilişkilendirildiği görülmektedir. Ancak, Kurulun müteakiben aldığı 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kararında bu yaklaşımdan vazgeçtiği görülmektedir. Zira söz konusu Kararında; Rekabet Kurulu, GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda bulunan Turkcell İletişim

¹²⁷ ÜNVER, s. 156.

Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'ne (Telsim) ait altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında zorunlu unsur niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

Her ne kadar anılan Rekabet Kurulu kararında Turkcell ve Telsim'in, sahip oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından İŞ-TİM'in ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve bunu objektif gerekçelere dayandırmadıklarından bahisle hâkim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullandıkları ve GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel oldukları belirtilse de, yapılan açıklamaların zorunlu unsur doktrininin uygulanması için yeterli hukuksal zemin oluşturduğu oldukça tartışılmıştır. Zira, anılan Kararda, *"Piyasanın şebeke niteliği, şebeke dışsallıkları, yerleşik operatörlerin pazar payları gibi hususlar dikkate alındığında, piyasadaki rekabetin İŞ-TİM ve Aycell'in kapsama alanlarını diğer operatörlerin büyüklüğüne ulaştıracakları zamana kadar ertelenmesinin, piyasa üzerinde istenilen etkiyi yapmayacağı, aksine bu sürenin sadece yerleşik operatörlerin hâkim durumlarını daha da güçlendirmelerine neden olacağı açıktır. Bu nedenle, ulusal dolaşım piyasaya giriş açısından bir zorunluluktur. Ayrıca, zorunlu unsur niteliğindeki hizmetin birlikte hâkim durumda olan iki teşebbüs tarafından sunulabilmesi hizmetin zorunlu unsur niteliğini ortadan kaldırmamaktadır."*¹²⁸ denilmek suretiyle, doğal tekel yaklaşımından vazgeçildiği ve zorunlu unsur belirlenmesinde aranılan kriterlerin oldukça esnek hale getirildiği görülmektedir.

¹²⁸ Rekabet Kurulunun 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar785.pdf>, 19.08.2011, s. 48.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARABAĞLANTI VE ROAMİNG SÖZLEŞMELERİ

I- ARABAĞLANTI

A) Kavram

Arabağlantı kavramı; genel olarak, iki işletmeci arasında yapılan ve finansal, hukukî ve teknik bazı ayrıntıları ihtiva eden bir sözleşme kapsamında, şebekeler arasında karşılıklı erişimin sağlanmasını ifade etmektedir. Kısaca, birden çok telekomünikasyon şebekesinin birbiriyle irtibatlandırılması şeklinde tanımlanabilecek olan “arabağlantı”, 5809 sayılı EHK’nın 3. maddesinin (e) bendinde, “*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 bağlanması,*” şeklinde tanımlanmıştır.

İletim ortamına ve kullanılan teknolojiye bakmaksızın erişimin türlerini tek bir çatı altında düzenleyen 2002 AB Düzenleyici Çerçevesinde yer verilen ‘arabağlantı’ tanımı, yukarıda açıklanan arabağlantı türlerini kapsamaktadır. Zira, arabağlantıyı oldukça geniş ele alan 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinde, “arabağlantı”, “*bir teşebbüsün kullanıcılarının, aynı veya farklı bir teşebbüsün kullanıcıları ile irtibatının veya başka bir teşebbüs tarafından sağlanan hizmetlere erişiminin sağlanması için aynı veya farklı bir teşebbüs tarafından kullanılan kamu haberleşme şebekelerinin fiziksel ve mantıksal bağlantısı*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre; hangi işletmecinin kontrolünde olduğundan bağımsız olarak, genelde iki veya üç farklı şebekenin kullanıcıların birbiriyle irtibatının sağlanması veya bir şebekenin kullanıcılarının, diğer şebekeler üzerinden hizmet sunan teşebbüsler tarafından sağlanan hizmetlere erişim sağlaması için birbiriyle fiziksel ve

mantıksal bağlantısına ‘arabağlantı’ denilmektedir¹²⁹. Yukarıdaki tanım kapsamında; sadece son kullanıcıların veya abonelerin değil, aynı zamanda telekomünikasyon hizmetlerinden yararlanmakla birlikte son kullanıcı veya abone olmayan kullanıcıların da birbirleriyle irtibatlandırılması, arabağlantının amaçları arasında zikredilmektedir. Ayrıca, tanım kapsamında yer verilen, ‘*bir kullanıcının başka bir teşebbüs tarafından sunulan her türlü hizmete erişimi*’ arabağlantının diğer bir amacı olarak belirtilmekte ve KARIYAWASAM’ın¹³⁰ dördü tasnifinde yer alan tüm arabağlantı türlerini karşılamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; arabağlantı, abonelerin veya son kullanıcıların birbirleriyle irtibatını sağlamaya yönelik olmanın yanı sıra, aynı zamanda birer kullanıcı olan işletmecilerin birbirlerinin sundukları hizmetlerden yararlanmak maksadıyla yaptıkları bir ‘*karşılıklı erişim*’ hizmeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, söz konusu hizmete Direktif ile yüklenen anlamın, 5809 sayılı EHK’da yer alan “*iki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması*” şeklindeki “arabağlantı” tanımından daha geniş bir muhtevaya sahip olduğu söylenebilecektir.

Türk Hukukunda telekomünikasyon ve arabağlantı ile ilgili konuların temel çerçevesi, 5809 sayılı EHK kapsamında düzenlenmektedir. Erişime ilişkin hususları ayrıntılı olarak düzenleyen Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, 5809 sayılı EHK’ya dayanılarak hazırlanmıştır. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, işletmecilerin erişim ve arabağlantıya ilişkin hak ve yükümlülükleri ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde uygulanacak usul ve esasları kapsamaktadır.

¹²⁹ ALTAS, Hüseyin: “Arabağlantı Sözleşmelerinin Önemi”, Telekom Dünyası Dergisi, Ocak 2008, s. 36.

¹³⁰ ÜNVER, s. 47.

B) Arabağlantının Önemi

Telekomünikasyon hizmetlerinin büyük bir kısmı doğal tekel niteliği göstermekte ve telekomünikasyon hizmetlerinin verilebilmesi için telekomünikasyon şebekelerine geniş anlamda erişimin uygun koşullarda sağlanması gerekmektedir. Piyasaya yeni giren bir işletmecinin şebeke unsurlarına erişememesi ya da diğer işletmeci ile mâkul şartlarda arabağlantı yapmamış olması hâlinde, yeni işletmecinin hizmet vermesi ve abonelere ulaşması oldukça zordur. Bu durum, şebeke unsurlarını elinde tutan yerleşik işletmeci adına önemli bir avantaj yaratmaktadır. Yerleşik işletmecinin bu güçlü konumunda, piyasaya yeni giren işletmeci ile yerleşik işletmeci arasında yapılması gerekli olan erişim ya da arabağlantı anlaşmalarının mâkul koşullar ile yapılamaması ve yerleşik işletmecilerin de tekel konumunda kalması ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. İşte bu nedenle söz konusu alan düzenleyici otoritelerin müdahalesine ihtiyaç duymaktadır.

Sektörde arabağlantı anlaşmalarının önemi TETRAULT tarafından şu şekilde dile getirilmektedir: *“Bugünkü telekomünikasyon sektöründe sunulan hizmetlerin çeşitliliğinin ve kalitesinin artmasında, arabağlantı anlaşmaları sayesinde yeni oyuncuların piyasaya girmesi ve bağlantılı olarak sektörün belirli segmentlerinde tekeldi yapının ortadan kalkmasının ve bunun sonucu olarak rekabet ortamının oluşmasının payı büyüktür. Bu anlamda arabağlantı, telekomünikasyon sektöründe rekabet ortamının korunması ve sürdürülebilir olması için dikkat edilmesi gereken en kritik faktör olarak görünmektedir.”*¹³¹ Yazar tarafından da ifade edildiği gibi, sektöre yeni oyuncuların girebilmesi ve tekeldi yapının ortadan kaldırılabilmesi, ancak arabağlantı anlaşmalarının varlığı hâlinde mümkün olabilecektir.

4502 sayılı Kanunun gerekçesinde arabağlantının önemi şu şekilde ifade edilmiştir:

¹³¹ TETRAULT, M., *Telecommunications Regulation Handbook (Draft)*, The World Bank, Washington D.C. 2000, s. 2.

“Arabağlantı telekomünikasyon sektörünün serbest rekabete açılması bakımından büyük önem arz etmektedir. Arabağlantı, liberal bir telekomünikasyon sektörünün can damarlarından biridir, zira arabağlantı yükümlülüğü net, açık ve güvenceli bir şekilde oluşturulamamış bir sektöre yeni bir işletmecinin girmesi ve telekomünikasyon hizmeti sunabilmesi, tüm ana telekomünikasyon şebekesini kendisi kurmadığı müddetçe fiziken ve teknik olarak imkânsızdır. Hâkim konumdaki mevcut şebekelerin işletmecilerinin arabağlantı taleplerini mâkul şartlar dairesinde karşılamamaları hâlinde, hukukî tekellerin yerini fiilî tekellerin alması söz konusudur. Bu nedenle başta Türk Telekom olmak üzere, belli nitelikleri haiz işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilmekte ve bu işletmecilere topluca “arabağlantı yükümlüsü” denmektedir.”

Telekomünikasyon sektörünün rekabete açılması ve serbestleşmenin başlaması ile birlikte, arabağlantı tüm Dünyada yerleşik işletmeciler ve piyasaya yeni giren işletmecilerin yanı sıra, regülâtörler ve politika yapıcılar açısından da en önemli konulardan biri haline gelmiştir. Tüm ülkelerdeki regülâtörler ve politika yapıcılar tarafından telefon kullanıcılarının, diğer işletmecilerin abonelerine ulaşabilmelerinin öncelikli bir öneme sahip olduğu kabul edilmekte olup, özelleştirme ve serbestleşme hareketleri ile birlikte arabağlantının bu önemi ve etkili arabağlantı politikalarının gerekliliği daha kuvvetli bir şekilde vurgulanmaya başlanmıştır.

Telekomünikasyon sektörünün serbestleşmesindeki temel amaçlar incelendiğinde, genel olarak pek çok sektörde devletlerin bir işletmeci olarak varlıklarını sürdürmek istememeleri gibi global yaklaşımları bir kenara bırakır isek; telekomünikasyon piyasasında serbestleşmenin sektörel açıdan gözettiği en önemli hedeflerden birisi, telekomünikasyon hizmetlerinde rekabetçi bir ortam yaratılarak tüketiciye, servis sağlayıcılar, fiyatlar ve sunulan servisler bakımından daha çok seçenek sunulmasıdır¹³². Ancak

¹³² OFTEL, **Interconnection Principles**, 1997, (Erişim) <http://www.oecd.org/dataoecd/49/54/1911821.pdf>, 19.08.2011, s.1.

telekomünikasyon piyasasının yapısal özellikleri nedeni ile ortaya konulan bu hedefe ulaşılabilmesi sadece piyasanın serbestleşmesi ve özel sektöre açılması ile mümkün değildir. Telekomünikasyon piyasasına hâkim olan bu özellikler şu şekilde sıralanabilir¹³³:

- Telekomünikasyon şebekeleri çok yüksek kurulum maliyeti olan şebekelerdir ve bu yüksek kurulum maliyetleri önemli bir piyasaya giriş engeli yaratmakta ve de yerleşik işletmeciye alt yapıya erişim konusundaki hâkim durumunu kötüye kullanma olanağı vermektedir.
- Telekomünikasyon sektöründe alt yapıya yapılan yatırımlar önemli bir batık maliyet (*sunk costs*) içermektedir.
- Sektör teknolojik değişikliklerin etkisini en çabuk gösterdiği sektörlerden biri olup, hızlı teknolojik gelişim telekomünikasyon alanında yeni pazarlar yaratmakta, yeni servisler ortaya çıkarmakta ve var olan servislerin kalitesini ve hızını arttırmaktadır.

Yukarıda sayılan özelliklere sahip telekomünikasyon sektöründe önemli uyumsuzluk alanlarından birini oluşturan arabağlantı, en genel anlamı ile iki ayrı telekomünikasyon şebekesinin birbirleri ile irtibatlandırılması sureti ile bu iki şebekenin abonelerinin birbirleri ile iletişiminin sağlanmasıdır ve arabağlantı rejimlerinin en temel amacı, işletmecilerin birbirleri ile irtibatının en yüksek seviyede sağlanmasının temini suretiyle, son kullanıcıların düşük bir maliyetle gelişmiş servisleri almalarının sağlanmasıdır. Bu nedenle, telekomünikasyon alanında tüketici yararının maksimize edilmesi ve rekabetin sağlanması için işletmecilerin tüm son kullanıcılara mâkul şartlarda erişiminin sağlanması şarttır¹³⁴.

¹³³ OECD, **Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, Indicators for the Assessment of Telecommunication Competition**, 2003, (Erişim) <http://www.oecd.org/dataoecd/4/22/2496809.pdf>, 19.08.2011, s. 9.

¹³⁴ CITEI, **Guidelines and Practices for Interconnection Regulation**, 1999, (Erişim) http://www.itu.int/ITU-D/treg/Legislation/CITEI/co-462_e.pdf, 19.08.2011, s.3.

Yukarıda da değinildiği üzere, şebekeler arasında erişimin sağlanması için özellikle piyasaya yeni giren işletmecilerin yerleşik işletmecilerden arabağlantı sağlaması gerekli olmasına rağmen, yerleşik işletmeciler bazı hallerde trafik ya da gelir kaybına uğramamak için piyasaya yeni giriş yapan işletmecilere arabağlantı sağlamak istememektedir. Yeni giriş yapan işletmecilere göre üstün bir konumda olan yerleşik işletmecilerin, piyasaya giriş yapmaya çalışan yeni işletmecileri kendi piyasalarının dışında tutması, bu nedenle arabağlantı sağlamaktan kaçınması da mümkün bulunmaktadır.

Yerleşik işletmecilerin arabağlantı sağlamayarak piyasaya girişleri engelleyebilme ihtimalinden bahsediliyor olmakla birlikte, esas olarak bu işletmecilerin diğer işletmecilere arabağlantı sağlamamaları hâlinde kendi abonelerinin de diğer işletmecilerin abonelerine erişemeyecek oldukları göz önüne alındığında, bu durum kısa vadede arabağlantı sağlanmayan küçük işletmeciler yanında yerleşik işletmeciler açısından da kayba yol açabilecektir. Bu itibarla, yerleşik işletmecinin sektördeki payı ile diğer işletmecilerin payları arasındaki farkın, yerleşik işletmeciler lehine çok yüksek oranlara ulaşmadığı hallerde arabağlantı tesis edilmemesinden ziyade, arabağlantının mâkul koşullarda tesis edilmemesinin bir sorun olarak ortaya çıkması daha yüksek bir ihtimaldir. Zira, bu halde yerleşik işletmeciler, kendi abonelerinin bir grup aboneye ulaşamaması riskini göze almaktansa, söz konusu abonelerin işletmecilerine yüksek fiyat ile arabağlantı tesis ederek, bu işletmecileri yüksek arabağlantı fiyatlarının ortaya çıkardığı ek maliyetle piyasa dışına itmeyi tercih edebileceklerdir.

Arabağlantı konusunda temel sorun arabağlantının tesis edilip edilmemesinden ziyade, arabağlantının mâkul şartlarla tesis edilebilirliği noktasında ortaya çıkmaktadır. Arabağlantının fiyatlandırmasının ve şartlarının, arabağlantı anlaşmalarının en temel iki unsurunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Arabağlantı fiyatlandırmasının önemi, bu fiyatlandırmanın firmaların kârlılığı ve maliyetleri üzerinde doğrudan etkili olmasından kaynaklanmaktadır. Zira, yüksek arabağlantı fiyatlandırması bir yandan

arabağlantı sağlayan yerleşik işletmecinin verdiği hizmetten yüksek oranda kâr etmesini sağlayacağı gibi, öte yandan diğer işletmecinin en önemli maliyet kalemlerinden birini oluşturacak olması nedeni ile bu işletmecinin maliyetlerini arttırıp kârlılığını azaltacaktır. Bunun dışında, yüksek maliyetlere katlanmak zorunda kalan işletmeci, bu maliyeti tüketicilerine yansıtmak zorunda kalacak, bu da söz konusu işletmecinin abonelerinin bir kamu hizmetini katlanılması gereken tutardan daha yüksek bir bedelle almalarına ve uzun vadede bu işletmecinin artan maliyetler ve abone kaybı nedeni ile sektör dışına itilmesine neden olabilecektir. Bu nedenle, regülâtörlerden arabağlantı konusunda beklenen en önemli müdahale alanı arabağlantı fiyatlandırması olup, maliyet bazlı bir fiyatlandırma, sektöre yeni giriş yapan işletmecilerin arabağlantı anlaşmalarına ulaşmasını kolaylaştırmaktadır.

Rekabet Kurulunun İş-TİM ile Aycell arasında imzalanan arabağlantı sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi ile ilgili olarak yapılan başvuru hakkında verdiği 17.06.2003 tarihli Kararında¹³⁵, arabağlantı fiyatlarının yüksekliğinin etkilerine de değinilmiştir. Kararda; arabağlantı ücreti, çağrıyı başlatan işletmecinin, başlatılan aramanın sonlanacağı noktaya kadar yolculuk edeceği şebekeleri kullanması karşılığında yetkili işletmeciye ödeyeceği ücret olarak tanımlanmıştır. Kararda, pazar payı diğerlerine göre belirgin durumda fazla olan işletmecilerin, arabağlantı fiyatlarını yüksek belirlemek ve şebeke dışsallığı etkisinden faydalanmak suretiyle rakiplerin pazara girişlerini zorlaştırabildiği; güçlü işletmecilerin, kullanıcıların yüksek arabağlantı ücreti ödememek için pazar payı yüksek olan işletmecinin şebekesi içerisinde kalarak ucuz görüşme olanaklarından faydalanmayı tercih etmesini sağlayabilmek için arabağlantı ücretlerini kullanabildiği ifade edilmektedir.

Pek çok ülkede telekomünikasyon piyasasında hukukî anlamda serbestleşme sağlanmış ve alt yapı üzerindeki kanuni tekeller ortadan

¹³⁵ Rekabet Kurulunun 17.06.2003 tarih ve 03-43/488-210 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar848.pdf>, 15.07.2011.

kalkmış olsa da, birçok ülkede fiilî tekeller devam etmekte, hâkim durumda bulunan yerleşik işletmecilerle piyasaya yeni giren işletmeciler arasında arabağlantı tesisi konusunda uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Arabağlantı sağlayamayan işletmecilerin, diğer şebekelerin kullanıcılara erişiminin sağlanamaması hâlinde, bu işletmecilerin fiilen hizmet verme imkânı kalmamaktadır. Arabağlantının yüksek ücretlerle sağlanması hâlinde ise, yüksek arabağlantı ücretleri tüketicilere yansıtılacak ve yeni işletmeciler bu yüksek ücretlerle tüketiciler nezdinde bir alternatif olmaktan çıkacak, sonuç olarak, serbestleşmiş bir telekomünikasyon piyasası oluşturma hedefine ulaşamayacaktır. Arabağlantı konusundaki düzenlemelerin iki temel hedefi; *“herkesin herkesle iletişiminin sağlandığı evrensel bir erişimin sağlanması”* ve *“telekomünikasyon piyasasının rekabete açılması”* olarak gösterilmektedir¹³⁶. Arabağlantı konusunda ortaya konulan bu hedefler, serbestleşmenin temel hedefleri ile örtüşmektedir. Dolayısıyla, arabağlantı konusu serbestleşmiş bir telekomünikasyon piyasasının oluşturulabilmesi için ortaya konulacak olan çerçeve içerisinde önemli bir yer almaktadır. Bu önemli konuda regülâtörler sağlıklı işleyen bir arabağlantı politikasının oluşturulmasında merkezî bir rol oynamalıdır¹³⁷.

Arabağlantı, telekomünikasyon sektöründe serbestleşmeyle birlikte rekabetin sağlanması ve sürdürülebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. İşletmeciler, abonelerinin diğer işletmecilerin abonelerine erişimini sağlamak durumundadır. Piyasaya yeni giren işletmeciler açısından yerleşik işletmeci ile mâkul şartlarda arabağlantı yapılması hizmet sunabilmek için zorunludur. Hâkim durumda olan bir işletmeci, sahip olduğu piyasa gücünü kullanarak rakiplerini piyasa dışına atmak isteyebilir. Bu çerçevede hâkim durumdaki işletmeci rakiplerine sattığı arabağlantı hizmetinin fiyatını yükseltebilir. Böylece rakip işletmecilerin maliyetleri artar ve söz konusu işletmeciler hâkim durumda olan işletmecinin son kullanıcılara

¹³⁶ TREVOR, Jordan: ITU Reginol Regulatory Seminar, **“Principles, Scope, Charges and Challenges in Interconnection”** Dalian 2002, (Erişim) <http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2002/china/pdf/34-doc8-1-jordan.pdf>, 11.08.2011, s. 3.

¹³⁷ OFTEL, **Interconnection Principles**, s.1.

sunduğu telefon hizmetlerinin fiyatları ile rekabet edemez. Yeni giren işletmecilerin yerleşik işletmeciler ile pazarlık gücü eşit olmadığından mâkul şartlarda arabağlantı hizmeti alabilmek için düzenleyici müdahaleye ihtiyaç duyulmaktadır. Başka bir deyişle, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere arabağlantı konusunda çeşitli yükümlülükler getirilmektedir¹³⁸.

Başlangıçta arabağlantı sözleşmeleri, farklı bölgelerdeki ve ülkelerdeki tekeller arasında yapılmıştır. Rekabet koşulları üzerinde herhangi bir etki yaratmadığı için genellikle düzenleyici kurumların müdahalesine de gerek duyulmamıştır. Ancak teknolojinin gelişimi ve telekomünikasyon hizmetlerinde başlayan liberalleşme hareketleri ile birlikte, birçok katma değerli hizmeti sunan farklı işletmecilerin şebekelerinin birbirleri ile irtibatlanması yani arabağlantı sözleşmelerinin yapılması gerekli hale gelmiştir. Bunun devamında mobil iletişim, uydu hizmetleri, internet ve data taşımacılığı gibi katma değerli hizmet türlerini sunabilmek için yerleşik işletmecinin ağının üçüncü kişilerin de kullanımına açılabilmesi için erişim anlaşmaları da özel bir önem kazanmış, bu kapsamda, arabağlantı ve erişim anlaşmaları bu hizmetlerin etkin biçimde sunulabilmesine giden yolun anahtarı olmuştur.

Yerleşik işletmecilerin sektörde rekabetin gelişmesini engellemek için kullanabilecekleri çok sayıda stratejik avantaj bulunmaktadır¹³⁹. Örneğin, yerleşik işletmecinin, sektöre yeni giriş yapan işletmecilerin talep edecekleri erişimin ücretini, maliyetin çok üstünde belirleyerek, onların pazara girişini iktisadî olarak anlamsız hale getirmesi ilk akla gelen yöntemlerden biridir. Bunun yanında, kendi şebekesine yapılacak aramalar için yüksek arabağlantı ücreti talep ederken pazara yeni giren ve daha çok şebekeler arası görüşme yapmak zorunda olan işletmecilerin maliyetlerini arttırabilir. Bu tip uygulamalar tüm dünyada yaygınlaşmaya başlayınca, etkin biçimde erişim anlaşmalarının yapılabilmesi için düzenleyici kurumların rehberlik görevi

¹³⁸ GÖKTAYLAR, s.22.

¹³⁹ SARI, s. 27.

üstlenmesi, anlaşmanın öncesinde ve uygulanması sırasında pazarı yakından gözlemlemesi, gerektiği durumlarda müdahale etmesi kaçınılmaz hale gelmiştir¹⁴⁰.

Rekabet kurallarının, telekomünikasyon endüstrisinde en sık uygulama alanı bulacağı yerlerin başında erişim anlaşmaları gelmektedir¹⁴¹. Erişim, yeni aktörlerin pazara girmesinin temel yollarından biridir ve rekabet kuralları, pazara yeni girenlerin yerleşik işletmeciler ile arasında eşit rekabet kurallarının oluşabilmesi açısından büyük öneme sahiptir.

Rekabet kurallarının amacı, etkin bir rekabet ortamının oluşmasını sağlamaktır. Etkin rekabet ortamından en çok faydalanacak kesim ise şüphesiz sunulan mal ve hizmetleri tüketecek olan müşterilerdir. Buradan yola çıkarak, rekabet kanunlarının öncelikli amacının rekabeti korumak olduğu, bundan dolayı olarak olumlu etkilenecek kesimin tüketiciler olduğunu söylemek, yanlış olmayacaktır. Erişim anlaşmalarının etkinliğinden faydalanan kesimler arasında tüketiciler önemli bir yer tutmaktadır. Etkin bir arabağlantı anlaşması olmadan, direkt uluslararası arama, farklı işletmeciler arası arama, internet üzerinden sunulan servisler ve “e-ticaret” gibi yeni hizmetlerin tüketicilere ulaştırılması imkânsızdır¹⁴².

Arabağlantı, telekomünikasyon sektöründeki gelişmeleri hızlandırmanın yanında sektöre giriş için yapılması gerekli olan başlangıç yatırımlarını azaltmaktadır. Geçmişte, yerleşik işletmecilerin arabağlantı konusunda sektöre yeni giren işletmeciler için işleri zorlaştırmaya yönelik olarak; aşırı ücretlendirmeye gitme, yeterli arabağlantı kapasitesi oluşturmaktan kaçınma, verimli bir arabağlantı için gerekli şebeke elemanlarını ya da hizmetleri kullanıma açmayı reddetme gibi değişik yollara

¹⁴⁰ SARI, s. 28.

¹⁴¹ AKGÜN, Adnan: **Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 82, Ankara 2004, s. 7; SARI, s. 20.

¹⁴² SARI, s. 28; TETRAULT, s. 3.

başvurdukları sıkça görülmüştür. Eğer düzenleyici otoriteler arabağlantıyı rekabeti tesis edecek şekilde ele alıp gerekli düzenlemeleri yapmazlarsa, bu ortam yeni işletmecileri pazara girmekten alıkoyabilmektedir. Bu şekilde yatırımlar engellenmiş ve pazar gücünün müşterilerin aleyhine kötüye kullanılma ihtimali artmış olmaktadır.

Arabağlantının, telekomünikasyon sektörü ve toplum açısından önemi aşağıdaki şekilde özetlenebilir¹⁴³:

- Rekabetin sağlanması ve sürdürülmesi açısından arabağlantı önemlidir.
- Sektöre yeni girişlerin olabilmesi açısından arabağlantı gereklidir.
- Arabağlantı farklı şebekelerin müşterilerinin haberleşebilmeleri için gereklidir.
- Etkin bir telekomünikasyon altyapısı kurulması ve mevcut yapının etkin olarak kullanılabilmesi açısından arabağlantı önemlidir.
- Arabağlantı, verimli yatırımlar, etkin rekabet ve hizmet çeşitliliğinin artırılması için kritik bir unsurdur.
- Arabağlantı maliyetleri şebekelerin toplam işletme maliyetlerinin %20 ila %70'ine eşittir.
- Arabağlantı düzenlemelerinin yapısı ve seviyesi rekabetin nasıl ve nerede gerçekleşeceğini belirler.
- Arabağlantı şebekelerin doğasını, bazen de ticarî yapısını etkiler.

Günümüzde telekomünikasyon sektörünün gelişmesinde etkin rol oynayan rekabet ortamının tesisi ve sürdürülmesi açısından, arabağlantının kritik bir faktör olduğu kabul görmektedir. Aslında, arabağlantı fiyatının ve şartlarının belirlendiği koşullar, sektörde ulaşılan rekabet seviyesinin önemli bir göstergesidir. Bu durum, geleneksel telefon hizmetlerinden mobil telefon ve uydu hizmetlerine ve hatta yüksek kapasiteli internet protokol

¹⁴³ ALTAŞ, *Arabağlantı Sözleşmelerinin Önemi*, s. 36-38.

bağlantılarına kadar çok geniş bir yelpaze için geçerlidir¹⁴⁴. Etkin arabağlantı anlaşmalarının mevcudiyeti, sektörde etkin bir altyapının gelişimini özendirmekte, işletmecilerin kendi şebekelerini kurmaları yanında diğer şebekeleri de kullanmaları için uygun teşvikler sağlamaktadır. Sürdürülebilir bir rekabet ortamının tesisi, arabağlantının gerek teknik gerekse finansal açıdan etkin şekilde gerçekleştirilmiş olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, günümüzde arabağlantı anlaşmalarının yapılmasında regülâtör kurumların kararlı ve tam bilgiye sahip olarak, sektöre yol göstericilik yapması gerektiği konusunda gerek telekomünikasyon uzmanları gerekse politika belirleyicileri görüş birliği içerisinde bulunmaktadır.

Arabağlantının amacı, mümkün olduğu kadar fazla potansiyel müşteriye hizmet sunmaktır¹⁴⁵. Arabağlantı, işletmecilerin ağlarını birbirleri ile irtibatlandırarak, kesintisiz bir irtibat imkân sağlamakta ve bu suretle de sorunsuz olarak müşterilerin birbirlerine ulaşmasını ve birbirleri ile haberleşmesini temin etmektedir¹⁴⁶.

C) Arabağlantının Kapsamı

5809 sayılı EHK'da yer verilen "arabağlantı" tanımında "erişim" kavramına atıf yapılarak, erişim ve arabağlantı anlaşmalarının kapsamının birlikteliği vurgulanmıştır. Nitekim, 5809 sayılı EHK'nın üçüncü bölümünün başlığının "*Erişim ve Arabağlantı*" olması da, erişim ve arabağlantı kavramlarının bütünlüğünü vurgulamaktadır.

Öte yandan, 5809 sayılı EHK'nın "*Erişimin kapsamı*" başlıklı 15. maddesinde de, arabağlantı, erişimin kapsamında ifade edilmiş, ancak arabağlantının kapsamı belirtilmemiştir. Kanunda arabağlantı tanımında,

¹⁴⁴ ITU, 2001, *Trends in Telecommunication Reform 2000-2001* - Interconnection and Regulation, (Erişim) <http://www.itu.int/pub/D-REG-TTR.4-2001>, 20.08.2011, s.19

¹⁴⁵ MARKL, Peter N.: *Netzzusammenschaltung In Der Telekommunikation*, Baden Baden 1998, s. 44.

¹⁴⁶ MARKL, s. 44.

“diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatın veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantı” ifadesine yer verilmek suretiyle, sabit veya mobil yahut internet şebekelerin irtibatlandırılmasını teminen yapılan her türlü bağlantı, arabağlantı kapsamı içine sokulmuştur. Bu tanım gelişen teknolojileri de kapsayacak şekilde, arabağlantının kapsamını son derece geniş tutmaktadır.

II- ARABAĞLANTI SÖZLEŞMELERİ

A) Genel Olarak

Arabağlantı sözleşmeleri, bir şebekenin alt yapısının başka bir şebekenin alt yapısıyla irtibatlandırılarak, bir şebekenin abonesinin diğer şebeke abonesiyle bağlantı kurabilmesinin sağlanması için yapılan sözleşmelerdir.

Arabağlantı sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bir işletmeci, diğer işletmecinin abonesini kendi abonesiyle irtibatlandırmayı taahhüt etmekte, diğer işletmeci de aynı şekilde karşı tarafın abonesini kendi abonesiyle irtibatlandırmayı taahhüt etmektedir. Arabağlantı sözleşmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulan rızaî bir sözleşmedir. Arabağlantı sözleşmesi bir işletmecinin abonesinin, diğer işletmecilerin aboneleriyle görüşmesini sağlamak, iletişimlerini kurmak ve katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak amacıyla karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan, tam iki tarafa borç yükleyen, işletmecilerin de bu irtibatı sağlamayı ve karşılığında bedellerini ödemeyi taahhüt ettikleri bir sözleşme türüdür.

Arabağlantı sözleşmelerinde işletmecilerin ikisi de hem borçlu hem alacaklıdır. Borçlar da edimler de aynıdır. İkisi de aynı derecede borçlu ve alacaklıdır. İşletmeciler arasında arabağlantının sağlanması amacıyla teknik,

ticarî ve operasyonel hükümler içeren sözleşmeler yapılmaktadır. Arabağlantı sözleşmelerinde yer alan hükümler işletmeciler veya düzenleyici kurum müdahalesi ile belirlenmektedir.

Arabağlantı sözleşmelerinde yer alan hüküm ve koşullar düzenlemelere bağlı olarak çeşitlilik arz edebilmektedir. Bununla birlikte, arabağlantı sözleşmelerinde yer alan hüküm ve koşullar detaylı düzenlemeler ile belirlenmişse veya yerleşik işletmeci tarafından arabağlantı tarifeleri veya teknik standartlar açıkça belirlenmişse sözleşme daha kısa olabilmektedir. Aksi takdirde, arabağlantı sözleşmeleri ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

B) Tanımı

Doktrinde arabağlantı sözleşmelerinin tanımı konusunda bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, yapılan tanımlara kanunî düzenlemelerin dayanak teşkil ettiğini söyleyebilmek mümkündür. Nitekim doktrinde ATALI, arabağlantı sözleşmelerini, *“arabağlantının sağlanmasına yönelik işletmeciler arasında imzalanan, arabağlantının sağlanabilmesi için gerekli hüküm ve koşulları ihtiva eden sözleşmeler”* şeklinde tanımlarken¹⁴⁷; ULUSOY, arabağlantı sözleşmesini, *“şebeke sahibi iki işletmeci arasında akdedilen, şebekeler arası irtibatlandırmayı sağlayan sözleşme”* olarak tanımlamıştır¹⁴⁸. Bununla birlikte doktrinde, *“iki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin irtibatlandırılmasını teminen iki şebekenin birbiri ile irtibatlandırılmasını sağlayan hizmete yönelik sözleşme”* şeklindeki 5809 sayılı EHK'daki arabağlantı tanımını kendisine esas alan arabağlantı sözleşmesi tanımı olduğu gibi¹⁴⁹; arabağlantı sözleşmesini, *“farklı telekomünikasyon işletmecilerinin, birbirlerine ait trafiği, diğerine aktarma amacıyla imzaladığı, trafik bilgileri, şebeke altyapıları, yazılım sistemleri konularında karşılıklı işbirliğini ihtiva eden, özel hukuk sözleşmesi”* olarak

¹⁴⁷ ATALI, Murat: “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, AÜEHFD, C. 10, Sayı 1-2 (2006), s. 318 vd.

¹⁴⁸ ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, s. 80.

¹⁴⁹ EKİCİ, s. 112.

tanımlayanlar da bulunmaktadır¹⁵⁰. MARSCHALL tarafından arabağlantı, “telekomünikasyon ağları arasında fizikî ve mantıkî irtibatın sağlanması” şeklinde yalın bir ifade ile tanımlanmıştır¹⁵¹. Bağlantının amacı, farklı ağlardan yaralananların, birbiri ile irtibatını mümkün kılmaktır¹⁵². WINZER de arabağlantı kavramını, “haberleşmenin gerçekleşmesini teminen, şebekelerin birbiri ile irtibatlandırılması” şeklinde genel bir ifade ile tanımlamıştır¹⁵³.

Yukarıda yer verilen hususlar çerçevesinde, arabağlantı sözleşmesini, genel olarak, farklı telekomünikasyon işletmecisi müşterilerinin, diğer işletmecilerle müşterisi abone ile haberleşme imkânına hizmet eden, farklı işletmecilere ait telekomünikasyon şebekelerinin irtibatlandırılmasını ve bu suretle de telekomünikasyon trafiğinin iletilmesini sağlayan, işletmeciler arasında tesis paylaşımı ve ortak yerleşimin gerçekleştirilmesini düzenleyen, ticarî ve teknik hususları ihtiva eden, yazılı şekil şartına tâbi, hedeflediği hizmetin kamusal niteliği itibarıyla rekabetin tesisi ve tüketicilerin korunması, şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliği gibi hususlara ilişkin olarak kamu otoritesinin müdahalesine tâbi, Özel Hukuk sözleşmesi olarak, tanımlayabilmek mümkündür.

C) Hukukî Niteliği

5809 sayılı EHK’da arabağlantı kavramı tanımlanmış, arabağlantı sözleşmesine kavramsal olarak değinilmiş ise de, arabağlantı sözleşmesinin bir tanımı yapılmamıştır. Sözleşmeden doğan aslî edim yükümlerini ve sözleşmenin esaslı noktalarını ortaya koyan bir tanım, 5809 sayılı EHK’da yapılmamıştır.

¹⁵⁰ ÜNVER, s. 126 vd.

¹⁵¹ MARSCHALL, Bernd A.: *Netzzusammenschaltungen Zur Erbringung Von Sprachtelefondiensten Nach Europaischen und Deustchen Recht*, Frankfurt 2003, s. 29.

¹⁵² MARSCHALL, s. 29.

¹⁵³ WINZER, Peter: *Kontenorientierte Bestimmung Von Preisen Für Den Zugang Zu Telekommonukationsnetzen Markbeherrschender Unternehmen*, Frankfurt 2000, s. 18 vd.

Arabağlantı sözleşmesinin, kanunda yer alan muhtelif sözleşmelere ilişkin unsurları bünyesinde barındıran bir isimsiz sözleşme olduğu, ancak arabağlantı sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş belirli bir sözleşme tipine dâhil edilmesinin mümkün olmadığı görölmektedir.¹⁵⁴

Aslî edim yükümlölükleri sözleşmeye niteliğini veren yükümlölükler olup, bu yükümlölüklerden hareketle sözleşmenin hukuki nitelendirmesi yapılmaktadır. Arabağlantı sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olduğundan, gerek bu sözleşmeden doğan aslî edim yükümlölükleri, gerek sözleşmenin hukukî niteliğı mevcut arabağlantı sözleşmelerinin muhtevassından hareketle belirlenmektedir. Bu noktada arabağlantı sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlölüklerinin belirlenmesinde 5809 sayılı EHK'da arabağlantı ile ilgili düzenlemelerden de istifade edilecektir.

Arabağlantı sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sadece 5809 sayılı EHK'nın ilgili hükümlerinden hareketle bu sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğuna varılabilmektedir.¹⁵⁵ Ne var ki, kanunda getirilen düzenlemeler, gerek tarafların sözleşmeye niteliğini kazandıran aslî edim yükümleri ile diğeri (yan edim, ifaya yardımcı yan yüküm ve koruma yükümleri gibi) yükümlölüklerin belirlenmesi, gerek sözleşmenin hukukî niteliğı ile bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti noktasında yeterli olmaktan çok uzaktır. Bu kapsamda mevcut arabağlantı sözleşmelerinden hareketle bu konuda bir sonuca varılması gerekmektedir.

Telekomünikasyon ağıları arasında bağlantının kurulması yükümü, sonuca yönelik bir yükümlölüktür. Arabağlantı sağlayıcı, arabağlantıyı talep edene karşı bir arabağlantının tesisini ve bu suretle BK. m. 355 anlamında eseri borçlanmaktadır. Burada eser, arabağlantının sağlanması, yani maddi

¹⁵⁴ Bu yönde bkz. GRAMLICH, Ludwig: *Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen*, CR 2/1997, s. 65 vd.

¹⁵⁵ Bkz. 5809 sayılı EHK m. 3/e, m.4.

bir sonucun gerçekleştirilmesidir¹⁵⁶. Arabağlantı sözleşmesinde arabağlantı sağlayıcı, şebekeler arası irtibatın sağlanması ile çağrının başlaması ve sonlanmasının sağlanması yükümlülüğü altındadır¹⁵⁷. Bunun yanında, arabağlantı sağlayıcısı trafiğin taşınması için ihtiyaç duyulan kiralık devrelerin ve diğer ekipmanın sağlanması ve talep edilmesi hâlinde kendisine ait yer, bina, tesis, kule, enerji, devre, klima vb. altyapı imkânlarından yararlandırmaya müsaade etme yükümlülüğü altındadır. Burada da kira sözleşmesine ilişkin unsurların sözleşmenin bünyesinde yer aldığı söylenebilecektir¹⁵⁸. Ancak, burada dikkat çekici olan husus, arabağlantı sözleşmesinde, kira sözleşmesinden farklı olarak, kullandırılan şey karşı tarafa teslim edilmemekte, sadece arabağlantının gerçekleşmesi sonucuna yönelik olarak, yararlandırılan şeyin, karşı tarafa teslimi söz konusu olmadan, yararlanılmasına müsaade edilmektedir¹⁵⁹.

Diğer taraftan özellikle belirtmek gerekir ki, telekomünikasyon ağları arasında bağlantı kurulması sadece ve daima telekomünikasyon hizmeti kuran arabağlantı sağlayıcının sorumluluk alanında değildir. Hatta arabağlantı sözleşmesinde yer alan yükümlülüklerin münhasıran sözleşmelerin taraflarından birine izafe edilmesi mümkün değildir. Bu durum özellikle her iki tarafın, bağlantıyı tesis etmek için sıkı bir işbirliği yapma yükümlülüğü altında olduğu durumlarda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Rollerin bütünüyle karıştığı durumlarda bağlantının karşılıklı olarak sağlanması, ortaklık benzeri bir ilişkinin varlığının kabulü sonucuna bizi götürebilir¹⁶⁰. Bu gibi durumlarda adi şirkete hükümlere dayanmak

¹⁵⁶ ZEDWITZ, Clemens von: *Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen*, Zürich-Basel-Genf 2007, s.113.

¹⁵⁷ Burada her ne kadar burada bir eser meydana getirilmesi söz konusu olmasa da, evvelen mevcut olan bir şey üzerinde, sonuca yönelik bir faaliyet söz konusudur. Nitekim, vinç tesisatının kurulması, bir aracın tamiri örneklerinde, mevcut olan bir şey üzerinde bir sonucun meydana getirilmesi borcu söz konusudur (bkz. von ZEDWITZ, s.113, dn. 417).

¹⁵⁸ Nitekim von ZEDTWITZ (s.114) arabağlantı sözleşmesinin taraflarından biri diğerine ivazlı olarak ağ yapılarından ve müştemilatından da yararlanma imkânı tanıyorsa, istisna sözleşmesine ilişkin unsura, kira sözleşmesine ilişkin unsurun eklendiğini ifade etmektedir.

¹⁵⁹ FAIVRE, Simon: *Telekommunikationsverträge-ein Überblick*, AJP 10, 2005, s.1239 vd.

¹⁶⁰ İsviçre hukuku için von ZEDTWITZ, s.113; Alman hukuku için MARKL, 307 vd.

düşünülebilir¹⁶¹. Nitekim, arabağlantı sözleşmesinde sözleşmenin tarafları arasındaki ödemeler genellikle mahsuplaşma ve bakiyeleri ödeme şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durum ve müessesenin doğası genelde böyle bir karşılıklılığı ve işbirliğini gerekli kılmaktadır.

Arabağlantı sözleşmelerinde tarafların sürekli borç ilişkisi teşkil edecek şekilde kısmen ya da tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin unsurlara benzer unsurları bir araya getirmek suretiyle bir sözleşme ilişkisi kurması nedeniyle, doktrinde bu sözleşmelere genellikle karma bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir¹⁶².

Kanaatimizce, arabağlantı sözleşmesi, kira, istisna, taşıma, ortaklık sözleşmesine ilişkin unsurlarla benzerlik gösteren, ancak bütün bu unsurların ötesinde, uygulamada bu sözleşmelerin gerçekleşme tarzı dikkate alındığında, kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir. Tarafların borçlandıkları bu yapı içerisinde üstlendikleri edimler bütünüyle arabağlantı sözleşmelerine özgü bir yapılanma ve ifa süreci içerisinde sürekli borç ilişkisi doğuracak bir şekilde bir araya getirilmektedir.

Arabağlantı sözleşmeleri aynı zamanda bir çerçeve sözleşme niteliği arz etmektedir. Çerçeve sözleşme kavramı, ileride aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu sırasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli bir takım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden

¹⁶¹ von ZEDWITZ, s.113; Bununla birlikte arabağlantı sözleşmelerinde, buna engel olmak amacıyla adi şirkete ilişkin kuralların uygulanmasını engelleyen kayıtlara yer verilmektedir (von ZEDWITZ, s.113, dn. 420)

¹⁶² GRAMLICH, arabağlantı sözleşmesini kira, hizmet ve eser sözleşmesine ilişkin unsurların birbiriyle karışmasından oluşan, kendine özgü bir sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir (GRAMLICH, s.68); MARKL (s. 302 vd ve s. 315) ise arabağlantı sözleşmesini ortaklık benzeri unsurla kira sözleşmesine ilişkin unsurun istisna sözleşmesi karakterindeki iş görme sözleşmesine ilişkin unsurlarla birleşmesinden oluşan bir karma sözleşme olarak nitelendirmektedir. Von ZEDTWITZ ise, ağırlıklı olarak kira sözleşmesine ilişkin unsurların istisna ile karıştığı bir yapılanmaya işaret etmektedir (s.113 vd., s. 255).

mutabık kalmalarını ifade eden bir kavramdır¹⁶³. Gerçekten de, arabağlantı sözleşmelerinde her bir arabağlantı için ayrıca sözleşme yapılmasına gerek olmadan, ileride yapılacak münferit arabağlantıların şartları tayin edilmektedir. Dolayısıyla başlangıçta yapılan arabağlantı sözleşmesi, ileride gerçekleştirilecek olan uygulamanın temel esaslarını çizmektedir.

Arabağlantı sözleşmesi rızaî ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Arabağlantı sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları (icap ve kabul) ile oluşmaktadır. Bu nedenle arabağlantı sözleşmeleri rızaî sözleşmelerdir. Arabağlantı sözleşmesinin imzalanması ile her iki taraf da karşılıklı olarak borç altına girmekte ve bu sözleşmede yer alan edimler birbirinin karşılığını teşkil etmektedir. Zira taraflardan her ikisi de şebekelerini arabağlantı noktalarında irtibatlandırmak ve sözleşmede belirtilen teknik standartları sağlamak yükümlülüğü altındadırlar.

Arabağlantı sözleşmesi ile taraflardan herhangi biri bir mamelekî veya mülkiyet hakkını kesin olarak devir borcu yüklenmemektedir. Bu nedenle arabağlantı sözleşmesi temlik borcu doğuran sözleşmeler arasında yer almamaktadır. Arabağlantı sözleşmesi ile taraflar sözleşmede belirlenen çağrılar gönderme ve nakletme ile çağrıların nakledilmesinden doğan ücretleri ödeme ve kendilerine ait alt yapı ve diğer tesisi kullandırma yükümlülüğü altında olup, malvarlığının el değiştirmesi söz konusu olmamaktadır.

Arabağlantı sözleşmelerinin hukuksal niteliğinin anlaşılabilmesi için öncelikle idarî sözleşme ve Özel Hukuk sözleşmesi kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Ayrıca, arabağlantı ile ilgili davaların Türk Yargı sisteminde ne şekilde ele alındığının incelenmesi, arabağlantı sözleşmelerinin niteliğinin anlaşılmasında yararlı olacaktır.

¹⁶³ Kavram hakkında bkz. BARLAS, Nâmi: **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri**, Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, 807 vd.

BK. m.1'e göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuksal muameledir. Özel Hukuk sözleşmelerini düzenleyen kurallar Borçlar Hukukunun konusunu teşkil etmektedir. Bu çerçevede Özel Hukuk sözleşmesi, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuksal işlemdir.

İdari sözleşmeler, idarenin Özel Hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejime, Kamu Hukuku rejimine tâbidir. Özel Hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal kategori oluşturmakla birlikte, hangi sözleşmelerin idarî sözleşme sayılacağı ya da sayılması gerektiği tartışmaya açıktır. Bu alanda bir yandan yasal düzenlemelerle sonuca varılmaya çalışılmakta, bir yandan da sözleşmenin niteliğini belirlemek üzere "*idarî sözleşme ölçütleri*" kullanılmaktadır¹⁶⁴.

İdari sözleşme kavram ve rejiminin ortaya çıkışı ve gelişiminde Fransız uygulaması önem taşımıştır. Ancak Türk hukukundaki uygulama, önemli farklar içermektedir¹⁶⁵.

İdari sözleşme kategorisinin oluşturulmasında, kamu hizmeti imtiyazının önemli etkisi olmuş ve idarî sözleşme kuralları, kamu hizmeti imtiyazından örnek alınarak oluşturulmuştur. Türkiye'de uzunca bir dönem boyunca, imtiyaz dışında bir idarî sözleşme uygulamasının olmaması da bu etkiyi güçlendirmiştir¹⁶⁶.

İdari sözleşmelerin belirlenmesinde klasik olarak "*kamu hizmeti*" ve "*özel hukuku aşan şart*" ölçütleri kullanılmakla birlikte, bu ölçütlerin yeterli olmadığı görülmüştür. Sözleşmeyle kurulan ilişkinin niteliğine dayanan bir yaklaşımı belirleyici sayan "*özel hukuku aşan rejim*" ise bir ölçüt olarak

¹⁶⁴ TEKİNSOY, M. Ayhan: "*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*", AÜHFD, Yıl 2006, C. 55, S. 1, s.181. Anılan Makalede, öncelikle yasanın nitelediği sözleşmeler ve yasayla nitelemenin anlamı üzerinde durulmuş, daha sonra idarî sözleşmelerin belirlenmesinde kullanılan ölçütlere değinilerek, Türk yargı organlarının bu ölçütleri kullanma biçimi değerlendirilmiştir.

¹⁶⁵ TEKİNSOY, "*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*", s. 181.

¹⁶⁶ TEKİNSOY, "*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*", s. 182.

kullanılma açısından basit ve net olmamakla birlikte, idarî sözleşmenin açıklanmasında daha gerçekçidir.

İdare görevlerini yerine getirirken, çoğunlukta tek yanlı işlemler yapmakla birlikte bazı hallerde sözleşmeler de yapabilmektedir. İdare tarafından yapılan sözleşmeleri, “*idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri*” ve “*idarî sözleşmeler*” olarak ikiye ayırmak mümkündür. İdare tarafından yapılan sözleşmelerden bir kısmı tamamen Özel Hukuk hükümlerine tâbi sözleşmelerdir. İdarenin Özel Hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmeler bireylerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerden farksızdır¹⁶⁷. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden, sadece İdare Hukuku kurallarına göre yapılmış olanlar, idarî sözleşmelerdir. İdari sözleşme¹⁶⁸, taraflarından biri kamu idaresi olan, konusu bir kamu hizmeti veya bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi olan ve kamu idaresine birtakım üstün hak ve yetkiler bahşeden sözleşme olarak tanımlanmaktadır. AYM ve Danıştay içtihatlarında ve doktrinde, idarenin yaptığı ve karşı tarafın bir kamu hizmetinin yürütülmesi veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasını öngören sözleşmeler, idarî sözleşme sayılmaktadır¹⁶⁹.

İdari sözleşmelerin ayırt edici unsurları arasında en temel olanı, taraflarından en az birinin idare olmasıdır. İdarî sözleşmelerin “*genel hizmetler veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler*” olduğu ve bu hizmetlerin yürütülmesinde idarenin görevi olduğu için taraflarından idare olması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, taraflardan birisinin idare olması gerekliliğinin idarî sözleşmeler açısından tek başına belirleyici bir unsur olduğunu ifade etmek zordur. Zira, taraflarından

¹⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/ TAN, Turgut: **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C. I, Güncelleştirilmiş Beşinci B., Ankara Eylül 2007, s.455-493.

¹⁶⁸ İdari sözleşmeler hakkında ayrıntılı bir çalışma için Bkz. TEKİNSOY, M. Ayhan: “**İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2002.

¹⁶⁹ GÜNDAY, s.70.

biri idare olan her sözleşme idarî sözleşme değildir. Öte taraftan, iki kamu tüzel kişisi arasında da idarî sözleşme akdedilebilmektedir¹⁷⁰.

İdari sözleşmelerin diğer bir ayırt edici özelliği, konusunun bir kamu hizmeti olmasıdır. Kamu hizmeti, doktrinde, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, tatmin etmek ve kamu yararını sağlamak için yapılan ve genele sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. Bir AYM Kararında¹⁷¹ belirtildiği gibi, kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, kamu hizmeti, idarenin üstlendiği tüm hizmetler olarak tanımlanmaktadır¹⁷². İdare, kamu hizmetlerini Özel Hukuk kişilerine de gördürebilmektedir. Özel Hukuk kişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinde, kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan idarenin yakın gözetim ve denetimi söz konusudur¹⁷³. İdari sözleşmeler, kamu hizmetlerinin görülmesi yöntemi olarak algılanabilir. Danıştay bir idarî sözleşmenin varlığı için, *“konusunun kamu hizmeti veya yararı olması”* veya *“doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin bulunması”* koşullarını aramaktadır. Başka bir deyişle, bir sözleşmenin idarî sözleşme olması için karşı tarafın, kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesini veya ifasına katılmasını öngörmesi gerekmektedir. Kamu hizmeti tanımında şekli unsur olan hizmet, Özel Hukuk kişisi tarafından yürütülse dahi nihaî sorumluluk ve denetim her zaman bir idare organındadır.

Sözleşme kapsamında idareye üstün ve ayrıcalıklı bir konum tanınması idarî sözleşmelerin bir diğer ayırt edici niteliğidir¹⁷⁴. İdare,

¹⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.455-495.

¹⁷¹ AYM Kararı, E. 1994/71, K. 1995/23, 28.06.1995.

¹⁷² ULUSOY, Ali: *“Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Üzerine”*, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Birinci B., Ankara Ekim 2001, s. 4,10.

¹⁷³ ULUSOY, Ali: *“Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”*, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.59-79.

¹⁷⁴ GÜNDAĞ, s. 166 vd; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s. 512 vd.

sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinin temel ilkelere uygun yürütülmesi ve kamu yararının gözetilmesi sorumluluğunu taşımakta olduğundan, sözleşmenin karşı tarafına oranla üstün konumdadır. İdarenin uhdesinde bulunan ve Özel Hukuku aşan bu yetkilerin tam olarak belirlenmesi zor olmakla birlikte, sözleşmenin yerine getirilmesinde kusuru olan tarafa yaptırım uygulayabilme, sözleşme hükümlerinde tek taraflı olarak değişiklik yapabilme ve gerektiğinde sözleşmeye son verebilme gibi yetkiler bunlar arasındadır. Bununla birlikte, idarenin kamu hizmetinin asıl sahibi ve sorumlusu olarak, hizmetin gerektiği gibi yürütülmesini sağlamak ve kamu menfaatini korumak gibi görev ve yükümlülüklerinin bulunduğu dikkate alındığında, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerinin somut olayın niteliklerine göre değişiklik ve çeşitlilik arz edebileceği düşünülmektedir.

Özel Hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit statüde bulunduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi veya değiştirmesi düşünülemez. Bununla birlikte, idarî sözleşmeler idareye özgü düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı veya kamu hizmetinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir. Bu nedenle, idarenin Özel Hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bir takım ayrıcalıklarla donatılmış olması, örneğin tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilerle donatılmış olması idarî sözleşmelerle düzenlenen konuların gereğidir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, kural olarak hiç kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamaz¹⁷⁵. 5809 sayılı EHK'nın 16. maddesi ile telekomünikasyon işletmecilerinin bir kısmına arabağlantı konusunda zorunluluk getirildiğine göre, ortada özellikle arabağlantı yükümlüsü işletmecilerin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının, hatta ortadan kaldırılmasının söz konusu olup olmayacağı konusu gündeme gelmektedir.

¹⁷⁵ KILIÇOĞLU, s. 53 vd.

Ancak, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama kanun ile yapıldığından ve tüm modern demokratik toplumlarda ve özellikle AB ülkelerinde de benzer bir kısıtlamaya yer verildiğinden Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir. Başka bir ifade ile, arabağlantı sözleşmeleri konusunda getirilen sözleşme yapma mecburiyeti, sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmamaktadır¹⁷⁶.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, arabağlantı sözleşmelerinin özelliklerine genel olarak bakılacak olursa; arabağlantı sözleşmelerinin kurulmasında, Özel Hukuk sözleşmelerinin en önemli unsuru olan sözleşme serbestisi rol oynamaktadır. 5809 sayılı EHK gereği, BTK'nın, taraflar arasında anlaşma sağlanamadığı hallerde münhasır olarak ve kanunda belirlenen uzlaştırma süreci takip edilerek, arabağlantı sözleşmesinin hüküm koşul ve ücretlerini belirleme yetkisi bulunmaktadır. Taraflar arasında herhangi bir aşamada anlaşmaya varıldığı takdirde, BTK tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretler geçerliliğini yitirmektedir. Bu anlamda kanun koyucu arabağlantı sözleşmesi hükümlerinin tarafların serbest iradesi ile kurulmasını teşvik etmektedir. İdari sözleşmelerde ise karşı tarafın hiçbir şekilde idare tarafından belirlenen hüküm, koşul veya ücretlerin aksini kararlaştırması söz konusu olmamaktadır. İdari sözleşmeler iltihakî sözleşmeler olup, idare sözleşmenin zorunlu tarafı olmakta ve idare tarafından belirlenen sözleşme hükümleri değiştirilememektedir.

Ankara 9. İdare Mahkemesi, imtiyaz sözleşmesinin bir türü olan görev sözleşmesi ile telekomünikasyon hizmetlerini yürüten TTAŞ ile özel işletmeciler arasındaki arabağlantı sözleşmesini (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi) idarî sözleşme olarak nitelemiştir¹⁷⁷. Ancak arabağlantı sözleşmeleri yalnızca, o tarih itibarıyla kamu tüzelkişisi olan TTAŞ¹⁷⁸ ile

¹⁷⁶ ATALI, s. 333 vd.

¹⁷⁷ Ankara 9. İdare Mahkemesi, E. 1999/577, K. 2000/831, K.T. 4.10.2000 (Yayınlanmamıştır), TEKİNSOY, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", s.195, dn.31'den naklen.

¹⁷⁸ Uyuşmazlığın ortaya çıktığı dönemde TTAŞ, hisselerinin tamamı Hazineye ait olan bir kamu tüzelkişisidir.

imtiyazcı özel şirketler arasında değil, GSM hizmeti yürüten özel şirketler arasında da imzalanacaktır. Doktrinde TEKİNSOY'a göre, arabağlantı sözleşmesinin içerdiği hükümler itibarıyla değil, bir imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle niteliği itibarıyla idarî sözleşme olduğu kabul edilirse¹⁷⁹, Türk Hukukunda da, taraflarının ikisi de imtiyazcı özel kişi olan bir idarî sözleşme türünün ortaya çıktığı söylenebilecektir¹⁸⁰.

Arabağlantı sözleşmeleri iki eşit ve Özel Hukuk tüzel kişisi arasında yapılan Özel Hukuk sözleşmelerinin unsurlarını taşımaktadır. Arabağlantı sözleşmelerinin konusu, bir kamu hizmetinin yürütülmesi olup, nihaî amaç kamu yararının gerçekleştirilmesi olsa dahi, taraflarından biri kamu idaresi değildir. Aynı zamanda, arabağlantı sözleşmeleri kapsamında kamu idaresine tek taraflı değişiklik yapma yetkisi de tanınmamaktadır. Bu nedenle arabağlantı sözleşmeleri, Özel Hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

D) Unsurları

Genel olarak tüm Borçlar Hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi arabağlantı sözleşmelerinde de üç esaslı unsur bulunmaktadır. Bunlar; anlaşma, ücret ve konu unsurudur.

1. Konu Unsuru

Arabağlantı sözleşmesinin konusu; bir şebekenin başka bir şebeke ile irtibatlandırılmasıdır.

¹⁷⁹ İdare Mahkemesi kararında sözleşmenin hangi gerekçeyle idarî sözleşme olduğu üzerinde durulmamıştır. Muhtemelen, taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması ve sözleşmenin imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle, kamu hizmetine ilişkin olduğu düşüncesiyle bu sonuca varılmıştır, TEKİNSOY, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, s.195, dn. 34’ten naklen.

¹⁸⁰ TEKİNSOY, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, s.195.

2. Anlaşma Unsuru

Bu unsur, sözleşmenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulacağına ilişkindir. Zira, arabağlantı sözleşmeleri kural olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır. Sözleşmelere ilişkin olan ve Anayasal bir hak olan irade hürriyetinin bir yansıması olan bu ilkeye Anayasa, bazı hallerde istisna getirilmesine olanak tanımıştır. Nitekim bazı hallerde sözleşme hürriyetine müdahale olanaklı kılınmıştır.

Bu kapsamda 5809 sayılı EHK m.16, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği m. 8 ve 16 gereğince işletmeciler, bazı hallerde arabağlantı sözleşmesi yapma mecburiyetinde kalabilmektedir. Bu işletmeciler etkin piyasa gücüne sahip işletmelerdir. Etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler önceden referans arabağlantı sözleşmesi yayınlamak zorundadırlar.

Arabağlantı sözleşmesinin unsurları incelendiğinde, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu görülmektedir. Sözleşmede, her iki tarafın hak ve borçları, bir karşılık ilişkisi içerisinde düzenlenmiştir. Arabağlantı sözleşmesi kuruluşu ile birlikte sözleşmenin taraflarına çeşitli hak ve yükümlülükler yüklemektedir. Ancak hukukumuzda arabağlantı sözleşmesinin kanunda bir tanımının yapılmamış olması nedeniyle, kanundan hareket ederek arabağlantı sözleşmesinin unsurlarını ve tarafların hak ve yükümlerini belirlemek güçtür. Arabağlantı sözleşmesinin unsurlarını ve tarafların hak ve yükümlerini belirlerken, sözleşmenin nitelik ve uygulamadan hareket etmek, doğru bir yaklaşım olacaktır. Arabağlantı sözleşmesinde, en basit şekilde, karşı tarafa şebekeler arası erişimi sağlamak ve karşı taraf bakımından da buna mukabil ücreti ödemek, tarafların aslî edim yükümü olarak ifade edilebilir.

Akdin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelere rızaî akitler denir¹⁸¹. Hukukumuzda genel ilke, sözleşmelerin rızaî olmasıdır.

Rızaî sözleşme kavramının yanında değinilmesi gereken bir konu da genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin konusunun bir kısmı ya da tamamı taraflardan biri veya üçüncü bir şahıs tarafından önceden belirlenmiş bulunmaktadır¹⁸². Bu tür sözleşmelerde, şartların bir kısmı ya da tamamı önceden belirlenmiş olduğundan, sözleşmenin bir tarafı kısmen de olsa akdi yapma veya yapmama konusunda bağlanmış bulunmaktadır. Genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler, kitlesel sözleşmelere¹⁸³ benzerler. Belli bir kitleye yönelmiş ve belli bir standardizasyonu sağlamışlardır. Her bir birey için farklı hükümler içermek yerine, çok sayıdaki birey için aynı hükümleri içerirler. Seri halde kişilere sunulan mal ve hizmetler için, sözleşme yapma kolaylığı sağlarlar. Türk Hukukunda genel işlem şartlı sözleşmelerin geçerli ve bağlayıcı olabilmesi için, taraflarca kabul edilmesi gerekir. Başka bir deyişle, taraflardan birinin önceden tespit ettiği, sözleşmenin muhtevasına koyduğu genel işlem şartlarının diğer tarafı bağlayabilmesi, onun hakkında borç doğurabilmesi, onun tarafından açık veya zımnî bir irade beyanıyla kabul edilmesine bağlıdır¹⁸⁴.

Bu bağlamda, sözleşme koşullarının büyük ölçüde sözleşme kurulması anından önce karşı tarafça belirlendiği arabağlantı sözleşmelerinin hüküm ifade edebilmesi, tarafların açık ya da zımnî bir şekilde sözleşme yapma yönündeki iradelerini ortaya koymalarına bağlıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, arabağlantı sözleşmeleri, çoğu kez genel işlem şartı taşıyan, rızaî bir sözleşmeler olarak değerlendirilebilir. Ancak, arabağlantı sözleşmeleri esas itibarıyla rızaî sözleşmeler olmasına rağmen, yukarıda da

¹⁸¹ EREN, s.199.

¹⁸² EREN, s.197 vd.

¹⁸³ EREN, s.197 vd.

¹⁸⁴ EREN, s. 197 vd., KILIÇOĞLU, s. 79 vd.

ifade edildiği üzere, arabağlantı sözleşmelerine düzenleyici otorite tarafından müdahaleler yapılabilmektedir.

Arabağlantı sözleşmelerinin genel mahiyeti incelendiğinde, bu sözleşmelerin çerçeve sözleşme olarak düzenlendiği, detaylandırmanın bu sözleşmelere dayanılarak yapılan ek protokoller ile gerçekleştirildiği görülmektedir.

3. Ücret Unsuru

Ücret, arabağlantı sözleşmelerinde yer alan esaslı unsurdur. Yani arabağlantı sözleşmelerinde ücret unsuru olmazsa olmazdır. Arabağlantı sözleşmelerinde ücret önceden tespit edilmelidir. Ancak taraflar ücret üzerinde anlaşamasa da sözleşmeyi bu nedenle sona erdiremezler. Çünkü verilen hizmet kamu hizmetidir. Bu kapsamda kamu hizmetinin verilebilmesi için gerekli olan bu sözleşme kolaylıkla sona erdirilemez.

E) Arabağlantı Sözleşmesinin Şekli

Bir sözleşmenin geçerli olması veya ispatı için iradenin açıklanmasında belirli bir şekle (yazılı şekil, resmî şekil vs.) uyulması gerekip gerekmediği sorununun, tarihî gelişim içinde ve günümüzde çeşitli hukuk sistemleri farklı çözümlere bağlamışlardır¹⁸⁵.

İradenin açıklanmasında bir şekle uyma mecburiyeti, sözleşmenin kapsamını kolaylıkla tayin, tarafları dikkatli harekete sevk etme ve nihayet ispat yönlerinden önem taşımakta ve yararlı olmaktadır. Buna karşılık, bütün hukukî işlemlerin, özellikle geçerlilik şartı olarak şekle bağlı olması, uygulamada büyük güçlükler yaratacaktır¹⁸⁶. Basit şekil noksanları sebebiyle

¹⁸⁵ EREN, s. 236 vd., KILIÇOĞLU, s. 73 vd.

¹⁸⁶ ALTAŞ, Hüseyin: *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 67 vd.

işlemin hükümsüz olması, çeşitli sakıncalar doğuracak, kötü niyetli kimseler, şekil noksanlığına bağlı geçersizlikten, haksız ölçülerde yararlanacaklardır.

Modern hukuk sistemleri, yukarıda değinilen sakıncalar sebebiyle, şekil zorunluluğunu belli hukukî işlemler için kabul etmişler, kural olarak “*şekil serbestîsi*” prensibini benimsemişlerdir. Fakat anlaşmazlık hâlinde işlemin ispat edilebilmesi, ancak belli bir şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu gibi hallerde, şekil “*ispat şartı*”, bir yargılama usulü kuralı olarak karşımıza çıkar¹⁸⁷.

Borçlar Hukuku şekil serbestîsi ilkesini kabul etmiştir. Gerçekten BK. m. 11/1, “*Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir*” demek suretiyle şekil serbestîsi ilkesini, genel kaide olarak kabul etmiştir. Bu maddede yalnız akitten söz edilmekle birlikte, bundan, hukukî sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanlarında ve bu arada özellikle karar ve tek taraflı hukukî muamelelerde de şekil serbestîsi ilkesinin kabul edildiği sonucu, kıyas yoluyla çıkarılmalıdır. Kanunun özel bir hükümle şekil mecburiyeti koyduğu akit ve hukukî muameleler, bu ilkenin dışındadır¹⁸⁸. Kanun, bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını emretmişse, emredilen şekil, kural olarak, “*sıhhat şartı*”dır.

BK. m. 11/2’ye göre; “*Kanunun emrettiği şeklin kapsam ve etkisi hakkında başkaca bir hüküm yoksa, sözleşme bu şekle uyulmadıkça geçerli olmaz.*” Kanunun emrettiği şekilde yapılmayan sözleşmeler, aksine bir hüküm mevcut değilse, bâtıldır.

Bir sözleşmenin şekil noksanlığı sebebiyle geçerli olmadığını hâkim kendiliğinden dikkate alır¹⁸⁹. Taraflardan her biri de, sözleşmenin kanunî şekle uyulmaksızın yapıldığını, bâtıl olduğunu ileri sürmek hakkına sahiptir.

¹⁸⁷ EREN, s.239 vd.

¹⁸⁸ TUĞ, Adnan: *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Konya 1994, s. 132.

¹⁸⁹ ALTAŞ, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, s. 106 vd.

Kanunun hukukî işlemler için öngördüğü şekilleri dört grupta toplamak mümkündür¹⁹⁰:

- Yazılı şekil,
- Resmî şekil,
- Tescil,
- İlân.

Kanun koyucu, bazı sözleşmelerin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olmalarına bağlamış ve BK. m. 12 ve devamında yazılı şekli düzenlemiştir. Borçlar Kanununa göre, örneğin, kefâlet sözleşmesi (BK. m. 484), (gayrîmenkuller dışında) bağışlama vaadi (BK. m. 238), alacağın temliki (BK. m. 163), yaşadığı sürece irat tesisine ilişkin sözleşmeler (BK. m. 508) vs. yazılı şekilde yapılması gereken hukukî işlemlerdir¹⁹¹. Diğer kanunlarda da yazılı şekle yer verilmiştir. Örneğin, 5.5.1983 tarih ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununa göre, toplu iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmazlar (m. 4)¹⁹².

Kanun bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını emretmişse, o sözleşmeye ilişkin değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması lâzımdır. Ancak, yapılan değişiklik, sözleşmeye aykırı olmayan, tamamlayıcı ve ikinci derecedeki noktalara ait bulunuyorsa, yazılı şekil zorunluluğu yoktur (BK. m. 12).

Borçlar Kanunu açısından arabağlantı sözleşmesinin şekli konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, arabağlantı sözleşmelerine ilişkin olarak 5809 sayılı EHK'da yer alan bazı hükümler, arabağlantı sözleşmelerinin şekli konusunda bazı ipuçları vermektedir.

¹⁹⁰ EREN, s. 240 vd., KILIÇOĞLU, s. 77 vd.

¹⁹¹ EREN, s. 244 vd.

¹⁹² REİSOĞLU, s. 66.

Erişim sözleşmeleri, tarafların sahip olması gereken nitelikler dışında şekli unsurlar açısından da Borçlar Hukuku sözleşmelerinden ayrılan sözleşmelerdir. Zira, kira ve benzeri kullandırma amacı güden sözleşmeler, herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın akdedilen bir sözleşme türü iken, erişim sözleşmeleri 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi hükmü gereğince taraflar arasında imzalanması gereken ve dolayısıyla yazılı şekil şartına tâbi olan bir sözleşme olarak göze çarpmaktadır¹⁹³.

Arabağlantı sözleşmeleri mevzuatımız açısından değerlendirildiğinde, genel hukuk ilkelerine göre kurulan ticarî nitelikli sözleşmelerin kurulmasını müteakip ayrıca bir üçüncü şahsın bilgilendirilmesine veya başkaca bir şekil şartına uyulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla birlikte, işletmeciler arasında imzalanan erişim sözleşmeleri, 5809 sayılı EHK'nın 16. maddesi ve 08.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi uyarınca, BTK'ya sunulmaktadır.

5809 sayılı EHK, "*Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur.*" hükmünü getirmek suretiyle arabağlantı sözleşmelerinin, tarafların dışında bir başka mercie (BTK'ya) sunulması gerektiğini belirtmiştir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi uyarınca, bu sözleşmelerin BTK'ya sunulmasının ardından, BTK tarafından gerekli düzeltmelerin tespiti ve ilgili işletmecilere bildirilmesi, bu sürecin sonunda karşılıklı müzakere ile imzalanmış olan sözleşmelerin değiştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Yönetmeliğin 19. maddesinde yer alan emredici hüküm gereğince, değiştirilmiş olan arabağlantı sözleşmelerinin de BTK'ya sunulması gerekmektedir.

¹⁹³ 5809 sayılı EHK'nın 18. maddesinin üçüncü fıkrası, "*Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 19. maddesi, "*Erişim ve arabağlantı sözleşmeleri, bunların ekleri ve değişikliklerinin tasdikli bir sureti imzalanmasını müteakip onbeş gün içinde Kuruma sunulur...*" hükmünü içermektedir.

Bu kapsamda, erişim sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini ve yazılı şeklin de arabağlantı sözleşmeleri için geçerlik şartı olduğunu söyleyebilmek mümkün bulunmaktadır.

III- ROAMİNG (DOLAŞIM) SÖZLEŞMELERİ

A) Genel Olarak

Telekomünikasyon sektöründeki altyapı yatırımları büyük çaplı finansman kaynağı gerektirmekte olup, genelde kamu kaynaklarıyla inşa edilmiş olan sabit telekomünikasyon şebekelerine nazaran GSM şebekelerinde bu durum daha belirgindir. Dolaşım (roaming) ile bir işletmecinin daha önce kurulmuş ekipman ve altyapısından, sektöre yeni giren bir işletmecinin aralarında imzalayacakları bir sözleşme uyarınca belirli bir ücret karşılığı yararlanması sağlanır¹⁹⁴. Bu yönüyle dolaşım hizmeti, mobil iletişim sektörüne girişleri kolaylaştıran, öngörülebilir bir süre için GSM hizmetlerinin gelişmesinde ve rekabetçi hale gelmesinde katkıları olan bir erişim türüdür¹⁹⁵.

Roaming sözleşmeleri¹⁹⁶; bir işletmeciye ait işletmelerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere diğer işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya diğer sisteme arabağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşımdır. Bu sözleşmeler, alt yapısı olmayan işletmecilerin başka işletmecilerin alt yapısını kullanarak kendi abonelerine hizmet vermesini sağlamaktadır. Roaming, kelime olarak “*dolaşım*” anlamına gelir. Bir işletmecinin kendi abonelerinden başka roaming alan işletmecinin abonelerine de şebekesini açmasını sağlar.

¹⁹⁴ ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 79.

¹⁹⁵ ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 80; SARI, s. 29.

¹⁹⁶ DEPREM, Başak: “Roaming (Dolaşım) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006; PARLAK, Şafak: “Roaming Sözleşmesi”, BATİDER, C.XXIV, Sayı: 3, 2008, s. 469-498.

B) Türleri

Gerek doktrinde gerekse uygulamada yaygın bir erişim türü olan dolaşım hizmetinin en yaygın iki şekli, uluslararası ve ulusal dolaşım¹⁹⁷ olup, bu dolaşım türlerini aşağıdaki gibi tanımlanmak mümkündür.

1. Uluslararası dolaşım

Bir mobil işletmeciye bağlı abonelerin, yurt dışındaki başka bir mobil işletmecinin altyapı ve/veya hizmetlerinden, o işletmecinin kapsama alanı içindeyken yararlanmasıdır.

Uluslararası dolaşım, abonelere, yurtdışına seyahat ettiklerinde, yurtdışındaki yerleşik şebeke üzerinden görüşme yapabilme ve hizmet alabilme imkânı tanımaktadır¹⁹⁸.

2. Ulusal Dolaşım

Bir mobil işletmeciye bağlı abonelerin, yurt içindeki başka bir mobil işletmecinin altyapı ve/veya hizmetlerinden o işletmecinin kapsama alanı içindeyken yararlanmasıdır¹⁹⁹.

Her iki işletmeci de aynı ülke sınırları içerisinde faaliyet göstermekte olup, hizmet sunmak üzere yetkilendirildikleri coğrafi alan da aynıdır. Ulusal

¹⁹⁷ ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 79-80.

¹⁹⁸ ALTAŞ, Hüseyin: “Türkiye’de Telekomünikasyonda Ulusal Dolaşım Sistemi (Roaming)”, *Telekom Dünyası Dergisi*, Mayıs 2007; ALTAŞ, , Hüseyin: “Avrupa Birliği Uluslararası Roaming (Dolaşım) Yönetmeliği 29 Haziran 2007 Tarihinde Yürürlüğe Girmiştir”, *Telekom Dünyası Dergisi*, Ekim 2007, s. 28.

¹⁹⁹ 5809 sayılı EHK’nın 3. maddesinin (üü) bendine göre, “Ulusal dolaşım: 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 sistemler arası dolaşımı” ifade eder.

dolaşımın sağlanması ile kıt kaynakların etkin kullanımı ve rekabetin sağlanması hedeflerinin gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir²⁰⁰.

Ulusal dolaşım hizmetinin ikâmesi, hizmet sunulan bölgede altyapının bizzat kurulması iken, uluslararası dolaşımın ikamesi yine o ülkede bir başka işletmeciyile uluslararası dolaşım anlaşması yapılması olup, söz konusu ülkede bizzat yatırım yapılması gibi bir tercih söz konusu değildir²⁰¹. Mobil şebekelerin uluslararası düzeyde uyumunu ve ikame edilebilirliğini artırmak üzere GSM kullanıcıları için geliştirilen sistem sayesinde, ulusal ve uluslararası dolaşım oldukça kolay hale gelmiştir.

Gerek ulusal gerekse uluslararası dolaşımdan yararlanan işletmeci, dolaşım hizmeti sunan işletmeciye ödediği ücret karşılığında kapsama alanını, üzerinden hizmet sunduğu (dolaşım yaptığı) şebeke sınırlarına dek genişletebilmektedir.

Mevzuatımızda 5809 sayılı EHK'nın öncesinde konunun düzenlendiği 4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesinde *“dolaşım (roaming)”, “Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkan sağlayan sistemler arası dolaşım”* şeklinde tanımlanmıştı. 4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununu yürürlükten kaldıran 5809 sayılı EHK'da da aynı tanım, *“ulusal dolaşım”* kavramı altında muhafaza edilmiştir. Bu tanımda, dolaşım anlaşmalarında taraf olmak, tam MVNO olmak ve/veya belirli bir altyapıya sahip olmak şartına bağlanmamıştır²⁰². Bununla birlikte, asgarî bir altyapıya sahip olmadan dolaşım anlaşmasının tesis edilmesi fiilen mümkün olamayacağından, söz konusu tanımda yer verilen *‘bir diğer sisteme ara bağlantısına imkân sağlayan sistemler arası*

²⁰⁰ ALTAŞ, “Türkiye’de Telekomünikasyonda Ulusal Dolaşım Sistemi (Roaming)”, s. 32; SARI, s. 90.

²⁰¹ ÜNVER, s. 39.

²⁰² SARI, s. 90.

dolaşım’ ifadesinde ‘*sistem*’e yapılan atıfların, dolaşım için gerekli altyapı unsurları olarak algılanması mümkündür. Dolaşım, sadece şebeke işletmecilerinin MVNO'lara tek yönlü erişim sağlamasını değil, aynı zamanda bir GSM işletmecisinin kendi şebekesinin kapsama alanı dışında kalan bölgelerde abonelerine başka GSM işletmecilerinin altyapısını kullanarak ulaşmasını da temin etmektedir²⁰³.

İstisnai hallerde zorunlu erişime konu olan dolaşım anlaşmaları kapsamında, taraflar dolaşım şartlarını aralarında serbestçe ve karşılıklı müzakereyle kararlaştırmaktadırlar²⁰⁴.

Dolaşım anlaşmalarının bir kamu hizmetinin ayrılmaz bir unsuru olmaktan çok geçici bir süreyle başvurulmuş bir ara çözüm niteliğinde olmasından kaynaklanan bu özelliği, söz konusu anlaşmaların bir Özel Hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmesine yol açmaktadır²⁰⁵. Ayrıca, bu sözleşmelerde, sözleşmenin bir tarafına kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin tanınmıyor oluşu da söz konusu sözleşmelerin idarî sözleşme olmadığını göstermektedir.

C) Hukukî Niteliği

Roaming sözleşmesinin konusu herhangi bir kamu hizmetinin yürütülmesi değildir. İşletmeciler arasındaki faaliyet tamamen ticarî bir nitelik taşımaktadır. Bu ticarî nitelik, arabağlantı sözleşmesine nazaran daha belirgindir.

Roaming sözleşmesi kira, hâsılat kirası, satış gibi sözleşmelerden alınan unsurlarla oluşturulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla karma bir sözleşmedir. Sui generis karma bir sözleşmedir. Kendine özgülüğü nedeniyle

²⁰³ ALTAŞ, Hüseyin: “Sanal Mobil Şebeke Hizmeti (MVNO)”, Telekom Dünyası Dergisi, Ekim 2008, s. 22.

²⁰⁴ ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, s. 81; GÜRZUMAR, s. 386 vd.

²⁰⁵ GÖKTAYLAR, s. 80.

ve kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmediğinden, isimsiz sözleşme olarak da nitelendirilebilir.

Roaming sözleşmeleri ivazlı ve rızaî sözleşmelerdir. Alt yapı kullandırma yükümlülüğüne karşılık diğer tarafın bedel ödeme yükümlülüğü vardır. Roaming sözleşmeleri ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu kapsamda BK. m.96 vd. hükümleri ve özellikle m.106 hükmü uygulanabilir.

Roaming sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdir. Sürekli borç ilişkilerinde de taraflardan birinin edimi anî nitelik taşıyabilir. Bu nitelik ilişkiyi sürekli borç ilişkisi olmaktan çıkarmaz. Ara ara bedel ödenir. Diğer taraf sürekli alt yapı kullandırma borcu altındadır. Sürekli borç ilişkisi olmasının sonucu da, geriye dönük olarak sözleşmenin sona erdirilememesidir.

D) Unsurları

1. Konu Unsuru

Roaming sözleşmesinin konusu bir telekomünikasyon alt yapısının kullanılmasıdır. Bu alt yapının kullandırılması borcunu doğurur. Olmazsa olmaz bir koşul, kullanmaya uygun alt yapının varlığıdır. Ortada bir telekomünikasyon alt yapısı yok ise roamingten söz edilemez.

2. Anlaşma Unsuru

Roaming sözleşmeleri, kural olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur. Zorunlu roamingte ise farklılık vardır. Zira, zorunlu roaminge ilişkin genel işlem şartlarının önceden belirlenmesi şarttır. Bu nedenle referans roaming sözleşmesi hazırlanıp yayınlanmaktadır.

Yayınlanan referans roaming sözleşmesi icaptır. Karşı taraf kabul edince sözleşme kurulmaktadır.

3. Ücret Unsuru

Roaming sözleşmelerinde alt yapıyı kullanan işletmeci karşılığında bir ücret ödemektedir. Ücret paradan başka bir şeyle (takas, satım, kullandırma borcu gibi şeylerle) de ödenebilir. Nitekim, para kanunda zorunlu bir unsur olarak gösterilmemiştir. Roaming sözleşmesinde kural olarak ücreti taraflar belirleyecektir. Taraflar belirleyemezlerse BTK'ya başvuracaklardır. Bu durumda da geçici bir ücretin belirlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Telekomünikasyon sektöründe serbestleşme ve rekabetin gündeme gelmesi, yeni hukuksal sorunlara yol açmaktadır. Erişim sözleşmeleri, bu sorunların içinde önemli bir yer teşkil etmektedir.

Erişim hizmeti, bir telekomünikasyon altyapısının ya da hizmetinin belirli bir bedel karşılığında bir veya birden çok işletmecinin kullanımına sunulmasını ihtiva etmektedir.

Bir altyapı ya da hizmetin üçüncü tarafların erişimine açılması, sözleşmeler yoluyla olabileceği gibi tek taraflı idarî işlemler yoluyla da gerçekleşebilmektedir. Bu tür idarî işlemler, sonucu itibarıyla bir erişim sağlama zorunluluğu doğurmakta olup, idarenin bu tür müdahaleleri, regülasyon faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir.

Erişim sözleşmeleri, iki tarafın serbest iradeleriyle ve eşit şartlarda belirledikleri hükümler ihtiva eden bir sözleşmedir. En genel anlamıyla telekomünikasyon altyapısı ve hizmetlerinin diğer işletmecilere sunulmasını konu edinen ve bir üst kavram olan erişim sözleşmeleri, Özel Hukuk sözleşmelerine özgü nitelikleri ile karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşmelerde genel ilke olarak sözleşme özgürlüğünün hâkim olması, bu sözleşmelerin Özel Hukuk sözleşmesi olarak anılması sonucunu doğurmaktadır. BTK'nın erişim sözleşmelerinin kurulmasından, yürütülmesine; sınırlandırılmasından, ücretlendirilmesine kadar pek çok hususta haiz olduğu düzenleme yetkisinin genişliği, erişim sözleşmelerinin Özel Hukuk sözleşmesi olma niteliğine halel getirmemektedir.

Zorunlu unsur, kaynağını Rekabet Hukukundan alan bir kavram olup, rakiplerin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde olarak tanımlanmaktadır. Mahkeme kararları ile doktrin ışığında gelişen zorunlu unsur kavramı ve bu

unsurun sahibine yüklenen yükümlülükler, Rekabet Hukuku içtihatları ile belirgin bir çerçeveye kavuşmuştur. Rekabet Hukuku açısından zorunlu unsur kavramının önemi, bu kavramın kabulü hâlinde teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesidir.

Telekomünikasyon sektöründe sabit telefon kullanıcılarına yerel ağları kullanmadan erişmek mümkün değildir. Bu nedenle yerel ağlar tüketiciye ulaşmada bir “zorunlu unsur” niteliği taşımaktadır. Pazara yeni girecek olan firmaların bu alandan yararlandırılmaması, pazara giriş engeli yaratılması anlamına gelmektedir. Üst pazarda ve alt pazarda faaliyet gösteren yerleşik işletmecinin, teknolojik gelişmeyle birlikte pazarda liberalleşme hareketleri başlayınca, pazarın alt kısmını yeni oyunculara açması, zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ele alınmaya başlamıştır.

Telekomünikasyon sektöründe işletmeciler arasında yapılan erişim sözleşmeleri, doktrinde, arabağlantı sözleşmeleri ve roaming sözleşmeleri olarak ikili bir tasnife tâbi tutulmaktadır.

Telekomünikasyon sektöründe önemli uyumsuzluk alanlarından birini oluşturan arabağlantı, en genel anlamı ile iki ayrı telekomünikasyon şebekesinin birbirleri ile irtibatlandırılması sureti ile bu iki şebekenin abonelerinin birbirleri ile iletişiminin sağlanmasıdır.

Arabağlantı, telekomünikasyon sektöründe serbestleşmeyle birlikte rekabetin sağlanması ve sürdürülebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. İşletmeciler, abonelerinin diğer işletmecilerin abonelerine erişimini sağlamak durumundadır. Piyasaya yeni giren işletmeciler açısından yerleşik işletmeci ile mâkul şartlarda arabağlantı yapılması hizmet sunabilmek için zorunludur.

Rekabet kurallarının, telekomünikasyon endüstrisinde en sık uygulama alanı bulacağı yerlerin başında erişim anlaşmaları gelmektedir. Erişim, yeni

aktörlerin pazara girmesinin temel yollarından biridir ve rekabet kuralları, pazara yeni girenlerin yerleşik işletmeci ile arasında eşit rekabet kurallarının oluşabilmesi açısından büyük öneme sahiptir.

Arabağlantı sözleşmeleri, bir şebekenin alt yapısının başka bir şebekenin alt yapısıyla irtibatlandırılarak, bir şebekenin abonesinin diğer şebeke abonesiyle bağlantı kurabilmesinin sağlanması için yapılan sözleşmelerdir. Arabağlantı sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bir işletmeci, diğer işletmecinin abonesini kendi abonesiyle irtibatlandırmayı taahhüt etmekte, diğer işletmeci de aynı şekilde karşı tarafın abonesini kendi abonesiyle irtibatlandırmayı taahhüt etmektedir. Arabağlantı sözleşmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulan rızaî bir sözleşmedir.

Arabağlantı sözleşmesi, kanunda yer alan muhtelif sözleşmelere ilişkin unsurları bünyesinde barındıran bir isimli sözleşme olup, arabağlantı sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş belirli bir sözleşme tipine dâhil edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Arabağlantı sözleşmelerinde tarafların sürekli borç ilişkisi teşkil edecek şekilde kısmen ya da tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin unsurlara benzer unsurları bir araya getirmek suretiyle bir sözleşme ilişkisi kurması nedeniyle, doktrinde bu sözleşmeler karma bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, kural olarak hiç kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamaz. 5809 sayılı EHK'nın 16. maddesi ile telekomünikasyon işletmecilerinin bir kısmına arabağlantı konusunda zorunluluk getirildiğine göre, ortada özellikle arabağlantı yükümlüsü işletmecilerin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının, hatta ortadan kaldırılmasının söz konusu olup olmayacağı konusu gündeme gelmektedir. Ancak, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama kanun ile yapıldığından ve tüm modern demokratik toplumlarda ve özellikle AB ülkelerinde de benzer bir kısıtlamaya yer verildiğinden, Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir. Başka bir ifade ile, arabağlantı sözleşmeleri konusunda

getirilen sözleşme yapma mecburiyeti, sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Arabağlantı sözleşmeleri iki eşit ve Özel Hukuk tüzel kişisi arasında yapılan Özel Hukuk sözleşmelerinin unsurlarını taşımaktadır. Arabağlantı sözleşmelerinin konusu, bir kamu hizmetinin yürütülmesi olup, nihaî amaç kamu yararının gerçekleştirilmesi olsa dahi, taraflarından biri kamu idaresi değildir. Aynı zamanda, arabağlantı sözleşmeleri kapsamında kamu idaresine tek taraflı değişiklik yapma yetkisi de tanınmamaktadır. Bu nedenle arabağlantı sözleşmeleri, Özel Hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

Roaming sözleşmeleri bir işletmeciye ait işletmelerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere diğer işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya diğer sisteme arabağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşımdır. Bu sözleşmeler, alt yapısı olmayan işletmecilerin başka işletmecilerin alt yapısını kullanarak kendi abonelerine hizmet vermesini sağlamaktadır.

Gerek doktrinde gerekse uygulamada yaygın bir erişim türü olan dolaşım hizmetinin en yaygın iki şekli, uluslararası ve ulusal dolaşımdır.

Roaming sözleşmesinin konusu herhangi bir kamu hizmetinin yürütülmesi değildir. İşletmeciler arasındaki faaliyet tamamen ticarî bir nitelik taşımaktadır. Bu ticarî nitelik, arabağlantı sözleşmesine nazaran daha belirgindir.

Roaming sözleşmesi kira, hâsılat kirası, satış gibi sözleşmelerden alınan unsurlarla oluşturulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla karma bir sözleşmedir. Sui generis karma bir sözleşmedir. Kendine özgülüğü nedeniyle ve kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmediğinden, isimsiz sözleşme olarak da nitelendirilebilir.

KAYNAKÇA

AKGÜN, Adnan: **Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 82, Ankara 2004.

AKINCI, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Konya 2006.

ALTAŞ, Hüseyin: **“Arabağlantı Sözleşmelerinin Önemi”**, Telekom Dünyası Dergisi, Ocak 2008.

ALTAŞ, Hüseyin: **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara 1998.

ALTAŞ, Hüseyin: **“Türkiye’de Telekomünikasyonda Ulusal Dolaşım Sistemi (Roaming)”**, Telekom Dünyası Dergisi, Mayıs 2007.

ALTAŞ, Hüseyin: **“Avrupa Birliği Uluslararası Roaming (Dolaşım) Yönetmeliği 29 Haziran 2007 Tarihinde Yürürlüğe Girmiştir”**, Telekom Dünyası Dergisi, Ekim 2007.

ALTAŞ, Hüseyin: **“Sanal Mobil Şebeke Hizmeti (MVNO)”**, Telekom Dünyası Dergisi, Ekim 2008.

ALTAŞ, Hüseyin/ ILGIN, İlker/ DEPREM, Başak: **Telekomünikasyon Mevzuatı**, Ankara 2004.

ARDIYOK, Şahin: **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:9, Ankara 2002.

ARSLAN, Zühtü: **“Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”**, (Erişim) http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/arslan.pdf, 01.09.2011.

ASLAN, İ.Yılmaz: **Rekabet Hukuku**, Teori, Uygulama ve Mevzuat, Genişletilmiş 4. B., Bursa 2007.

ATALI, Murat: **“Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”**, AÜEHFD, C. 10, S. 1-2 (2006), s. 318 vd.

BARLAS, Nami: **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri**, Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999.

CITEL, **Guidelines and Practices for Interconnection Regulation**, 1999, (Erişim) http://www.itu.int/ITU-D/treg/Legislation/CITEL/co-462_e.pdf, 19.08.2011.

ÇAKAL, Recep: **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Devlet Plânlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri, Ankara 1996.

DEPREM, Başak: **“Roaming (Dolaşım) Sözleşmesi”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

EKİCİ, Şerafettin: **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara 2006.

EMEK, Uğur: **Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu Değerlendirmeler Kısmı**, Ankara 15-16 Mart 2001.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Değiştirilmiş 13. Baskı, İstanbul 2011.

European Council, Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), (Erişim)

http://ec.europa.eu/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/l_10820020424en00070020.pdf, 01.07.2011.

FAIVRE, Simon: **Telekommunikationsvertraege-ein Überblick**, AJP 10, 2005.

GİRİTLİ, İsmet/ SARMAŞIK, Jale: **Anayasa Hukuku**, 2. B., İstanbul 2001.

GOLENIEWSKI, Lillian: **Telecommunications Essentials: The Complete Global Source for Communications Fundamentals, Data Networking and the Internet, and Next-Generation Networks**, 3.B., Boston 2003.

GÖKTAYLAR, Bilge: **Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005.

GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. B., İzmir 1999.

GÖZLER, Kemal: **"Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)"**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, S. 2001/4, s. 53-67.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref A.: **Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara Mart 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/ TAN, Turgut: **İdare Hukuku, Genel Esaslar, C. I**, Güncelleştirilmiş Beşinci Bası, Ankara Eylül 2007.

GRAMLICH, Ludwig: **Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen**, CR 2/1997.

GÜL, İbrahim: **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:2, Ankara 2000.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 6. Aynı B., Ankara 2004.

GÜRZUMAR, Osman Berat: **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara 2006.

GÜVEN, Pelin: **“Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Haziran 2004, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn9.pdf>, 10.06.2011.

ITU, **Trends in Telecommunication Reform 2000-2001** - Interconnection and Regulation, 2001, (Erişim) <http://www.itu.int/pub/D-REG-TTR.4-2001>, 20.08.2011.

İÇÖZ, Özge: **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 16, Ankara 2003.

İZGİ, Ömer/ GÖREN, Zafer: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C. I, Ankara 2002.

KARA, Alper Fevzi: **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması, ABD ve AT Uygulamalarından Dersler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 18, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara 2009.

KISA, Seda Ulaş: **AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, İstanbul 2004.

MARKL, Peter N.: **Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation**, Baden-Baden 1998.

MARSCHALL, Bernd A.: **Netzzusammenschaltungen Zur Erbringung Von Spractelefondiensten Nach Europaisschen und Deustchen Recht**, Frankfurt 2003.

OECD, **Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, Indicators for the Assessment of Telecommunication Competition**, 2003, (Erişim) <http://www.oecd.org/dataoecd/4/22/2496809.pdf>, 19.08.2011.

OFTTEL, **Interconnection Principles**, 1997, (Erişim) <http://www.oecd.org/dataoecd/49/54/1911821.pdf>, 19.08.2011.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 11. Bası, İstanbul Eylül 2003.

ÖLMEZ, Hakan Suat: **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 33, Ankara 2003.

PARLAK, Şafak: **“Roaming Sözleşmesi”**, BATİDER, C.XXIV, Sayı: 3, 2008, s. 469-498.

REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. B., İstanbul 2002.

SABUNCU, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, 14. B., Ankara 2009.

SARI, Arif Ogün: **Rekabet Kuralları Işığında Erişim ve Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 49, Ankara 2004.

SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2002.

SU, Kemal Tahir: **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 12, Ankara 2003.

TEKDEMİR, Yaşar: **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:2, Ankara 2003.

TEKİNSOY, M. Ayhan: **“İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”**, AÜHFD, Yıl 2006, C. 55, S. 1.

TEKİNSOY, M. Ayhan: **“İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2002.

TETRAULT, McCarthy: **Telecommunications Regulation Handbook**, The World Bank, Washington D.C. 2000.

TOPKAYA, Ferhat: **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 22, Ankara 2003.

TREVOR, Jordan: ITU Reginol Regulatory Seminar, **“Principles, Scope, Charges and Challenges in Interconnection”** Dalian 2002, (Erişim) <http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2002/china/pdf/34-doc8-1-jordan.pdf>, 11.08.2011.

TUĞ, Adnan: **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Konya 1994.

ULUSOY, Ali: **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara 2002.

ULUSOY, Ali: **“Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi”**, Perşembe Konferansları, 11. Sayı (Kasım-Aralık 2000), (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn46.pdf>, 10.06.2011.

ULUSOY, Ali: **“Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”**, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.59 vd.

ULUSOY, Ali: **“Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Üzerine”**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Birinci B., Ankara Ekim 2001.

ÜNVER, M. Bilal: **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005.

WINZER, Peter: **Kontenorientierte Bestimmung Von Preisen Für Den Zugang Zu Telekommonukationsnetzen Markbeherrschender Unternehmen**, Frankfurt 2000.

YANIK, Mehmet: **Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 19, Ankara 2003.

YILMAZ, Kamil: **“Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme”**, Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

ZEDTWITZ, Clemens von; **Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen**, Zürich-Basel-Genf 2007.

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulunun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar263.pdf>, 19.06.2011.

Rekabet Kurulunun 17.06.2003 tarih ve 03-43/488-210 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar848.pdf>, 15.07.2011.

Rekabet Kurulunun 03.06.2009 tarih ve 09-26/537-127 sayılı Kararı, (Erişim) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2926.pdf>, 18.06.2011.

Mahkeme Kararları

Hecht v. Pro Football, Inc. 570 F.2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U.S. 956 (197). (Erişim) <http://openjurist.org/444/f2d/931/hecht-v-pro-football-inc>, 17.08.2011.

MCI Communications v. AT&T, (Erişim) <http://openjurist.org/708/f2d/1081/mci-communications-corporation-mci-v-american-telephone-and-telegraph-company>, 01.08.2011.

U.S. v. Terminal Railroad Association, (Erişim) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=361&invol=116>, 17.08.2011.

ÖZET

KUTLU, Şükrü, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Erişim sözleşmeleri telekomünikasyon sektöründe rekabetin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Bu çalışmanın amacı, erişim sözleşmelerinin hukuksal niteliğinin incelenmesidir.

Bu çalışmada, öncelikle telekomünikasyon sektörünün kendine has özellikleri, tarihi gelişimi anlatıldıktan sonra, erişimin tanımı ve kapsamına ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer verilmiş, erişim sözleşmelerinin genel olarak hukuksal özellikleri ve erişim sözleşmelerine düzenleyici kurumlar tarafından yapılan müdahalelerin kapsamı irdelendikten sonra, zorunlu unsur kavramı ve bu kavramın sözleşme özgürlüğü ilkesi karşısındaki durumu incelenmiş, bunun ardından, erişim sözleşmelerinin hukuk sistemimizdeki yeri ve önemi, anılan sözleşmelerin düzenleniş amacı, unsurları, tarafları, şekli, türleri, doğurduğu hüküm ve sonuçlar, gerek karşılaştırmalı hukukta gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında yer alan farklı görüşler çerçevesinde ortaya koyulmaya, telekomünikasyon hukukuna özgü olarak ortaya çıkan erişim konusu ve erişim konusunun özel bir türü olan arabağlantı ve roaming sözleşmelerinin Borçlar Hukuku açısından hukuksal niteliği belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler

1. Telekomünikasyon hukuku
2. Erişim sözleşmeleri
3. Arabağlantı
4. Arabağlantı sözleşmeleri
5. Roaming sözleşmeleri

ABSTRACT

KUTLU, Şükrü, Access Agreements in Telecommunications Sector, Ankara 2011.

Access agreements are crucial in order to create a competitive telecommunications market. The aim of this thesis is to consider the legal characteristics of access agreements.

In this thesis, firstly unique properties, history and development of the telecommunications sector are explained and then description and scope of access are evaluated and determined. Legal properties of access agreements and the scope of the intervention of national regulatory authorities' to access agreements are generally explicated. Notion of "mandatory elements" and state of this notion are inspected in the light of freedom of agreement. Afterwards, place and importance of access agreements in our legal system, purposes, elementes, parties, procedure, varieties, clauses and effects of mentioned agreements are introduced in perspective of different approaches found in comperative law, doctrine and jurisdictions. Legal properties of access issue which is specific to telecommunications law, as a special kind of access, interconnection and roaming agreements are tried to determined in terms of contract law.

Key Words:

1. Telecommunications law
2. Access Agreements
3. Interconnection
4. Interconnection Agreements
5. Roaming Agreements

