

TÜRKİYE'DE ARABAĞLANTI DÜZENLEMELERİ

Gökan OKAN
103613006

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)

Dr. Hasan SÜEL

2006

ÖZET

Telekomünikasyon piyasalarında yaşanan serbestleşme hareketlerinin ardından arabağlantı konusunun önemi artmış ve bu konu ayrıntılı bir şekilde regüle edilmeye başlanmıştır. Ülkemizde de telekomünikasyon piyasasının serbestleşmesi ile birlikte arabağlantı konusunda ayrıntılı bir mevzuat oluşturulmuştur. Bu çalışmanın amacı ülkemizdeki arabağlantı mevzuatının incelenerek, bu mevzuatın yeterliliği, ülkemizdeki çeşitli anayasal ilkeler ve uluslararası alanda kabul gören arabağlantı prensipleri ile uyumunun irdelenmesidir. Bu çerçevede öncelikle genel olarak arabağlantı kavramı, regülasyonu ve uluslararası alanda genel kabul gören arabağlantı prensipleri incelenmiş; ardından ülkemizdeki arabağlantı mevzuatı bu mevzuatın ülkemizdeki anayasal kurallar ve uluslararası ilkeler ile uyumu değerlendirilerek eksiklikler ile ilgili çözüm önerilerimiz sunulmuştur.

ABSTRACT

After the beginning of the liberalization process in the telecommunication sector, the importance of the interconnection has been increased and interconnection issues have been particularly regulated. After the telecommunication liberalization, a detailed interconnection legislation has been enacted in Turkey. The aims of this thesis are to examine the interconnection legislation of Turkey and to consider its consistency with some of the constitutional principles of Turkey as well as with internationally recognized interconnection principles. In this context, we must first provide a general analysis of the interconnection concept, interconnection regulation and internationally recognized interconnection principles. Furthermore, Turkey's interconnection legislation and its consistency with the constitutional principles of Turkey and with internationally recognized interconnection principles are also examined. Finally, the deficiencies of the legislation are identified and our corresponding suggestions are presented.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
Giriş.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABAĞLANTI KAVRAMI VE ARABAĞLANTI REGÜLASYONU

1.1 Telekomünikasyon Kavramı ve Regülasyonu.....	5
1.1.1 Telekomünikasyon Kavramı.....	5
1.1.2 Telekomünikasyon Sektörünün Gelişimi.....	7
1.1.3 Türkiye’de Telekomünikasyon Sektörünün Gelişimi.....	10
1.1.4 Telekomünikasyon Regülasyonu.....	15
1.1.4.1 Doğal Tekel ve Regülasyon Kavramı.....	15
1.1.4.1.1 Doğal Tekel.....	15
1.1.4.1.2 Regülasyon.....	17
1.1.4.1.2.1 Regülasyon Kavramı ve Gelişimi.....	17
1.1.4.1.2.2 Regülasyon Faaliyetlerinin Hukuki Niteliği.....	21
1.1.4.2 Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon.....	24
1.2. Arabağlantı Kavramı ve Benzer Kavramlardan Farkları.....	27
1.2.1 Arabağlantı Kavramı.....	30

1.2.2 Arabağlantı Kavramı'nın Benzer Kavramlardan Farkı.....	35
1.2.2.1 Erişim ve Arabağlantı.....	35
1.2.2.2 Roaming ve Arabağlantı.....	37
1.3. Arabağlantının Önemi ve Arabağlantının Düzenlenmesini Gerekli Kılan Nedenler	39
1.3.1 Arabağlantı'nın Önemi.....	39
1.3.2 Arabağlantı Konusunun Regüle Edilmesini Gerekli Kılan Nedenler.....	44
1.4. Etkin Bir Arabağlantı Rejimi Oluşturulabilmesi Açısından Uluslararası Alanda Kabul Gören Genel İlkeleri.....	52
1.4.1 Yerleşik Operatörün Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü.....	56
1.4.2 Ayrım Yasası.....	58
1.4.3 Ayrıştırma ve Hesap Ayrımı.....	59
1.4.4 Şeffaflık.....	61
1.4.5 Maliyet Bazlı Fiyatlandırma.....	63
1.4.6 Regülatör Müdahalesi.....	64

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ARABAĞLANTI DÜZENLEMELERİ

2.1 Türkiye'de Arabağlantı Mevzuatının Oluşumu ve Mevzuatta Kabul Edilen Genel Arabağlantı İlkeleri.....	67
2.1.1 Arabağlantı Mevzuatının Oluşumu.....	67
2.1.2 Mevzuatımızda Arabağlantıya İlişkin Olarak Kabul Edilen Genel İlkeler.....	71
2.2. Mevzuatta Öngörülen Arabağlantı Yükümlülükleri.....	74
2.2.1 Arabağlantı Yükümlüsünün Belirlenmesi.....	74
2.2.2 Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü.....	80

2.2.3. Diğer Arabağlantı Yüklümlükleri.....	85
2.3. Arabağlantı Fiyatlandırması.....	87
2.3.1 Arabağlantı Fiyatlandırmasında Kabul Edilen Temel İlke.....	87
2.3.2 Maliyet Bazlı Fiyatlandırma'da Dikkate Alınacak Kriterler.....	88
2.4. Arabağlantı Müzakereleri ve Telekomünikasyon Kurumunun Müdahalesi.....	93
2.4.1 Mevzuatta Arabağlantı Müzakereleri ve Uyuşmazlıkları İçin Öngörülen Usul.....	93
2.4.2 Telekomünikasyon Kurumunun Müdahale Yetkisinin Sözleşme Serbestisi Prensibi ile Uyumluluğu Sorunu.....	96
2.4.2.1 Sözleşme Özgürlüğü.....	96
2.4.2.2 Telekomünikasyon Kurumunun Arabağlantı Uyuşmazlıklarına Müdahalesi.....	107
2.4.2.2.1 406 Sayılı Kanunun Onuncu Maddesinin Anayasanın Onüçüncü Maddesi ile Uygunluğu.....	107
2.4.2.2.2 Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde Sözleşme Özgürlüğünü Kısıtlayan Hükümlerin 406 Sayılı Kanunun Onuncu Maddesi ve Anayasaya Uygunluğu.....	110
2.4.3 Telekomünikasyon Kurumunun Geriye Yönelik Fiyat Belirleyebilme Yetkisinin İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Prensibi Açısından Değerlendirilmesi.....	114
2.4.3.1 İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Prensibi.....	114
2.4.3.2 Telekomünikasyon Kurumunun Geriye Yönelik Fiyat Belirleyebilme Yetkisinin İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Prensibine Uyumu.....	116
2.4.4 Sektördeki Uyuşmazlıklara Müdahale Yetkisi Bakımından Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumunun Değerlendirilmesi.....	117
2.4.4.1 4502 Sayılı Kanun ve 4054 Sayılı Kanun ile Çizilen Yetki Alanları.....	117
2.4.4.2 Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Sorunu.....	119

2.5 Türkiye’de Arabağlantı Düzenlemelerinin Uluslararası Alanda Kabul Edilen Genel İlkelere ve AB Müktesebatına Uyumu.....	129
2.6 Arabağlantı Piyasasında Mevcut Durum ve Şeffaflık Sorunu.....	136
Sonuç	140
KAYNAKÇA	150

KISALTMALAR

2G	:İkinci Jenarasyon Telekomünikasyon Hizmetleri
3G	:Üçüncü Jenarasyon Telekomünikasyon Hizmetleri
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AB	:Avrupa Birliği
age	:Adı Geçen Eser
APEC	:Asia-Pasific Economic Cooperation
B.	:Baskı
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
CITEL:	Inter-American Telecommunication Commission
der.	:Derleyen
dk.	:Dakika
DTÖ	:Dünya Ticaret Örgütü
E.	:Esas Numarası
EPG	:Etkin Piyasa Gücü
Et al.	:ve diğerleri
GSM	:Global System for Mobile Telecommunications
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HLR	:Home Location Register

ISS	:İnternet Servis Sağlayıcısı
İDDGK	:İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
ITU	:International Telecommunication Union
K.	:Karar Numarası
KİT	:Kamu İktisadi Teşebbüsü
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
Komisyon	:Avrupa Birliği Komisyonu
M.K.	:Türk Medeni Kanunu
OECD	:Organization for Economic Co-operation and Development
NMT	:Nordic Mobile Telephone
PSTN	:Public Switched Telephone Network
P.T.T	:Posta Telegraf ve Telefon İdaresi
RK	:Rekabet Kurulu
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	:Sayfa
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
YKr.	:Yeni Kuruş
TTAŞ/ Türk Telekom	:Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi
UMTH	:Uzak Mesafe Telefon Hizmeti
WTO	:World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)

Giriş

Geleneksel anlamda bir kamu hizmeti olarak kabul edilen ve yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar devlet tekeli altında verilen telekomünikasyon hizmetlerinde, yirminci yüzyıl ortalarında başlayan ve özellikle geçen yüzyılın son çeyreğinde hızlanan serbestleşme hareketleri, yaşanan hızlı teknolojik gelişmelerle birlikte yeni ortaya çıkan katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin de sektörde sunulan hizmetler yelpazesine dahil olması ile birlikte, sektörde hizmetin sunumu, yaşanan sorunlar, devletin sektöre müdahale usulleri gibi pek çok konuda köklü değişikliklerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Serbestleşme sürecinin yarattığı en büyük değişiklik daha önceden devlet tarafından ve tek bir elden sunulan telekomünikasyon hizmetlerinin, artık özel sektör temsilcileri tarafından ve farklı işletmecilerce bir arada verilir hale gelmesi olmuştur. Telekomünikasyon hizmetlerinin tek bir işletmeci yerine pek çok işletmeci tarafından bir arada verilmeye başlanması ise sektörde daha önce var olmayan çeşitli sorunların doğumuna neden olmuş; kamu hizmeti niteliğindeki bu hizmetlerin aksatılmadan farklı işletmeciler tarafından bir arada verilebilmesini sağlayacak önlemlerin alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Özellikle (i) telekomünikasyon hizmetlerinin toplum için arz ettiği hayati önem ve (ii) bu hizmetlerin sunumunun büyük ölçüde özelleştirmeler sonucunda özel şirketlere devredilen telekomünikasyon alt yapısına erişim ve hakim konumda bulunan operatörler ile bağlantı sağlanmasına ihtiyaç duyması nedeni ile sektörün regüle edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Tüm Dünya’da serbestleşme sonrasında işletmeciler arasında yaşanan sorunlardan birisini de arabağlantı konusunda yaşanan anlaşmazlıklar oluşturmaktadır. Piyasada hizmet veren bir operatörün abonelerinin diğer operatörlerin aboneleri ile konuşabilmeleri ya da veri iletimi sağlamaları, bu operatörlerin arasında arabağlantı sağlamış olmalarına bağlıdır. Dünya’da telekomünikasyon piyasasında serbestleşme yaşanan çeşitli ülke örneklerinde yerleşik operatörlerin hakim durumlarını arabağlantı fiyatlandırması konusunda kötüye kullanarak piyasaya yeni giriş yapan operatörleri sektör dışına itmeye çalışabildikleri gözlemlenmiş ve bu nedenle arabağlantı konusunun regüle edilmesi gerekli olan alanlardan bir tanesi olduğu kabul edilmiştir.

Ülkemizde telekomünikasyon sektörünün serbestleşmesi diğer Avrupa ülkelerine göre daha geç başlamış, 1990’lı yıllarda GSM lisanslarının dağıtımı ve internet servislerinin verilmesi konusunda özel sektörün yetkilendirilmesi, serbestleşme aşamasında ilk önemli adımlar olmuş; 2004 yılı içerisinde UMTS lisanslarının dağıtımı ve en son olarak 2005 yılında Türk Telekom özelleştirmesi ile sektörün serbestleşmesi büyük oranda tamamlanmıştır. Ülkemizde yaşanan bu serbestleşme süreci, arabağlantı konusunun ülkemizde de gündeme gelmesine neden olmuştur.

Bu çalışmanın amacı ülkemizde serbestleşen telekomünikasyon sektöründe kamu hizmeti niteliğine haiz telekomünikasyon hizmetlerinin kesintisiz bir şekilde sürdürülebilmesi açısından önemli bir rolü olan arabağlantı kavramının açıklanması, telekomünikasyon hizmetlerinin verilebilmesi açısından öneminin değerlendirilmesi, arabağlantı düzenlemeleri konusunda genel kabul gören ilkelerin irdelenerek ülkemiz

arabağlantı mevzuatının yeterliliği uluslararası alanda kabul gören genel arabağlantı prensipleri ve Avrupa Birliği müktesebatı ile uyumunun tartışılması, aynı zamanda ölkemizdeki arabağlantıya ilişkin düzenlemelerin çeşitli anayasal ilkeler ve temel hukuk normları ile uyumunun değerlendirilmesi ve bunun sonucu olarak da eksikliklerin tespiti ile çözümlerimizin sunulmasıdır.

Çalışmamızın birinci bölümünde arabağlantı kavramı, arabağlantının önemi ve regüle edilmesini gerekli kılan nedenler ile arabağlantı regölasyonu konusunda uluslararası alanda genel olarak kabul gören ilkeler üzerinde durulmuştur. Arabağlantı kavramı ve regölasyonunun incelenmeye başlanmasından önce ise, konunun daha geniş bir perspektiften değerlendirilebilmesi açısından bir üst kavram olarak telekomünikasyon kavramı ve regölasyonu incelenmiştir. Anılan değerlendirmeler yapılırken telekomünikasyon sektörünün gelişimi, regölasyonu, genel olarak regölatif faaliyetlerin hukuki niteliği, arabağlantı kavramı ve bu kavramın benzer kavramlardan farkları gibi konuların genel olarak incelenmesinin yanında bu kavram ve süreçlerin Türk Hukuku açısından var olan anlam, nitelik ve gelişimleri özel olarak incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise hukukumuzda arabağlantı konusundaki düzenlemeler incelenmiştir. Bu incelemeler yapılırken öncelikle mevzuatımızda arabağlantı konusunda kabul edilen genel ilkeler incelenmiş, bunun ardından arabağlantı yükümlölükleri ve fiyatlandırmasına değerildikten sonra Telekomünikasyon Kurumu'nun arabağlantı uyuşmazlıklarına müdahalesi konusu değerlendirilmiştir. Bu incelemeler sırasında mevzuatta yer alan çeşitli hükümlerin

sözleşme özgürlüğü, idari işlemlerin geriye yürümezliği, idarenin kanuniliği gibi ilkelerle uyumu da incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca sektördeki uyuşmazlıklara müdahale yetkisi açısından Telekomnikasyon Kurumu ile Rekabet Kurumu arasındaki yetki sorunu da değerlendirilmiştir. Bu bölümde son olarak mevzuatımızın uluslararası alanda genel kabul gören ilkeler ve AB müktesebatına uyumu ile birlikte ülkemizdeki arabağlantı piyasasının mevcut durumuna değinildikten sonra, sonuç bölümünde bu konularla ilgili genel bir değerlendirme yapılarak var olan sorunların çözümü konusundaki önerilerimize yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABAĞLANTI KAVRAMI VE ARABAĞLANTI REGÜLASYONU

Bu bölümde arabağlantı kavramı, regüle edilmesini gerekli kılan neden ve süreçler incelenerek uluslararası alanda arabağlantı düzenlemeleri konusunda genel olarak kabul gören ilkeler değerlendirilecektir. Arabağlantı konusundaki açıklamalarımıza geçmeden önce ise arabağlantı konusunun regüle edilmesini gerekli kılan nedenlerin daha net bir şekilde ortaya konulabilmesi için bir üst kavram olan telekomünikasyon kavramı ve regülasyonu incelenecektir.

1.1. Telekomünikasyon Kavramı ve Regülasyonu

1.1.1 Telekomünikasyon Kavramı

İnsanların toplumsal bir yaşam biçimini kabul etmelerinden itibaren söz konusu toplumsal bütünlüğün oluşturulabilmesi için en temel gereksinimlerden birisi de farklı mesafelerdeki fertlerin birbirleri ile haberleşmeleri ve daha geniş anlamda birbirleri ile iletişim kurmaları ihtiyacı olmuştur. İlk dönemlerde duman, davul, haber güvercinleri gibi ilkel yöntemlerle sağlanan bu iletişim gün geçtikçe gelişmiş; telgraf, telefon gibi telli sistemler kullanılmaya başlanmış; günümüzde ise telli telefonlar gibi temel telekomünikasyon hizmetlerinin yanında, gelişmiş bilgisayar ve uydu sistemleri de iletişimin bir parçası olarak kullanılmaya başlanmıştır. İnsanlar arası iletişimin ilkel yöntemlerle sağlandığı dönemlerden günümüze birçok temel değişim gerçekleşmiştir. Bunlardan birincisi yukarıda da değinildiği gibi iletişim araçlarındaki değişikliktir. İletişim araçlarındaki bu değişiklik iletişim sağlanabilen mesafelerin de önemli ölçüde değişmesini sağlamış, telekomünikasyon sistemleri ile hemen her yere ses ya da veri aktarabilir hale gelmiştir.

Telekomünikasyon kelimesinin kökeni Yunanca'dan gelmekte olup; bu kelime uzak anlamına gelen “*tele*” ve paylaşmak anlamında kullanılan “*communicara*” sözcüklerinin birleşmesinden oluşmakta ve bu iki sözcüğün birleştirilmesinden oluşan telekomünikasyon kelimesinin ise belirli bir mesafeden bilgilerin paylaşılması anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır¹. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda ise 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 tanımlanmaktadır². Gerek Kanun'da yer alan tanım, gerekse kelime anlamı bir araya getirildiğinde bir iletim/ paylaşımın ve bu iletme esas olan çeşitli verilerle oluşturulmuş olan bilginin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu itibarla, çalışmamız açısından telekomünikasyon, bilgileri oluşturan ses, görüntü, işaret 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

¹ Lillian Goleniewski, Telecommunications Essentials: The Complete Global Source for Communications Fundamentals, Data Networking and the Internet, and Next-Generation Networks, 3.B., Boston, Addison Wesley Professional, 2003, s. 3.

² 406 sayılı Kanun 21 Şubat 1924 tarihli ve 59 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olmakla birlikte, söz konusu tanım 406 sayılı Kanun'un 27 Ocak 2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun ile değişik halinde yer almaktadır.

hayatın her alanına olan etkisidir. Zira, ekonomi ve iş hayatındaki şekillendirici etkisi tartışmasız olan telekomünikasyon, toplumların ve kültürlerin oluşumunda da kritik bir rol oynamaktadır. Başlı başına bir yaşam şekli halini alan telekomünikasyon, insan hayatının, özellikle bilgi alışverişi ve iletişim alanlarında, her aşamasını bir dönüşüme tabi tutarak gerek bireyin yaşamında gerekse çeşitli endüstrilerde devrim niteliğindeki değişiklikler meydana getirmiş ya da yeni endüstriler yaratmıştır³. Ticari hayatta telekomünikasyon'un önemi gün geçtikçe artmakta, telekomünikasyon araçlarının her türlü ticari ilişkide kullanılmasının yanında “telekomünikasyon sektörü” başlıbaşına 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.

1.1.2 Telekomünikasyon Sektörünün Gelişimi

Yaklaşık 130 sene önce Alexander Graham Bell tarafından telefonun icadından bugüne kadar, telekomünikasyon sektörü hızlı bir gelişim göstermiştir. Aboneler arasındaki yönlendirmenin santrallerdeki operatörler aracılığı ile elle yapıldığı dönemden bindokuzyüzlü yılların ilk çeyreğinde otomatik elektro mekanik santrallere geçilmiş; bindokuzyüzlerin ikinci yarısında ise santrallerin yönlendirilmesinde bilgisayar sistemleri devreye girmeye başlamıştır.⁴ Veri iletiminde ilk başlarda basit bakır kablolar kullanılmakta iken 1965 yılında fiber optik kablolar, bindokuzyüzyetmişli yıllardan itibaren ise dijital iletim sistemleri

³ Goleniewski, s. 3-4.

⁴ Şahin Ardiyok, Yerel Telekomünikasyon Hizmetlerinde Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004, s.20.

kullanılmaya başlanmıştır⁵. Telekomünikasyon hizmetleri açısından geleneksel ve temel telekomünikasyon hizmetleri olan ve PSTN olarak adlandırılan geleneksel kablolu alt yapı üzerinden işletilen ses iletim hizmetlerinin⁶ yanına bilgisayar sistemlerinin telekomünikasyon alanında kullanımı ile beraber katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin⁷ kullanımı da yaygınlaşmıştır. Mobil telefonların devreye girmesi, internet ve diğer katma değerli hizmetlerin kullanımının yaygınlaşması ile Dünyanın hemen her yerinde iletişimin ve her türlü veri akışının sağlanabildiği bir sektör oluşmuştur.

Teknolojik olarak önemli yapısal değişikliklerin kısa süre içerisinde gerçekleştiği telekomünikasyon sektöründe, hizmetlerin verilme usulleri, telekomünikasyon şirketlerinin mülkiyeti, piyasanın düzenleniş biçimi, düzenleme araçları ve devletin sektör içerisindeki yeri de bu kısa süre içerisinde önemli değişiklikler göstermiştir. Gerek Avrupa ülkelerinde, gerekse Dünya'nın birçok ülkesinde bindokuzyüzseksenli yıllara kadar telekomünikasyon hizmetleri devlet tarafından verilmesi gerekli olan stratejik hizmetler olarak algılanmakta, bu hususlar ülkelerin yasalarında hatta

⁵ age., s.21.

⁶ Paul de Bijl ve Martin Peitz, Regulation and Entry into Telecommunications Markets, 3. B., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, s. 10.

⁷ Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri 406 sayılı Kanun'da "*Aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetleri*" olarak tanımlanmaktadır.

anayasalarında yer almaktaydı⁸. Ancak, bindokuzyüzseksenli yıllardan itibaren telekomünikasyon hizmetlerinin niteliği konusundaki bakış açısı değişim göstermeye başlamış; bu değişiklik de telekomünikasyon şirketlerinin özelleştirilmeye başlanması ve devletin sektördeki rolünün yeniden belirlenerek hizmet veren bir operatörden ziyade, bir regülatör olarak dönüşüme uğraması sonucunu doğurmuştur.

Telekomünikasyon alanındaki ilk özelleştirmenin gerçekleştiği İngiltere’de 1981 yılına kadar tek bir çatı altında yürütülen posta ve telekomünikasyon hizmetleri, bu tarihte ikiye ayrılarak iki ayrı kamu işletmesi tarafından verilmeye başlanmış; 1984 yılında telekomünikasyon hizmetlerini yürüten British Telecom hisselerinin yüzde elli birlik kısmının özelleştirilmesi ile kamu mülkiyetindeki bir işletme niteliğinde olan, British Telecom’un bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşüm süreci başlamış ve de bu süreç 1984 ile 1993 yılları arasında üç aşamada tamamlanmıştır⁹. İngiltere’de gerçekleşen bu özelleştirmeyi ilerleyen yıllarda çeşitli Avrupa ülkelerinde gerçekleşen özelleştirmeler izlemiş ve telekomünikasyon şirketlerinin mülkiyetlerinin değişmesi yoluyla, piyasanın serbestleşmesi yolunda önemli adımlar atılmaya başlanmıştır.

Telekomünikasyon şirketlerinin özelleştirilmesi, devletin sektördeki rolünün yeniden belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Zira, 1984 yılına kadar bir operatör olarak piyasada yer alan devlet, bu rolünden vazgeçmekte ve söz konusu operatörlük

⁸ Hasan Süel, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı 2003-2004 İlkbahar Dönemi Law 586 Yayınlanmamış Ders Notları, s. 2.

⁹ Clare Hall, Colin Scott ve Christopher Hood, Telecommunications Regulation: Culture, Chaos, and Interdependence Inside the Regulatory Process, London, New York, Routledge, 2000, s. 18.

görevini özel sektöre devretmektedir. Ancak, telekomünikasyon sektörünün niteliği devletin bir sağlayıcı olarak görevini özel sektöre devrinin ardından, sektörden tamamen çekilmesini engeller niteliktedir. Sektörün işleyişine dair kuralların ve bu kurallar içerisinde devletin rolünün yeniden belirlenmesi gerekli olacaktır.

1.1.3 Türkiye’de Telekomünikasyon Sektörünün Gelişimi

Türkiye’de telekomünikasyon alanını düzenleyen temel kanun 04.02.1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’dur. 27.01. 2000 tarihli 4502 sayılı Kanun¹⁰ ve 12.05.2001 tarihli 4673 sayılı Kanun¹¹ ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nda önemli değişikliklere gidilmiştir. Sektörün serbestleşmesi adına en önemli düzenlemelerin temeli 01.07.1994 tarih ve 4000¹² sayılı Kanun’la atılmış, bu Kanun ile o tarihe kadar P.T.T. tarafından tekel olarak yürütülen telekomünikasyon hizmetleri posta ve telgraf hizmetlerinden ayrılmış ve telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek üzere Türk Telekom kurulmuştur. Ancak, hızlı gelişen teknoloji ile birlikte, mevcut yasaların telekomünikasyon sektörünün güncel ihtiyaçlarını karşılamaması sonucunda mevcut yasaların telekomünikasyon hizmetlerinin, etkin, güvenilir ve kamu hizmetinin niteliğine uygun olarak verilmesini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹³. Bunun üzerine 4502 sayılı Kanun tahtında 406 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikler ile sektördeki önemli yapısal değişikliklerin temeli atılmış, Türk Telekom’un telekomünikasyon şebekeleri

¹⁰ 29.01.2000 tarih ve 23948 sayılı Resmi Gazete.

¹¹ 23.05.2001 tarih ve 24410 sayılı Resmi Gazete.

¹² 18.06.1994 tarih ve 21964 sayılı Resmi Gazete.

¹³ İktisadi Kalkınma Vakfı, Avrupa Birliği’nin Telekomünikasyon ve Bilişim Teknolojileri Politikası, Ankara, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 2002, s.53.

üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri ve telekomünikasyon alt yapısı üzerindeki tekel hakkının 31.12.2003 tarihinde sona ereceği belirtilmiştir. 2004 yılı ortalarından itibaren Telekomünikasyon Kurumu tarafından işletmecilere lisanslar dağıtmaya başlanarak telli telefon hizmetlerinde de liberalleşmenin ilk adımları fiili olarak da atılmıştır.

Telekomünikasyon hizmetlerinin sunumunda yenilenen teknoloji ile birlikte daha çok verinin daha hızlı bir şekilde iletilmesini sağlayan sistem ve araçların kullanımının yanı sıra gün geçtikçe birçok yeni telekomünikasyon hizmeti ortaya çıkmaktadır. Sektörde bindokuzyüzseksenli yıllarda başlayan serbestleşme akımı gelişmiş ülkelerin çok büyük bir kısmında telekomünikasyon hizmetlerinin sunumunda devletin bir operatör olarak sektörden çekilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu serbestleşme akımı gecikmeli de olsa ülkemizde de takip edilmektedir. Temel operatör olan Türk Telekom'un özelleştirilmesi 2005 yılı içerisinde gerçekleşmiş, internet erişimi, mobil telekomünikasyon hizmetleri ve uzak mesafe telekomünikasyon hizmetleri gibi birçok önemli alanda serbestleşme hukuki ve fiili olarak sağlanarak piyasa özel sektöre açılmıştır.

Türk Telekom'un özelleştirilmesi ile birlikte sektör büyük ölçüde¹⁴ serbestleşmiştir.

Ancak, telekomünikasyon hizmetleri toplumun genel ve kolektif nitelikteki

¹⁴ 5189 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi ile 2183 sayılı Telsiz Kanunu'na ilave edilen Ek Madde 2'de Türk Telekom bünyesinde faaliyet gösteren Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü'nce yürütülen deniz haberleşme ve seyir güvenliği hizmetlerinin, uydu üzerinden verilenler hariç olmak üzere, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütüleceği ve Telekomünikasyon Kurumu ile Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü

ihtiyaçlarını ve yaşadığımız yüzyılda bireylerin en temel ihtiyaçlarından birisi olan iletişim ihtiyacını karşılayan hizmetlerdir ve bu hizmetlerin tamamen devletin kontrolünün dışında bırakılmasının kabulü imkanı bulunmamaktadır. 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹⁵ birinci maddesinde, kanunun amacı "***kamu hizmeti niteliğine haiz ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi***" olarak ifade edilmiştir. İkinci maddede ise evrensel hizmet "***Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan temel internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri***" olarak tanımlanmıştır. Bir ve ikinci madde bir arada yorumlandığında kanun koyucu tarafından temel internet erişimi de dahil olmak üzere tüm elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti olarak kabul edildiği sonucu çıkmaktadır¹⁶.

arasında bir görev sözleşmesi imzalanacağı belirtilmiştir. Anılan hizmetler Telekomünikasyon Kurumu ile Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü arasında imzalanan görev sözleşmesi kapsamında Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından verilmektedir.

¹⁵ 26.06.2005 tarih ve 25856 sayılı Resmi Gazete.

¹⁶ Kanun'un beşinci maddesinde Evrensel Hizmet kapsamı belirtilirken, GSM hizmetleri açıkça sayılmamış olmasına rağmen; beşinci maddede sayılan hizmetlerden ankesörlü telefon hizmetleri, elektronik ortamda sunulacak olan rehber hizmetleri, acil yardım çağı hizmetleri ya da temel internet hizmetleri gibi hizmetler GSM aracılığı ile verilebilecek olan hizmetlerdir. Bu itibarla ankesörlü telefon hizmetleri dışındaki ses iletim hizmetleri hariç olmak üzere GSM hizmetleri tamamen beşinci madde kapsamı dışında bırakılmış değildir. Öte yandan, Evrensel Hizmet tanımı yapılırken GSM hizmetleri dışarıda bırakılmaksızın bütün elektronik haberleşme hizmetleri tanımın içerisinde yer

406 sayılı Kanun'un ikinci maddesinde telekomünikasyon ruhsatı ya da genel izinlerin Ulaştırma Bakanlığı tarafından iptal edilmesine ilişkin haller sayılırken kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesinin sayılması, telekomünikasyon mevzuatı tahtında telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin ilgili idare tarafından verilecek olan izinlere tabi tutulması da bu hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde hizmetler olduğuna dair diğer kanıtlar olarak gösterilmektedir¹⁷. Tüm bu hususlar dikkate alındığında telekomünikasyon hizmetlerinin genel olarak kamu hizmeti niteliğine sahip hizmetler olduğunu kabul etmekteyiz.

Telekomünikasyon hizmetleri bir yandan kamu hizmeti niteliğine sahip hizmetler olmakla birlikte, öte yandan yukarıda da belirtildiği gibi ülkemizde de telekomünikasyon sektörü serbestleşmekte olan bir sektördür. Bu itibarla, telekomünikasyon hizmetleri alanında bir yandan kamu hizmeti alanına ilişkin kurallar uygulanırken, öte yandan serbestleşmenin doğal sonucu olarak rekabete ilişkin kuralların uygulanması da gündeme gelmektedir. Mevzuat incelendiğinde bu hizmetlerin bir yandan ayırım yapılmaksızın, kesintisiz ve çağın gereklerine göre değişen ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ve makul kara dayalı bir biçimde fiyatlandırılarak verilmesinin aranması gibi kamu hizmeti alanı olmasından kaynaklanan kurallarla; öte yandan işletmeciler arasında sürdürülebilir bir rekabetin sağlanmasına yönelik kuralların bir arada var olduğu gözlemlenmektedir. Kamu

almıştır. Tanımda GSM hizmetlerinin kapsam dışında bırakılmıyor olması itibari ile, beşinci madde içerisinde yer almayanlar da dahil olmak üzere GSM hizmetlerinin de kamu hizmeti alanı içerisinde kabul edilmesi gerektiği; beşinci maddede yer alan kısıtlamanın sadece 5369 sayılı Kanun'un uygulama alanının sınırlarını belirlediği kanaatindeyiz.

¹⁷ Ali Ulusoy, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2002, s.16-21.

hizmetine ilişkin kurallar ile rekabete ilişkin kuralların bir arada bulunduğu bu sektörde öncelikle göz önünde tutulması gereken husus, bu sektörün temel özelliğinin bir kamu hizmeti alanı olduğudur. Bu nedenle telekomünikasyon sektöründe rekabet kuralları, ancak bu kurallar kamu hizmetine ilişkin kurallara aykırı olmadığı ölçüde uygulanabilecek, bu iki kural grubu arasında çelişki olması halinde kamu hizmetine ilişkin kurallar öncelikli olarak uygulanacaktır¹⁸.

Serbestleşen telekomünikasyon sektöründe tüm Dünya örneklerinde olduğu gibi serbestleşme sonrasında sektörün düzgün işleyişinin sağlanabilmesi için regüle edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır ve sektördeki önemli regülasyon alanlarından birini arabağlantı konusu oluşturmaktadır. En genel anlamı ile bir telekomünikasyon işletmecisinin abonelerinin, diğer bir telekomünikasyon işletmecisinin aboneleri ile haberleşmesini sağlayan bağlantı olarak kabul edilebilecek arabağlantı konusunun etkin bir biçimde düzenlenmesi özellikle piyasaya yeni giriş yapacak olan işletmeciler açısından önem taşımaktadır. Zira, telekomünikasyon piyasasında son kullanıcıların önemli bir bölümünün servis sağlayıcısı konumundaki yerleşik operatörlerin, yeni giriş yapan işletmecilere yüksek fiyatlarla arabağlantı sağlaması halinde bu yüksek tutarlar önemli bir maliyet unsuru olarak işletmecilerin sundukları servislerin fiyatlarına yansiyarak sunulan hizmetin bedelini yükseltecek, yüksek hizmet bedelleri ise bu işletmecilerin müşteri kazanmalarına engel olabilecektir. Bu açıdan telekomünikasyon regülasyonunun önemli ayaklarından birisini arabağlantı

¹⁸ Bu açıdan, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde sektörde rekabetin sağlanmasına ilişkin olarak atıf yaptığımız bölümlerde, rekabetin sağlanması hedefinin varlığı, rekabet kurallarının kamu hizmetine ilişkin kurullarla uyumlu olduğu ölçüde kabul edilmiştir.

regülasyonu oluşturmaktadır. Arabağlantı düzenlemelerine değinmeden konunun daha geniş bir çerçeveden değerlendirilebilmesi için, aşağıdaki bölümde öncelikle arabağlantı regülasyonu açısından bir üst kavram olarak telekomünikasyon regülasyonu genel hatları ile incelenecektir.

1.1.4 Telekomünikasyon Regülasyonu

1.1.4.1 Doğal Tekel ve Regülasyon Kavramı

1.1.4.1.1 Doğal Tekel

Doğal tekeller ile ilgili olarak bir tanımlama şeklinde olmasa da, kavramsal olarak ilk belirlemenin İngiliz iktisatçısı John Stuart Mill'in 1848 yılında yayımlanan "Politik Ekonominin İlkeleri" adlı çalışmasında "*Londra'da hizmetlerin mevcut durumdaki gibi birden çok firma yerine tek bir doğalgaz veya su firması tarafından sağlanması halinde ne kadar büyük bir işgücünün tasarruf edileceği ortadadır... Tek bir firma bugün elde etmekte olduğu kâr oranını da muhafaza ederek daha düşük fiyatlar uygulayabilir*" şeklinde yer aldığı belirtilmektedir¹⁹. OECD tarafından yapılan değerlendirmelerde birden fazla firma veya tesis yerine üretimin ancak bir firma tarafından en düşük maliyetle sağlandığı durumlarda doğal tekelin ortaya çıktığı

¹⁹ Ömür Paşaoğlu, Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet Bir Örnek: İngiliz Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılandırılması, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/omurpasaoglu1.pdf> (ziyaret tarihi 28 Mayıs 2005), s.5'den D.E. Lowry, «**Justification for Regulation: The Case for Natural Monopoly**,» Public Utilities Fortnightly, (1973), s. 17-23.

belirtilmektedir²⁰. Posner'e göre ise “İlgili pazardaki bütün talebin en az maliyetle iki veya daha çok firma yerine yalnızca bir firma tarafından karşılanması” doğal tekeli oluşturmaktadır²¹.

Yukarıda yer alan tanımlarda da görüldüğü üzere, doğal tekelin varlığının kabulü için var olması gerekli olan esaslı unsur belirli bir piyasadaki tüm talebin en az maliyetle tek bir firma tarafından karşılanabiliyor olmasıdır. Doğal tekeli niteliğindeki piyasalara örnek olarak çoğu zaman kamu hizmeti niteliği bulunan, büyük miktarda ilk yatırım gerektiren ve şebeke niteliğinde olan elektrik, gaz, telekomünikasyon, su gibi sektörler gösterilmektedir.

Telekomünikasyon hizmetlerinin doğal tekeli niteliği hususunda ikili bir ayrıma gidilmekte ve bu hususta temel telekomünikasyon hizmetleri katma değerli telekomünikasyon hizmetleri birbirinden ayrı olarak değerlendirilmektedir.

En temel birimini herbir nihai kullanıcının ev ya da işyerine kadar ulaşan yerel şebekelerin oluşturduğu temel telekomünikasyon hizmetlerinin bu şebeke niteliğinden dolayı doğal tekeli niteliği genel olarak kabul görmektedir. Katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin doğal tekeli özelliği taşımayan ve rekabete açılmaya

²⁰ Recep Çakal, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri, 1996, <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/cakalr/tekel.pdf> (ziyaret tarihi 28 Mayıs 2005), s. 17.

²¹ Mesut Erol, Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://ekutup.dpt.gov.tr/kamuyone/erolm/dogal.pdf> (ziyaret tarihi 29 Mayıs 2005), s. 14.'den Richard A. Posner «**Natural Monopoly and Its Regulation**,» Cato Institute, 1999, s.1.

müsait telekomünikasyon hizmetleri olduğu kabul edilmekle birlikte; söz konusu hizmetlerin büyük bir kısmının sunumunda temel telekomünikasyon hizmetlerinin alt yapısından yararlanılması gerekliliği karşısında hakim konumda bulunan yerleşik operatörlerin rekabeti engelleyici davranışlarda bulunmaları halinde, bu davranışlar söz konusu hizmetlerin sunumu açısından bir engel olarak ortaya çıkabilmektedir.²² Telekomünikasyon hizmetlerinin bu doğal tekel ya da sunumunun doğal tekel niteliğindeki şebeke bileşenlerine erişimi gerektiren niteliği sektörün regülasyonunu gerekli kılmaktadır.

1.1.4.1.2 Regülasyon

1.1.4.1.2.1 Regülasyon Kavramı ve Gelişimi

Regülasyon Türkçe’de düzenleme, tanzim etme²³ anlamında kullanılmakta olup, regülatif kelimesi de bir sıfat olarak düzenleyici, tanzim edici²⁴ anlamında kullanılmaktadır. İngilizce’de hukuksal düzenleme anlamına gelen “regulation” sözcüğü, AB terminolojisinde Birliğin genel bir düzenleyici işlemini ifade etmek amacı ile kullanılmaktadır. Ancak, 1990’lı yıllardan sonra Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kullanılmaya başlanan ve ABD idare hukuku sistemindeki anlamıyla regülasyon, “*özel kişilerin faaliyet gösterdiği tanımlı veya belirli bir alanın idare tarafından kapsayıcı ve çok boyutlu olarak düzenlenmesini ve*

²² Şahin Ardıyok, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2002, s. 167.

²³ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 6. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 733.

²⁴ Ali Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. B., Ankara, Selim Kitabevi, 2002, s. 469.

denetlenmesi'ni ifade etmektedir²⁵. Bir çok farklı yazarın farklı tanımlamalar yaptığı regülasyon ekonomik açıdan en geniş anlamda hükümetin piyasa mekanizmasına müdahalesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁶. Bu müdahale biçiminin içerisini hukuki enstürmanlarla yapılan müdahaleler dahil olduğu gibi, hukuksal normların dışında yer alan, ekonomik yaptırımların ve önlemlerin gündeme getirilmesi gibi doğrudan bir hukuki yaptırım sayılamayacak ikna yöntemlerinin kullanılmasının da regülasyon faaliyetlerinin içerisinde olduğu kabul edilmektedir²⁷. Bu haliyle regülasyonun sadece belirli bir alana yönelik olarak yapılmış olan bir hukuki düzenlemeden öte, idarenin ilgili alanda gerçekleştirdiği ya da gerçekleştireceği düzenleme, denetleme ve de yönlendirme faaliyetlerini içeren müdahaleler olarak kabulü gerekmektedir.

Esas olarak ABD kökenli olan regülasyon kavramının Kıta Avrupa'sında yaygın olarak kullanılmaya başlanması İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemden itibaren başlamaktadır²⁸. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar olan dönemde Avrupa ülkelerinde devletlerin çoğunun piyasalardaki müdahalesini serbestleştirmeden çok kamulaştırma yoluyla gerçekleştirmesi, piyasalarda bir düzenleyiciden çok bir operatör olarak yer alması ve uzmanlaşmış bağımsız düzenleyici kurumların varlığında yaşanan eksiklikler nedeni ile 20. yüzyılın ilk

²⁵ Burak Oder, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı 2003-2004 Güz Dönemi Law 561 8 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları, s. 1.

²⁶ Özge İçöz, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/ozgeicoz1.pdf> (ziyaret tarihi 3 Haziran 2005), s. 11.

²⁷ Ardiyok, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, s. 3.

²⁸ Oder, s. 5-6.

yarısında regülasyon kavramı yaygın olarak kullanılmamış olmasına rağmen; İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan itibaren ve özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinde yaşanan serbestleşme hareketleri ile birlikte regülatif faaliyetler Kıta Avrupası ülkelerinde hız kazanmıştır²⁹. 20. yüzyılın son çeyreğinde hızlanan özelleştirme hareketleri, regülatif faaliyetlerin önem kazanmasında etkin olmuş ve regülasyonun özellikle altyapı özelleştirmelerinde tekel konumundaki işletmecilerin hakim durumlarını tüketiciler aleyhine kötüye kullanmalarının engellenmesinde anahtar bir rol oynayacağı³⁰ ve regülasyon faaliyetlerinin kartellerin tekeli hareketlerinin engellenmesini ve düzgün işleyen bir piyasanın oluşmasını sağlayacağı³¹ kabul edilmiştir.

Toplumların gündelik yaşamlarında büyük önem arz eden ve çoğu kamu hizmeti niteliğinde olan³² pek çok hizmetin özel sektöre açılmış olmasının sonucunda ortaya çıkan regülasyon fikri³³ genel olarak aşağıda sayılan hedefleri taşımaktadır³⁴:

²⁹ Erol, s. 31-32.

³⁰ Bernardo Bortolotti, Marcella Fantini ve Domenico Siniscalco, "Regulation and Privatisation the Case of Electricity", <http://www.feem.it/NR/rdonlyres/8F4529E4-69AC-466B-99AD-48FF09F82DEF/314/7098.pdf> (accessed 12 June 2005), s. 8.

³¹ Roger G. Noll, «Economic Perspectives On the Politics of Regulation,» **Regulation Economics and the Law**, der. Anthony I. Ogus, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, s. 48.

³² Oder'e göre regülasyonun idare hukuku anlamında bir kolluk faaliyeti olarak kabulü ve ekonomik regülasyonun, devletin ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla ekonomik hayata müdahale etmesi şeklinde tanımlanması halinde bu kabul kamu hizmeti boyutu olmayan piyasaların regülasyonuna da imkan verecektir.

³³ Regülasyon fikrinin ortaya çıkmasındaki en önemli fiili nedenin kamu eliyle sunulan hizmetlerin özel sektöre devri sonucunda ortaya çıkması muhtemel sorunlarla ilgili olarak belirli tedbirlerin alınması yönündeki düşünce olması, regülasyon kurumlarının sadece özel sektör kuruluşlarına

- Regülasyon konusu hizmetlerin tüketiciler arasındaki dağılımının etkinliğini sağlamak, hakim konum durumlarının hizmet dağılımında olması gereken etkinliğe engel olmasını önlemek,
- Hizmetleri üreten firmaların bu hizmetleri en düşük maliyetle üretmesini sağlayarak, maliyet verimliliği oluşturmak,
- Belirli durumlarda, hizmetin maliyeti dahi karşılanamayacak durumda olsa dahi bu hizmetin maliyetin karşılanamadığı bölge ya da gelir gruplarına ulaşmasının sağlanarak evrensel hizmet prensibinin gerekliliklerini yerine getirmek,
- Hizmet üreten firmaların hakim konumlarından istifade ederek aşırı karlar yaratmalarını sınırlamak ve tüketicilerin ödediği fiyatların makul olmasını sağlamak,
- Yatırımcıların rekabetçi bir kar elde edebilmelerinin öngörülmesini sağlamak.

Sayılan hedeflerin gerçekleştirilebilmesi amacıyla piyasalara müdahale edilirken bu hedeflerin, nitelikleri gereği birbirleriyle çelişmeleri söz konusu olabileceğinden, bu hallerde regülasyonun tek bir hedefe yöneltilmemesi, toplumsal fayda/maliyet analizi

müdahale edebileceği sonucunu çıkarmamalıdır. Zira, regülasyon ihtiyacı nedeni ile regülasyon kuruluşlarının oluşturulduğu telekomünikasyon enerji gibi çeşitli sektörlerde halen devlet eliyle verilmekte olan bir çok hizmetin var olmasının yanı sıra, bu sektörlerdeki işleyiş üzerindeki temel olumsuz etkiler ilgili kamu işletmelerinin faaliyetlerinden kaynaklanabilmektedir. Bu hallerde regülasyon kuruluşların söz konusu kamu işletmelerine müdahale etmesi gerekliliği, kaynakların etkin kullanıldığı ve işleyebilir bir rekabet ortamının sağlanabildiği bir piyasanın oluşturulabilmesi için kaçınılmazdır.

³⁴ Erol, s. 37.

yapılarak regülasyon yapılmasının mı yoksa yapılmamasının mı toplum açısından daha yararlı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir³⁵.

1.1.4.1.2.2 Regülasyon Faaliyetlerinin Hukuki Niteliği

Yukarıda da değinildiği üzere Kıta Avrupası'nda regülasyon kavramı ağırlıklı olarak İkinci Dünya Savaşı'nın ardından özelleştirme hareketlerinin başlaması ve zaman içerisinde hız kazanması ile kullanılmaya başlanmıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde kuvvetli bir kamu hizmeti ve kamu yararı geleneği bulunmakta olup, bu gelenek çerçevesinde devletin genel ve kolektif gereksinimleri ya bizzat karşılaması ya da karşılanmasını sağlaması gerekmektedir.³⁶ Bu nedenle, Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan ülkemizde kamu hizmeti niteliğindeki hizmetler devlet tarafından doğrudan verilmiyor olsalar dahi devletin kontrolü altında verilmek zorundadır. İdarenin kamu hizmeti sunan özel kişilerin üzerindeki gözetim, denetim ve kontrol yetkisi, idarenin hizmeti sunan kişiye ve bu kişi ile alıcısı arasındaki ilişkiye müdahale yetkisini de içermekte ve idarenin kamu hizmetinin asli yükümlüsü olması ilkesinden türetilen bu müdahale yetkisi geri planında kolluk faaliyetlerini de içine almaktadır³⁷. Öte yandan Anayasa'nın 167. maddesi, devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı, önlemler alma yükümlülüğü getirerek "ekonomik kamu düzeni"nin sağlanması görevini yüklemiştir³⁸.

³⁵ İçöz, s.18.

³⁶ Oder, s. 8.

³⁷ age, s. 8.

³⁸ Burak Oder, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı 2003-2004 Güz Dönemi Law 561 5 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları, s. 8.

İdari faaliyetler açısından kolluk kamu düzenini sağlayan, koruyan ya da bozulduğunda eski durumuna getiren yönetsel etkinliklerdir³⁹. İdari kolluk faaliyetlerinin amacı, temel olarak güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık öğelerinden oluşan⁴⁰ (ancak ahlaki tutum ve davranışların açığa vurulmuş olması ve bunların dış düzeni tehlikeye sokması halinde sınırı da olsa kamu düzeninin kapsamına girdiği ifade edilmektedir)⁴¹, kamu düzenini sağlamak, korumak ve bozulduğunda bunu geri getirmektir⁴².

İdari kolluk işlemleri temel olarak iki ayrı seviyede ele alınmaktadır. Buna göre genel nitelikteki düzenleyici işlemler ile, düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip idari makamlar tarafından çıkartılan yönetmelik, tüzük, genel emir gibi düzenleyici belgeler vasıtası ile genel nitelikteki kurallar konulmakta (bunlar yasak koyma biçiminde olabileceği gibi, izin alınmasına ilişkin esasların belirlenmesine ya da haber verilmesine yönelik olabilecektir); bireysel işlemlerle de düzenleyici kolluk işlemleri bireylere uygulanmaktadır⁴³.

³⁹ A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 17. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 270.

⁴⁰ Metin Günday, İdare Hukuku, 8. B., Ankara, İmaj Yayınları, 2003, s. 261.

⁴¹ Gözübüyük, s. 271.

⁴² İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2001 s. 472.

⁴³ Gözübüyük, s.274.

İdare ekonomik kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olarak yaptığı kolluk faaliyetleri kapsamında kamu hizmeti sunan özel kişiler üzerindeki gözetim, denetim ve kontrol yetkisine dayanarak hizmet sunucusu ile alıcılar arasındaki ilişkilere müdahale etmesinin yanında, birden fazla hizmet sunucusunun rekabet ettiği piyasalarda bu hizmet sunucularının kendi aralarındaki ilişkilerine de müdahale etmekte ve ayrıca sunucu ile alıcı arasında hizmet akışının kısıtlı olduğu telefon, elektrik, doğalgaz gibi kamu hizmeti piyasalarında piyasalara girişi denetim altına almaktadır⁴⁴. Regülasyon faaliyetlerinin kapsamı incelendiğinde de, yapılan faaliyetlerin genel olarak kolluk faaliyetleri ile örtüştüğü ortaya çıkmaktadır. Zira, regülasyon faaliyetleri kapsamında ilgili düzenleyici otoriteler kanunla çizilen çerçeve dahilinde yaptıkları genel nitelikteki düzenleyici işlemlerle yetki alanları kapsamında (eğer sektöre özel bir düzenleyici kuruluş söz konusu ise) ilgili sektöre giriş, yasaklanan ya da izin verilen işlemler, uygulanacak yaptırımlar gibi konularda yürütülecek işlemlere ilişkin kuralları genel olarak ortaya koymakta; bunun ardından söz konusu işlemleri ilgili taraflarla bireysel işlemlerle uygulamaktadır. Yapılan bu regülasyon faaliyetleri ile temel olarak ilgili piyasa ya da alanda ekonomik kamu düzeninin sağlanmasına çalışılmaktadır. Bu itibarla, kolluk faaliyetlerinin kamu düzeninin sağlanması amacı ile hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi olarak tanımlanması durumunda “regülasyon” bir kolluk faaliyeti olarak ortaya çıkmakta,⁴⁵ ilgili regülasyon faaliyetini yürüten bağımsız idari otoriteler ise kullandıkları yetkiler ve yaptıkları işlemler bakımından kolluk yetkisi kullanmaktadır⁴⁶.

⁴⁴ Oder, Law 561 8 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları, s. 8-9.

⁴⁵ age., s. 11.

⁴⁶ Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Perşembe Konferansları, 4. Sayı (Ocak 2000), s. 14.

1.1.4.2 Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon

Altyapı hizmetleri konusunda başlayan özelleştirme hareketleri telekomünikasyon sektöründe de etkisini göstermiş ve 1984 yılında British Telecom hisselerinin %51'lik kısmı özelleştirilmiş ardından sektörde başlayan özelleştirme süreci 1990'lı yılların ortalarına gelindiğinde pek çok Avrupa ülkesinde tamamlanmış ve özelleştirme öncesinde operatör konumunda olan devlet, özelleştirmelerin ardından bu konumunu yitirmiştir. Öte yandan, teknolojinin hızlı gelişimi ve bilgisayar teknolojilerinin telekomünikasyon alanındaki kullanımının yaygınlaşması ile sektörde pek çok yeni hizmet alanı ortaya çıkmış ve GSM, internet gibi bu katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin sunumu telekomünikasyon şirketlerini özelleştirmemiş olan devletlerde dahi devlete ait operatör şirketlerin yanında özel sektör şirketleri tarafından da yürütülmeye başlanmıştır. Tüm bu gelişmelerin sonucunda gerek özelleştirmeler yolu ile devletin piyasadan bir operatör olarak çekilmesi, gerekse daha önce devlet eliyle yürütülen, ya da yeni ortaya çıkmış olan telekomünikasyon hizmetlerinin özel sektör tarafından yürütülmeye başlanması sektörde önemli yapısal değişikliklere neden olmuştur. Bu yapısal değişiklikler sonucunda, gerek devletin gerekse özel şirketlerin sektördeki rollerinin, birbirleriyle ve tüketicilerle olan ilişkilerinin yeniden belirlenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere, telekomünikasyon hizmetleri büyük çoğunlukla doğal tekel niteliği gösteren hizmetlerden oluşmaktadır. Doğal tekel niteliği arz etmeyen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülebilmesi ve son kullanıcıya ulaşılabilmesi için ise yine doğal tekel niteliğindeki şebeke bileşenlerine erişimin sağlanması gerekmektedir

Çok büyük bir kısmı, kamu hizmeti niteliğinde olan ve doğal tekel özelliği gösteren bu sektördeki yapısal değişiklikler sektörün regülasyonu ihtiyacını doğurmuştur. Zira, devlet tekelinde olan faaliyetlerin özel sektöre devri ile bir kamu tekelinin özel bir tekel haline dönüştürülmesi amaçlanmamaktadır. Bu itibarla, mülkiyet devrinden sonra, söz konusu şirketlerin tekeli davranmaması, örneğin aşırı yüksek fiyatlar uygulamaması, hizmet kalitesini düşürmemesi ya da diğer operatörlerden gelen makul erişim taleplerini reddetmemesi için bu alanın devlet tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, bu hususların tamamı piyasa aksaklığı oluşturacak ve bu piyasa aksaklıkları ise ancak devlet müdahalesi ile çözümlenebilecektir⁴⁷.

Telekomünikasyon sektöründe genel olarak kabul gören regülasyon amaçları aşağıdaki şekilde sayılmıştır⁴⁸:

- Temel telekomünikasyon hizmetlerine evrensel erişimi sağlamak,
- Telekomünikasyon hizmetlerinin etkili tedarik edilmesini sağlamak, hizmetlerini gelişimini ve bu hizmetlerin makul fiyatlarla verilmesini ve de kalitesinin arttırılmasını sağlamak,
- Rekabetçi bir telekomünikasyon piyasasının gelişimini teşvik etmek, sürdürülebilir bir rekabet ortamının sağlandığı bir piyasanın oluşturulamaması halinde ise hakim durumda bulunan firmaların piyasa gücünü ya da hakim durumunu kötüye kullanmasını engellemek,

⁴⁷ İzak Atiyas, “ Ne İçin ve Nasıl Regülasyon”, http://www.tesev.org.tr/projeler/kamu_devlet_metin_tebliğ1.php (ziyaret tarihi, 30 Mayıs 2005).

⁴⁸ Erol, s. 65-66.

- Telekomünikasyon şebekelerindeki yatırımı büyötmek için uygun ortamını yaratılmasını sağlamak,
- Telekomünikasyon piyasasında regölasyon ve lisanslama sürecinde kamu güvenini sağlamak,
- Tüketici haklarını korumak,
- Telekomünikasyon şebekelerine herkesin verimli ve hızlı bir şekilde bağlanabilmesini sağlamak,
- Kıt kaynakların optimizasyonunu sağlayarak çeşitli ve uygun sayıda erişim yolları sağlamak.

Telekomünikasyon sektörü pek çok giriş engelinin var olduğu bir sektördür. Özellikle sabit telekomünikasyon şebekelerinin sabit ve batık maliyetlerinin çok yüksek olması ve abonelerin evlerine kadar döşenmiş olan kabloların hizmetlerin sunumu açısından zorunlu olması en büyük giriş engelini oluşturmakta bunların yanında şebeke değişikliğinin tüketici açısından ek bir maliyet yaratıyor olması gibi hususlar da sektördeki diğer bazı giriş engelleri olarak gösterilmektedir⁴⁹.

Gerek sektörün, gerekse telekomünikasyon hizmetlerinin sayılan özellikleri düzgün işleyen bir telekomünikasyon sektörünün oluşabilmesi için düzenleyici kurumlar tarafından yapılacak müdahaleleri gerekli kılmaktadır. Piyasaya yeni giren işletmecilerin varlıklarını sürdürebilmeleri ve etkin bir rekabet ortamının sağlanabilmesi açısından lisanslama, fiyatlandırma gibi hususlarda düzenleyici kurumlar tarafından yapılan düzenleyici faaliyetler dışında erişim ve arabağlantı konularında yapılacak olan düzenlemeler özel bir önem taşımaktadır. Zira,

⁴⁹ İçöz, s.25.

işletmecilerin yerleşik operatörler ile arabağlantı tesis edememesi veya yerel şebekelere ya da ihtiyaç duydukları şebeke bileşenlerine erişememeleri halinde hizmet vermeleri mümkün olmayacak; arabağlantının ya da erişimin yüksek fiyatla sağlanması halinde ise işletmeciler bu maliyeti tüketicilerine yansıtmak zorunda kalacaklarından bu durum tüketici tercihlerini arabağlantı talep eden işletmecilerin aleyhine etkileyecektir.

1.2. Arabağlantı Kavramı ve Benzer Kavramlardan Farkları

Telekomünikasyon sektörü açısından düzenleyici kurum tarafından yapılacak olan regülasyonların bir kısmı operatörün tüketici ya da devletle olan ilişkilerini düzenlemektedirken, ikinci grup regülasyonlar ise operatörlerin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenlemektedir. Operatörler arasındaki bu ilişkilerde önemli anlaşmazlık konularından birisini de arabağlantı konusu oluşturmaktadır.

Telekomünikasyon hizmetlerinin büyük kısmı doğal tekel niteliği göstermektedir ve telekomünikasyon hizmetlerinin verilebilmesi için telekomünikasyon şebekelerine geniş anlamda erişimin uygun koşullarda sağlanması gerekmektedir. Piyasaya yeni girmiş bir operatörün şebeke bileşenlerine erişememesi ya da diğer operatör ile makul şartlarda arabağlantı yapmamış olması halinde, yeni operatörün hizmet vermesi ve abonelere ulaşması oldukça zorlaşmaktadır. Bu durum da, şebeke bileşenlerini elinde tutan yerleşik operatör adına önemli bir avantaj yaratmaktadır. Yerleşik operatörün bu güçlü konumunda, piyasaya yeni giren operatör ile yerleşik operatör arasında yapılması gerekli olan erişim ya da arabağlantı anlaşmalarını

sadece tarafların iradelerine bağlamak söz konusu anlaşmaların makul koşullar ile yapılamaması, ve yerleşik operatörlerin de tekel konumunda kalması ihtimali ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle söz konusu alan regülatörün 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 tekeli 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.”*⁵⁰ Yazar tarafından da ifade edildiği gibi, sektöre yeni oyuncuların girebilmesi ve tekeli yapının ortadan kaldırılabilmesi ancak arabağlantı anlaşmalarının varlığı halinde mümkün olabilecektir. 4502 sayılı Kanun’un gerekçesinde arabağlantının önemi şu şekilde ifade edilmiştir:

"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

⁵⁰ Arif Ogün Sarı, Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Mobil Sanal Ağ Operatörlüğü, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2004, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ogunsari.pdf> (ziyaret tarihi 12 Ağustos 2005), s. 17’den M. Tetrault, «**Telecommunications Regulation Handbook (Draft)**», The World Bank, (2000).

kurmadığı müddetçe fiziken ve teknik olarak imkansızdır. Hakim konumdaki mevcut şebekelerin işletmecilerinin arabağlantı taleplerini makul şartlar dairesinde karşılamamaları halinde, hukuki tekellerin yerini fiili 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.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı birinci maddesi şu şekildedir. *"Bu Yönetmeliğin amacı; kullanıcıların makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından azami ölçüde yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi, telekomünikasyon sektöründe verimliliğin, sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması ve uzun vadede kullanıcıların yararına olacak rekabet ortamının oluşturulmasına yönelik altyapı yatırımlarının desteklenmesi için telekomünikasyon şebekelerine, erişim ve arabağlantıya ilişkin usu ve esasları belirlemektir."*

Gerek Tetrault'un arabağlantı konusunun önemine ilişkin görüşlerinde, gerekse 4502 sayılı Kanun'un gerekçesinde ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin birinci maddesinde arabağlantının gerekliliği anlatılırken, sürdürülebilir rekabetin tesisi, sektörün rekabete açılması, liberal bir telekomünikasyon piyasasının oluşturulması gibi kavramlara yapılan atıflar mevcuttur. Her ne kadar 4502 sayılı Kanun'un gerekçesinde ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde rekabetin tesisine ilişkin atıflar olsa da, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde telekomünikasyon alanının genel olarak bir kamu hizmeti alanı olduğu unutulmamalıdır. Bu itibarla, mevzuatta rekabetin tesisine ilişkin olarak yapılan atıflar, yine aynı mevzuatta

telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini gösterir hükümler ve 5369 sayılı Kanun ile birlikte değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, yukarıda da değindiğimiz gibi sektörde rekabetin tesisine ilişkin kurallar, ancak bu kuralların kamu hizmetine ilişkin kurullarla örtüştüğü ölçüde uygulanabilecek; bir uyumsuzluk halinde ise kamu hizmetine ilişkin kurullara öncelik tanınacaktır.

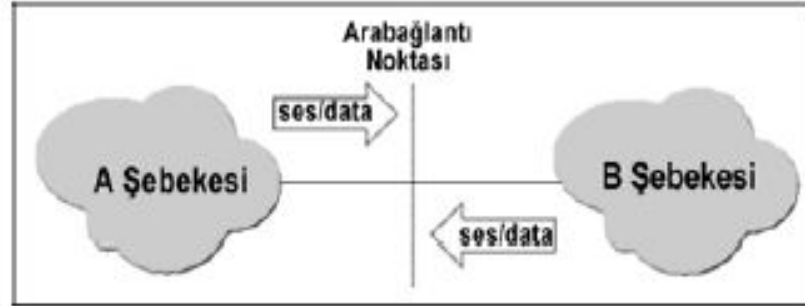
1.2.1 Arabağlantı Kavramı

406 sayılı Kanun'da ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde arabağlantı "*İki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması*" olarak tanımlanmıştır. Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda⁵¹ ise arabağlantı benzer bir şekilde "*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 kamu elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁵¹ Dönem ve Yasama Yılı 22/4, Esas Numarası 1/1120, TBMM Başkanlığına Geliş Tarihi 18.10.2005, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=35710.

Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı, elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi, alt yapının tesisi ve işletilmesi, tüketici hakları, rekabetin tesisi, kaynakların kullanımı gibi konularda temel kuralların, hak ve yükümlülüklerin belirlenmesine ilişkin olarak hazırlanmakta olup, bu tasarının yasalaşması halinde sektöre ilişkin temel düzenleyici yasa olan 406 sayılı Kanun büyük ölçüde yürürlükten kalkacaktır.

Daha basit bir tanımlama ile arabağlantı, son kullanıcıların haberleşmesine olanak sağlayan şebeke işletmecileri arasında, hukuki teknik ve ekonomik düzenlemeler kümesi olarak da ifade edilmektedir⁵². Farklı telekomünikasyon şebekelerinin birbirleriyle aralarında kurulan bağlantıyı ifade eden bu kavramı bir örnek ile açıklamak gerekirse, X telekomünikasyon şirketinin (bu şirket bir GSM şirketi olabileceği gibi, bir sabit telefon operatörü de olabilir) abonesinin, Y telekomünikasyon şirketinin bir abonesini arayabilmesi için bu iki şirket arasında arabağlantı tesis edilerek, bunların birbirleriyle irtibatlandırılmış olması gerekmektedir. İşte, farklı operatörlerin şebekeleri arasında, bu operatörlerin birbirlerine ses ya da veri iletimini sağlayan bağlantıya arabağlantı denmektedir.



(Şekil, Sümer, s. 6)

Yukarıdaki şekilde de görüleceği üzere bir telefon görüşmesi arayan ve aranan tarafların operatörlerinin birlikte katılımını ve her iki operatörün bağımsız

⁵² Nihat Sümer, Yeni Kuşak Arabağlantı: 2G/3G Arabağlantı, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2004, http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/Nihat-Sumer-Tez.pdf (ziyaret tarihi 3 Ağustos 2005), s.6.

şebekesinin kullanımını gerekli kılmaktadır⁵³. Arabağlantı sözleşmeleri ile anılan bağımsız şebekeler arasındaki bağlantı tesis edilmektedir.

Mevzuatta yer alan arabağlantı tanımının lafzından da anlaşılacağı üzere, arabağlantı kavramı bir karşılıklı ilişki üzerine kurulmuştur. Yani, arabağlantı'nın varlığından söz edebilmek için iki operatörün abonelerinin karşılıklı olarak irtibatının söz konusu olması gerekmektedir. Zira, kanunda varlığı aranan husus **iki** ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki trafiğin gerçekleştirilmesini teminen **iki** şebekenin birbirine irtibatlandırılmasıdır. Bu açıdan, esas olarak, karşılıklı irtibatın söz konusu olmadığı ya da çağrının başlatılması, taşınması ya da sonlandırılması aşamalarının herhangi birinde üçüncü bir operatörün devreye girdiği ilişkilerin arabağlantı olarak kabul edilmemesi gerekmektedir⁵⁴.

Arabağlantı ve ilgili arabağlantı pazarı ulusal düzlemde olabileceği gibi, uluslararası düzeyde de olabilir. Çalışmamız açısından ilgili arabağlantı pazarı, çağrı başlatma ve

⁵³ Julian Wright "Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime?," Review of Network Economics, http://rnejournal.com/articles/wright_mar02.pdf (accessed 3 August 2005), s. 59.

⁵⁴ Ancak, Telekomünikasyon Kurumu tarafından yukarıdaki nitelikleri tam olarak taşımamasına rağmen UMTS işletmecileri ile Türk Telekom ya da GSM işletmecileri arasında kurulan ya da kurulması talep edilen şebeke irtibatlandırmaları arabağlantı olarak kabul edilmektedir. Bunların Telekomünikasyon Kurumu tarafından arabağlantı olarak nitelendiriliyor olması ve çağrı sonlandırma ya da trafik taşıma gibi işlemlere ilişkin olarak imzalanan sözleşmelerin Kurum tarafından arabağlantı sözleşmeleri altında değerlendiriliyor olması nedeni ile çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde söz konusu anlaşmalar ya da uyuşmazlıklara da değinilmiştir.

sonlanma noktalarının aynı ülke içerisinde olduğu ulusal arabağlantı pazarı olarak ele alınmıştır.

Arabağlantı kavramının özellikle GSM hizmetleri açısından daha iyi anlaşılabilmesi için, GSM sistemine ilişkin bazı temel kavram ve bilgiler ile arabağlantının söz konusu sistem içerisindeki yerine kısaca değinmekte fayda vardır. Telsim tarafından Türk Telekom aleyhine yapılan şikayet üzerine, Rekabet Kurulu tarafından verilen 16.04.2002 tarihli kararda şebekeler arasındaki arabağlantının işleyişi aşağıdaki şekilde açıklanmıştır⁵⁵:

“.....

GSM santralleri içinde yer alan HLR (Home Location Register) adlı bileşen, tüm abonelerin bilgileriyle ilgili bir veri tabanı içerir ve baz istasyonları aracılığıyla santrale gelen çağrının mevcut abonelerden birine ait olup olmadığını kontrol eder. Çağrı aboneye aitse, yine baz istasyonlar aracılığıyla abonenin cep telefonuna şebeke kullanım izni verilir. HLR birimi ayrıca, abonenin bulunduğu baz istasyonu bilgilerini de güncel olarak saklar. Böylece GSM santraline o aboneye görüşmek üzere bir çağrı geldiğinde, çağrı abonenin bulunduğu baz istasyonuna gönderilir.

.....

Arabağlantı: İki farklı iletişim şebekesi arasında haberleşme yapılabilmesi için, şebekelerin birbirleriyle bağlantısı olmalıdır. Şebekelerin bağlandıkları noktaya arabağlantı noktası denir. Birbirlerine çağrı trafiği olan bütün şebekelerin doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantıları ve arabağlantı noktaları vardır.

⁵⁵ 16.04.2002 tarih ve 02-24/241-96 numaralı RK kararı.

Bir şebekeden diğesine arama yapıldığında, önce HLR tarafından arayan abonenin kimlik bilgileri kontrol edilerek abonenin bu işlem için yetkili olup olmadığı saptanır. Herhangi bir sorun olmadığı takdirde, santral anahtarlama bölümünde aranan numara için bir sorgulama işlemi başlatılır. Eğer aranan numara TTAŞ şebekesindeki bir sabit telefon abonesine ait ise arama isteği TTAŞ santrallerine yönlendirilir.

Eğer aranan numara bir GSM abonesine ait ise arama isteği bu defa ilgili santral binasına (GSM santrali) iletilir. Bu santralde ise aranan abonenin nerede (hangi baz istasyonunun bölgesinde) olduğu sorgulaması yapılır. Aranan abone bulunduktan sonra aboneye en yakın baz istasyonuna TTAŞ transmisyon hatları ya da radyo linkler yoluyla ulaşılarak çağrı gerçekleştirilir.”

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere bir GSM operatörü, kendi santral binaları arasında veya diğ operatörlere ait santral binaları ve yerleşik PSTN operatörünün (TTAŞ) santralleri arasındaki iletimi sağlamak için söz konusu yerleşik operatöre ait transmisyon hatlarını kullanmak ve bu operatör ile arabağlantı tesis etmek zorundadır

Arabağlantı konusunda, arabağlantı sağlanan şebekelere göre yapılan ayırmda beş çeşit arabağlantının varlığı kabul edilmektedir⁵⁶:

- Sabit telekomünikasyon şebekesi ile diğ bir sabit telekomünikasyon şebekesi arasında kurulan arabağlantı,

⁵⁶ David N. Townsend, ITU, **ITU Workshop on Interconnection (Regulation and Procedures of Interconnection)**, Sanya City, 2001, <http://www.itu.int/ITU-D/ict/papers/2001/china/20-Document%207.pdf> (accessed 3 August 2005), s.1.

- Sabit telekomünikasyon şebekesi ile mobil telekomünikasyon şebekesi arasında kurulan arabağlantı,
- Mobil telekomünikasyon şebekesi ile diğer bir mobil telekomünikasyon şebekesi arasında kurulan arabağlantı,
- Data şebekeleri ile kurulan arabağlantı,
- Yukarıda sayılanların kombinasyonu ile oluşan arabağlantılar.

1.2.2 Arabağlantı Kavramı'nın Benzer Kavramlardan Farkı

Her ne kadar aralarında önemli farklılıklar bulunsa da arabağlantı kavramı özellikle “erişim” ve “roaming” kavramları ile karıştırılabilmektedir. Bu itibarla, “erişim” ve “roaming” kavramlarının, arabağlantı kavramından farklılığına kısaca değinmekte fayda vardır.

1.2.2.1 Erişim ve Arabağlantı

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde erişim “*Yönetmelikte belirtilen koşullar altında, telekomünikasyon alt yapısı ve/ veya hizmetlerinin diğer bir işletmeciye sunulması*” olarak tanımlanmıştır. Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nın erişimi düzenleyen üçüncü bölümünün ilk maddesi olan 15. maddede erişimin kapsamı belirlenmiştir. Buna göre:

- Yerel ağa ayrıştırılmış erişim ve veri akışı erişimini de kapsamak üzere elektronik haberleşme şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle yapılacak olan erişim,
- Binalar, borular ve direkleri de içerecek şekilde fiziksel alt yapıya erişim,

- İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde yazılım sistemlerine erişim,
- Numara dönüşümüne ve eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişim,
- Sanal şebeke hizmetlerine erişim,
- Elektronik haberleşme şebekeleri arasındaki **arabağlantı**,
- Ulusal dolaşım da dahil olmak üzere sabit ve mobil şebekelere erişim,
- Koşullu erişim sistemlerine erişim,
- Yeniden satış amacıyla hizmetlerin toptan seviyede sunulması,
- Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılacak düzenlemeler ile belirlenecek diğer erişim halleri, erişimin kapsamı içerisinde sayılmıştır.

Gerek Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde yer alan erişim tanımı gerekse taslak kanunda yer alan kapsam maddesi incelendiğinde erişimin arabağlantı kavramını da içine almakla birlikte, arabağlantıdan daha geniş bir anlamı ifade ettiği ortaya çıkmaktadır. AB'nin 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi⁵⁷ incelendiğinde de aynı sonuç ortaya çıkmaktadır. Direktif'te erişimin, arabağlantıdan daha geniş bir kavram olduğu ve arabağlantının erişimin özel bir türü olduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu doğrultuda erişim, binalar, borular ve direkler de dahil olmak üzere her türlü telekomünikasyon şebekesi bileşenlerine ve telekomünikasyon tesislerine, işletim sistemleri ve sanal şebeke hizmetlerine ve ilgili telekomünikasyon mevzuatı kapsamında belirlenen tüm şebeke bileşenlerine erişimi ifade etmektedir.

⁵⁷ Directive 2002/19/EC of 7 March 2002 on Access to and Interconnection of Electronic Communications Networks and Associated Facilities, O.J. L108/7.

1.2.2.2 Roaming ve Arabağlantı

Ulusal Dolaşım Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te⁵⁸ roaming “Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışması veya bir diğer sisteme arabağlantısına imkan sağlayan sistemler arası dolaşım” olarak tanımlanmıştır. Roaming genel anlamı ile bir GSM işletmecisinin abonesinin, ilgili GSM işletmecisinin kapsama alanı dışında olmasına rağmen diğer bir GSM işletmecisinin ekipmanları üzerinden GSM hizmetlerinden yararlanmasını ifade etmektedir. Özellikle GSM işletmecilerinin yeni kurulmuş oldukları ve alt yapılarını geniş çaplı olarak kuramadığı ve kapsama alanlarının dar olduğu dönemlerde bu işletmecilerin roaming anlaşmaları yaparak kapsama alanları dışında da müşterilerine hizmet verilmesini sağlamaları hayati öneme sahiptir.

Dört temel roaming çeşidinin varlığı kabul edilmektedir⁵⁹. Bunlar :

- Operatörün abonelerine ülke sınırları dışında da telekomünikasyon servislerinden yararlanma imkanı veren uluslararası roaming,
- Ülke sınırları içerisinde, bir bölgede birden fazla operatör olması halinde bir operatörün kapsama alanı dışında, söz konusu operatörün abonelerinin bu operatörün kapsama alanı dışında ülkedeki diğer operatörlerin alt yapısından yararlanarak telekomünikasyon servislerinden faydalanmasına imkan veren ulusal roaming,

⁵⁸ 08.03.2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁹ Lasse Lautopuro, “EU Regulation for Interconnection and Roaming”, http://www.netlab.tkk.fi/opetus/s38042/s04/Presentations/10112004_Rautopuro/Rautopuro_paper.pdf (accessed September 2005), s. 1.

- ÜLke sınırları içerisinde herbir operatörün ayrı bölgesinin olduğu hallerde, operatörlerin abonelerine, ilgili operatörün bölgesi dışında telekomünikasyon servislerinden faydalanmasına imkan veren bölgeler arası (inter regional) roaming,
- Farklı teknolojiler arasındaki (örneğin 2G⁶⁰ teknolojisi ile 3G⁶¹ teknolojisi arasında) teknolojiler arası (inter-technology) roaming.

⁶⁰ Elektromanyetik dalgaların telekomünikasyon aracı olarak kullanılmaya başlaması ile ilk olarak A.B.D.'de 1940'lı yılların sonlarında, Avrupa'da ise 1950'li yılların başlarında tek hücreli analog araç telefonlar, 1970'lerin sonlarında da hücreli analog mobil telefonlar kullanılmaya başlanmıştır. Bu sistemler, birinci nesil analog teknolojiyi kullanmakta olup, bu teknolojinin kullanıcıların zamanla artan ses kalitesi, kapasite, kapsama alanı gibi ihtiyaçlarına cevap vermekte yetersiz kalması üzerine, ikinci nesil (2G) sayısal teknolojiye doğru yol alınmıştır. İşte birinci nesil teknolojilere göre daha yüksek kapasite ve ses kalitesine sahip olan bu teknolojinin kullanıldığı sistemler ikinci nesil telekomünikasyon hizmetleri olarak adlandırılmaktadır. Bugün kullandığımız GSM standartlarındaki cep telefonları, 2G sayısal teknolojiyi kullanan sistemlere bir örnek teşkil etmektedir (Deniz Yanık, "Üçüncü Nesil Mobil Telekomünikasyon Sistemleri," Telekomünikasyon Ekseni, 2. Sayı, <http://www.tk.gov.tr/tkekseni2/ANASAYFA.HTML> (ziyaret tarihi, 10.11.2006)).

⁶¹ 2G teknolojisinin yaygınlaşmasının ardından teknolojik gelişmeler bir sonraki aşama olan 3G teknolojisini getirmiştir. 2G ile kıyaslandığında çok daha yüksek hızlarda, çok daha yüklü miktardaki ses ya da datanın yüksek kalitede cep telefonları aracılığı iletilmesine imkan veren üçüncü nesil (3G) mobil telekomünikasyon teknolojisinin en göze çarpan özelliği, sesten ziyade data iletimine odaklanmış olmasıdır. Bu teknolojinin kullanılmaya başlanması ile mobil telefonlar vasıtasıyla yüksek hızda internet bağlantıları sağlanabilmekte, bu sayede kullanıcıya hareket halinde iken sesin yanı sıra data, resim, grafik ve benzeri bilgiler geniş bantta iletilmektedir (Deniz Yanık, "Üçüncü Nesil Mobil Telekomünikasyon Sistemleri," Telekomünikasyon Ekseni, 2. Sayı, <http://www.tk.gov.tr/tkekseni2/ANASAYFA.HTML> (ziyaret tarihi, 10.11.2006)).

Yukarıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere arabağlantı bir operatörün abonelerinin diğer bir operatörün aboneleri ile iletişim kurmasını sağlarken; roaming bir operatörün abonelerinin, bu operatörün kapsama alanı dışında diğer operatörün alt yapısından faydalanarak telekomünikasyon hizmetlerinden yararlanmaya devam etmesini sağlamaktadır.

1.3 Arabağlantının Önemi ve Arabağlantının Düzenlenmesini Gerekli Kılan

Nedenler

1.3.1 Arabağlantı'nın Önemi

Telekomünikasyon piyasasının özel sektöre açılması ve piyasanın serbestleşmesi ile birlikte, arabağlantı tüm Dünya'da yerleşik operatörler ve piyasaya yeni giren işletmecilerin yanı sıra, regülatörler ve politika yapıcılar açısından da en önemli konulardan biri haline gelmiştir⁶². Tüm ülkelerdeki regülatörler ve politika yapıcılar tarafından telefon kullanıcılarının, diğer operatörlerin 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 başlanmıştır⁶³.

⁶² Telecommunications Research Project, **Introduction to Interconnection**, www.trp.hku.hk/e_learning/interconnection/liberalization.html (accessed 14 December 2005), s.1.

⁶³ Michael A. Calvano, ITU, **ITU Workshop on Interconnection Opening Remarks**, Sanya City, 2001, <http://www.itu.int/ITU-D/ict/papers/2001/china/08-Document%203.pdf> (accessed 3 August 2005), s. 1.

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 sunulmasıdır⁶⁴. Ancak telekomünikasyon piyasasının yapısal özellikleri nedeni ile ortaya konulan bu hedefe ulaşılabilmesi sadece piyasanın serbestleşmesi ve özel sektöre açılması ile mümkün değildir. Telekomünikasyon piyasasına hakim olan bu özellikler şu şekilde sıralanabilir⁶⁵:

- Telekomünikasyon şebekeleri çok yüksek kurulum maliyeti olan şebekelerdir ve bu yüksek kurulum maliyetleri önemli bir piyasaya giriş engeli yaratmakta ve de yerleşik operatöre alt yapıya erişim konusundaki hakim durumunu kötüye kullanma olanağı vermektedir,
- Telekomünikasyon sektöründe alt yapıya yapılan yatırımlar önemli bir batık maliyet (sunk costs) içermektedir,
- Telekomünikasyon sektörü şebeke dışsallıklarının en etkili olduğu sektörlerden biridir,

⁶⁴ Oftel, **Interconnection Principles**, UK, 1997, <http://www.oecd.org/dataoecd/49/54/19111821.pdf> (accessed 14 December 2005), s.1.

⁶⁵ OECD, **Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, Indicators for the Assessment of Telecommunication Competition**, 2003, <http://www.oecd.org/dataoecd/4/22/2496809.pdf> (accessed 3 August 2005),s. 9.

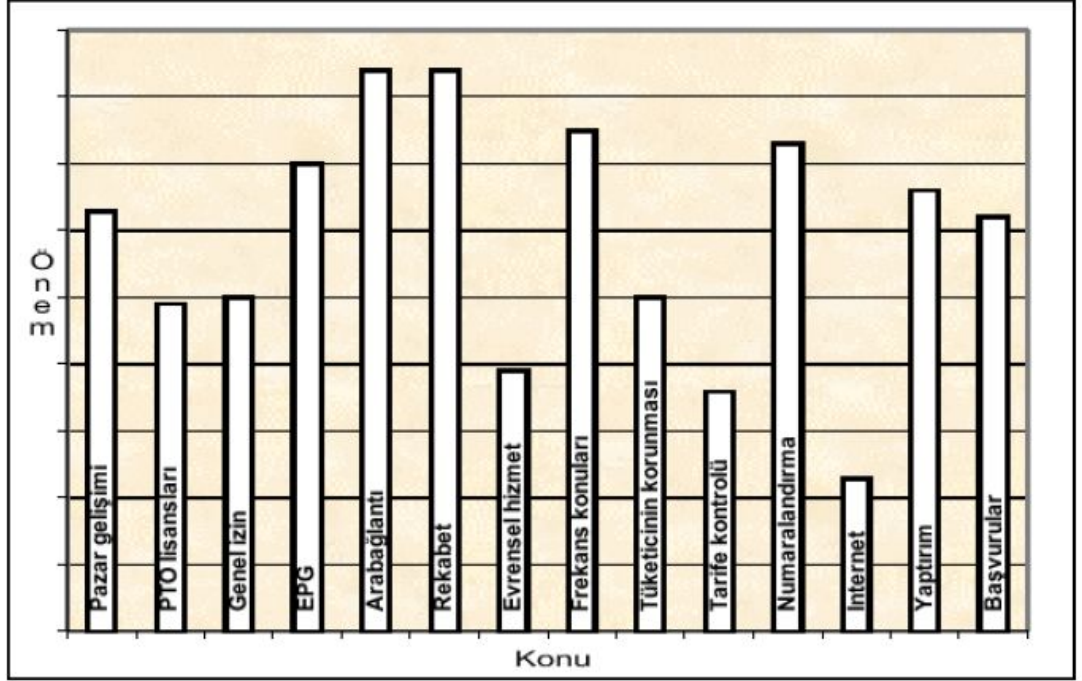
- Sektör teknolojik değişikliklerin etkisini en çabuk gösterdiği sektörlerden biri olup, hızlı teknolojik gelişim telekomünikasyon alanında yeni pazarlar yaratmakta, yeni servisler ortaya çıkarmakta ve var olan servislerin kalitesini ve hızını arttırmaktadır.

Yukarıda sayılan özelliklere sahip telekomünikasyon sektöründe, bu sektörde 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 operatörlerin 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 nihai kullanıcılara makul şartlarda erişiminin sağlanması şarttır⁶⁶.

Telekomünikasyon düzenlemeleri konusunda düzenleyici kuruluşlar, işletmeciler ve kullanıcıları kapsayan bir araştırmanın aşağıdaki tabloda gösterilen sonuçlarına göre Avrupa'da sırasıyla rekabet, arabağlantı, frekans yönetimi ve numaralandırma konularının en önemli düzenleme konuları olduğu ortaya çıkmıştır. Bu sonuç da

⁶⁶ CITEL, **Guidelines and Practices for Interconnection Regulation**, 1999, <http://www.citel.oas.org/ccp1-tel/guidelines/guidelines%20on%20interconnection.pdf> (accessed 12 October 2005), s. 3.

rekabetin tesisi ile arabağlantı arasındaki ilişkinin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir⁶⁷.



(şekil, Sümer, s. 9)

Arabağlantı düzenlemelerinin önemi şu şekilde sayılmıřtır⁶⁸:

- Arabağlantı şebekeler arası erişim ve farklı şebekelerin abonelerinin irtibatı için temel bir gerekliliktir,
- Arabağlantı etkili yatırım ve etkin bir rekabet ortamının tesisi için kritik bir unsurdur,

⁶⁷ Sümer, s. 8-9.

⁶⁸ Himanshu Sanwalka, Et al., Indian Institute of Managment, **Project Report on Interconnection Issues in Telecom Sector**, Ahmedabad, 2001, <http://www.3inetworg.org/reports/IIMStudReport2001/B2.pdf> (accessed 3 August 2005), s. 3.

- Arabağlantı maliyetleri ilgili ürüne göre değişmekle birlikte operasyonel maliyetlerin %20 ila %70'ini oluşturmaktadır,
- Arabağlantı düzenlemelerinin yapısı ve seviyesi rekabetin yerinin ve ne şekilde gerçekleşeceğinin belirlenmesi açısından kritik bir öneme sahiptir,
- Arabağlantı şebekelerin doğasını bazı durumlarda ise ticari yapısını belirler,
- Regülatörlerin arabağlantı konusunun önemini tam olarak kavrayamaması, piyasaya girişin azalması, yatırımların zarar görmesi ve piyasada hakim durumda olanların bu hakim durumlarını kötüye kullanmalarına izin verilmiş olması sonuçlarını doğuracaktır.

Liberalleşmekte olan bir kamu hizmeti alanı olan telekomünikasyon alanının temel konularından birini oluşturan arabağlantı konusunda yapılan değerlendirmeler bir yandan tüketici yararının maksimize edilmesi, bir yandan da piyasada rekabetin sağlanması eksenini üzerinden sürdürülmektedir. Burada dikkate alınması gereken husus düzgün işleyen bir arabağlantı rejimi oluşturulması ile amaçlanan temel hedefin rekabetçi bir telekomünikasyon piyasası oluşturulması değil; tüketici yararının sağlanması, tüketicinin kamu hizmetini alırken bu hizmeti daha uygun şartlarda, daha kaliteli alabilmesi ve hizmetlerin daha uygun ve kaliteli verilmesini sağladığı ölçüde piyasada rekabetin sağlanmasının gerektiğidir. Kamuya ait sınırlı kaynakların kullanımını ihtiva eden ve kendine özgü niteliklere sahip olan bu sektörde arabağlantı ilişkilerinde rekabet kuralları kamu hizmetinin verilmesine ilişkin kurullarla örtüştüğü ölçüde uygulanacaktır.

1.3.2 Arabağlantı Konusunun Regüle Edilmesini Gerekli Kılan Nedenler

Yukarıda da değinildiği gibi, şebekeler arasında erişimin sağlanması için özellikle piyasaya yeni giren işletmecilerin yerleşik operatörlerden arabağlantı sağlaması gerekli olmasına rağmen, yerleşik operatörlerin bazı hallerde trafik ya da gelir kaybına uğramamak için piyasaya yeni giriş yapan firmalara arabağlantı sağlamak istemeyebileceği ifade edilmektedir⁶⁹. CITEI tarafından yayınlanan arabağlantı rehberinde yeni giriş yapan operatörlere göre üstün bir konumda olan yerleşik operatörlerin piyasaya giriş yapmaya çalışan yeni operatörleri kendi piyasalarının dışında tutmak ya da girişlerini minimize etmekte yarar görebildiği bu nedenle de arabağlantı sağlamaktan kaçınabildiği ifade edilmektedir⁷⁰.

Yerleşik operatörlerin arabağlantı sağlamayarak piyasaya girişleri engelleyebilme ihtimalinden bahsediliyor olmakla birlikte, esas olarak bu operatörlerin diğer operatörlere arabağlantı sağlamamaları halinde kendi abonelerinin de diğer operatörlerin abonelerine erişemeyecek oldukları göz önüne alındığında bu durum kısa vadede arabağlantı sağlanmayan küçük operatörler yanında yerleşik operatörler açısından da kayba yol açabilecektir. Bu itibarla, yerleşik operatörün sektördeki payı ile diğer operatörlerin payları arasındaki farkın, yerleşik operatörler lehine çok yüksek oranlara ulaşmadığı hallerde arabağlantı tesis edilmemesinden ziyade, arabağlantının makul koşullarda tesis edilmemesinin bir sorun olarak ortaya çıkması daha yüksek bir ihtimaldir. Zira, bu halde yerleşik operatörler kısa vadede olsa dahi kendi abonelerinin varlığı göz ardı edilemeyecek bir grup aboneye ulaşamaması riskini göze almaktansa, söz konusu abonelerin operatörlerine yüksek fiyat ile

⁶⁹ Townsend, s.9.

⁷⁰ CITEI Guidelines and Practices for Interconnection Regulation, s. 3.

arabağlantı tesis ederek, bu operatörleri yüksek arabağlantı fiyatlarının ortaya çıkardığı ek maliyetle piyasa dışına itmeyi tercih edebileceklerdir.

Ülkemizde arabağlantı konusunda gündeme gelen uyuşmazlıklar incelendiğinde yukarıdaki değerlendirmelerle bir paralellik gözlemlenebilecektir. Operatörler arasındaki pazar paylarının, telli altyapı üzerinden verilen ses hizmetlerine ilişkin piyasaya göre daha dengeli olduğu GSM alanında bugüne kadar kamuoyunun gündemine gelmiş arabağlantı tesisine ilişkin olan herhangi bir uyuşmazlık olmamıştır. GSM alanında arabağlantı konusundaki şikayetler arabağlantı tesisine ilişkin değil, arabağlantı fiyatlandırmasına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Telli hatlar üzerinden ses hizmetlerinin sunulduğu alanda ise Türk Telekom sektörde altyapının ve pazarın neredeyse tamamına sahiptir. Türk Telekom ile sektöre yeni giriş yapan pek çok UMTS⁷¹ işletmecisi arasında arabağlantı tesisi konusunda uyuşmazlıklar yaşanmış ve bu durum söz konusu işletmeciler açısından bir giriş engeli oluşturmuş, bu işletmeciler lisans almalarına rağmen uzunca bir süre fiilen hizmet vermeye başlayamamışlardır.

Teorik olarak arabağlantı bir giriş engeli olarak ele alınabilecek olsa dahi, yukarıda da değindiğimiz gibi özellikle işletmecilerin daha dengeli pazar paylarına sahip

⁷¹ Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde "işletmecilere ait her türlü telekomünikasyon şebekesi ve altyapısı üzerinden her türlü teknolojiyi kullanarak kullanıcılara millerarası ve/veya uluslararası telefonhizmeti sunulması" olarak ifade edilen Uzak Mesafe Telefon Hizmeti, bir alan kodu (Örneğin 212) ile diğerlerinden ayrılmış bir telefon hizmeti bölgesinden ulusal başka bir telefon hizmeti bölgesine (Örneğin 312) ya da ulusları olarak sunulan telefon hizmetini ifade etmektedir.

olduğu durumlarda arabağlantı konusunda temel sorun arabağlantının tesis edilip edilmemesinden ziyade arabağlantının makul şartlarla tesis edilebilirliği noktasında ortaya çıkmaktadır. Arabağlantının fiyatlandırmasının ve şartlarının, arabağlantı anlaşmalarının en temel iki unsurunu oluşturduğu kabul edilmektedir⁷². Arabağlantı fiyatlandırmasının önemi bu fiyatlandırmanın firmaların karlılığı ve maliyetleri üzerinde doğrudan etkili olmasından kaynaklanmaktadır. Zira yüksek arabağlantı fiyatlandırması bir yandan arabağlantı sağlayan yerleşik operatörün verdiği söz konusu hizmetten yüksek oranda kar etmesini sağlayacağı gibi, öte yandan diğer operatörün en önemli maliyet kalemlerinden birini oluşturacak olması nedeni ile bu operatörün maliyetlerini arttırıp karlılığını azaltacaktır. Bunun dışında yüksek maliyetlere katlanmak zorunda kalan operatör, bu maliyeti tüketicilerine yansıtma zorunda kalacak, bu da söz konusu operatörün abonelerinin bir kamu hizmetini katlanılması gereken tutardan daha yüksek bir bedelle almalarına ve daha uzun vadede anılan operatörün artan maliyetler ve abone kaybı nedeni ile sektör dışına itilmesine neden olabilecektir. Bu nedenle, regülatörlerden arabağlantı konusunda beklenen en önemli müdahale alanı arabağlantı fiyatlandırması olup; maliyet bazlı bir fiyatlandırma giriş yapan operatörlerin arabağlantı anlaşmalarına ulaşmasını kolaylaştırmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun İş-tim ile Aycell arasında imzalanan arabağlantı sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi ile ilgili olarak yapılan başvuru hakkında verdiği

⁷² Mark A. Jamison, "Regulatory Techniques for Addressing Interconnection, Access and Cross-subsidy in Telecommunications," <http://bear.cba.ufl.edu/centers/purs/PRIMAR/jamison/Pricing.pdf> (accessed 12 October 2005), s. 1-2.

17.06.2003 tarihli kararında⁷³ arabağlantı fiyatlarının yüksekliğinin etkilerine de değinilmiştir. Kararda arabağlantı ücreti, çağrıyı başlatan operatörün, başlatılan aramanın sonlanacağı noktaya kadar yolculuk edeceği şebekeleri kullanması karşılığında yetkili operatöre ödeyeceği ücret olarak tanımlanmıştır. Kararda pazar payı diğerlerine göre belirgin durumda fazla olan operatörlerin, arabağlantı fiyatlarını yüksek belirlemek ve şebeke dışsallığı etkisinden faydalanmak suretiyle rakiplerin pazara girişlerini zorlaştırabildiği; güçlü operatörlerin, kullanıcıların yüksek arabağlantı ücreti ödememek için pazar payı yüksek olan operatörün şebekesi içerisinde kalarak ucuz görüşme olanaklarından faydalanmayı tercih etmesini sağlayabilmek için arabağlantı ücretlerini kullanabildiği ifade edilmektedir.

Arabağlantı konusunun sektördeki etkisi yukarıdaki kararda da değinildiği gibi “şebeke dışsallığı” kavramı ile de açıklanmaktadır. İktisadi anlamda dışsallık, “bir üretici veya tüketicinin başkalarının üretim veya tüketim kararlarından fayda veya zarar göreceği şekilde etkilenmesi ve faydalanmışsa bunun bedelini ödememesi, zarar görmüşse zararının tazmin edilmemesi durumu” olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. Bir hizmeti kullanan kişinin, o hizmeti daha fazla insan kullandığında daha fazla fayda sağlaması durumunda pozitif şebeke dışsallığının varlığı kabul edilmektedir⁷⁵.

Geleneksel piyasalarda bir tüketicinin bir ürünü satın alıp tüketmesi sonucu elde edeceği fayda, diğer tüketicilerin davranışlarından büyük ölçüde bağımsız iken

⁷³ 17.06.2003 tarih ve 03-43/488-210 sayılı RK kararı.

⁷⁴ Derya Yenişen, Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/deryayenisen.pdf> (ziyaret tarihi 11 Ocak 2006), s. 13.

⁷⁵ İçöz, s. 25.

geleneksel endüstrilerden daha farklı değer yaratma mekanizmalarına sahip olan endüstrilerin ekonominin gittikçe daha büyük bir kısmına egemen olmasıyla şebeke dışsallıkları önem kazanmaya başlamıştır⁷⁶. Şebeke dışsallıklarının ortaya çıkabilmesi için öncelikle bir şebekenin varlığı gerekmektedir. Söz konusu şebekeler, şebekedeki parçaların fiziksel olarak birbirine bağlandığı şebekeler olan gerçek şebekeler ve şebekeler arasındaki bağın görülmez bir bağ olduğu sanal şebekeler olmak üzere ikiye ayrılmakta ve telefon, demiryolları ve havayolu şebekeleri gibi geleneksel şebekelerle internet, faks ve e-posta gibi yüksek teknoloji şebekeleri gerçek şebekelere örnek olarak gösterilmektedir⁷⁷.

Telekomünikasyon sektörü şebeke dışsallıklarının etkisinin önemli derecede hissedildiği pazarlardan biridir. Telekomünikasyon sektöründe bir abonenin telekomünikasyon hizmetlerinden elde ettiği fayda, diğer abonelerin sisteme katılımları ile artacağından sektörde pozitif dışsallığın söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁷⁸. Bir telekomünikasyon şebekesini kullanan kişi sayısı arttıkça, bu şebekeden verilen hizmetin kullanıcılar nezdindeki değeri artmaktadır. Bu konuda faks makinelerinin kullanımı örnek olarak gösterilmektedir. Faks makinesinin sadece bir kişide olduğu durumlarda, verilen hizmetin hiçbir anlamı olmamakla birlikte, faksı kullanan kişi sayısı attıkça faks makinasının kullanımının ve verilen hizmetlerin

⁷⁶ Yenişen, s. 14.

⁷⁷ Ali Demiröz, Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/alidemiroz.pdf> (ziyaret tarihi 11 Ocak 2006), s. 25.

⁷⁸ Ferhat Topkaya, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ferhattopkaya.pdf> (ziyaret tarihi 3 Haziran 2005, s. 8.

her bir tüketici için değeri artmaktadır. Aynı örnek telefon hizmetleri için de söz konusu olup bu şebekeye bağlanan kişi sayısı arttıkça şebekenin değeri de artmaktadır⁷⁹. Rekabet Kurulu'nun, Turkcell ile Telsim'in aralarında yaptıkları anlaşma ile mobil telekomünikasyon hizmetleri ve ilgili diğer telekomünikasyon pazarında uyguladıkları tarifeler ve çağrı sonlandırma ücretleri ile 4054 sayılı Kanun'u⁸⁰ ihlal ettiği iddiasını incelediği 25.10.2004 tarihli kararında⁸¹ dışsallık etkisine deęinilmiřtir⁸². İnceleme sırasında soruşturma heyeti tarafından yüksek arabağlantı ücretleri nedeni ile şebekeler arası görüşme ücretlerinin yükselmesi ve şebeke içi görüşme ücretlerinin düşmesi sonucunda arabağlantı ücretlerinin yüksek olmasının yarattığı şebeke dışsallığı etkisinden bahsedilmekte ve bu etki nedeni ile küçük operatörlerin abonelerinin büyük operatörlere kayması sonucunda bu dışsallık etkisinin küçük operatörler aleyhine bir durum yarattığı belirtilmektedir. Anılan bu kararda şebekeye bağlanan kişi sayısının fazlalığı yanında, bu kişilerin makul ücretlerle şebekeye bağlanıyor olmasının da Kurul tarafından pozitif dışsallık etkisi olarak kabul edildiği görülmektedir. Aynı şekilde şebekeye bağlanan kişi sayısının azlığı ya da bu şebeke ile daha çok kişiye bağlanılabilmesinin yüksek maliyetlere katlanılmasını gerektirmesi negatif dışsallık olarak değerlendirilmektedir. Bu itibarla yukarıda yer alan Rekabet Kurulu kararlarında şebekeye bağlanan kişi sayısının az ya da fazla olmasının yanı sıra, bunların yüksek ya da düşük ücretlerle ilgili şebekeye bağlanabiliyor olması da pozitif ya da negatif dışsallık olarak kabul edilmektedir.

⁷⁹ Sarı, s. 15.

⁸⁰ 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete.

⁸¹ 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı RK kararı.

⁸² Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulu söz konusu kararında soruşturmaya konu olan herhangi bir rekabet ihlalinin varlığının tespit edilemediğine karar vermiştir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere şebekelere arabağlantının sağlanması, bu ağın kullanılması neticesinde erişilebilecek kişi sayısındaki artış nedeni ile pozitif dışsallık etkisi yaratmakta ve ilgili şebekenin değerini arttırmaktadır. Aynı şekilde arabağlantının fiyatı düştükçe sağlanan pozitif dışsallık etkisi de o oranda artacaktır. Arabağlantı ağının genişlemesi sayesinde erişilebilecek kişi sayısının artışı yeni giriş yapan operatörler kadar yerleşik operatörler için de pozitif dışsallık etkisi yaratacağından, yerleşik operatörler diğer operatörlerin ihmal edilebilir pazar paylarına sahip olduğu istisnai hallerde arabağlantı tesis etmekten kaçınabilecek olmalarına rağmen, bunun dışında diğer operatörlerin pazar paylarının ihmal edilebilir oranların üzerine çıktığı hallerde arabağlantı tesis etmeyerek kendileri açısından da negatif şebeke dışsallığı yaratmaları çok makul görülmektedir. Zira, karşı tarafın payının ihmal edilebilir olduğu hallerde, arabağlantı tesis edilememesi sadece kendisine arabağlantı sağlanmayan taraf açısından negatif dışsallık etkisi yaratacak iken; arabağlantı sağlanmayan tarafların pazar payı arttıkça bu durum ihmal edilemeyecek miktardaki bir grup abonenin arabağlantı tesis etmeyen operatörlerin şebekesinin dışında kalacak olması nedeni ile bu operatörler açısından da negatif dışsallık etkisi yaratabilecektir. Bu itibarla, diğer operatörlerin pazar paylarının ihmal edilebilir düzeylerin üzerine çıktığı durumlarda arabağlantı fiyatlarının yükseltilmesi yolu ile yaratılacak negatif dışsallık etkisi daha sık karşılaşılabilecek bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir.

Pek çok ülkede telekomünikasyon piyasasında hukuki anlamda serbestleşme sağlanmış ve alt yapı üzerindeki yasal tekeller ortadan kalkmış olsa da, birçok ülkede

fiili tekeller devam etmekte, hakim durumda bulunan yerleşik operatörlerle piyasaya yeni giren operatörler arasında arabağlantı tesisi konusunda uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Arabağlantı sağlayamayan operatörlerin piyasadaki telekomünikasyon hizmetlerinden yararlanan diğer şebekelerin kullanıcılara erişiminin sağlanamaması halinde, bu operatörlerin fiilen hizmet verme imkanı kalmamaktadır. Arabağlantının yüksek ücretlerle sağlanması halinde ise, yüksek arabağlantı ücretleri tüketicilere yansıtılacak ve yeni operatörler bu yüksek ücretlerle tüketiciler nezdinde bir alternatif olmaktan çıkacaktır. 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 gösterilmektedir⁸³. Arabağlantı konusunda ortaya konulan bu hedefler (rekabetin sağlanması hedefi kamu hizmetinin verilmesine ilişkin kurullarla uyumlu olduğu ölçüde) telekomünikasyon serbestleşmesinin temel hedefleri ile örtüşmektedir. Dolayısıyla, arabağlantı konusu serbestleşmiş bir telekomünikasyon piyasasının oluşturulabilmesi için ortaya konulacak olan çerçeve içerisinde önemli bir yer almaktadır ve bu önemli konuda regülatörler işler bir arabağlantı politikasının oluşturulmasında merkezi bir rol oynamalıdır⁸⁴.

⁸³ Trevor Jordan, ITU Reginol Regulatory Seminar, “**Principles, Scope, Charges and Challenges in Interconnection,**” Dalian, 2002, <http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2002/china/pdf/34-doc-8-1-jordan.pdf> (accessed 3 August 2005) s.3.

⁸⁴ Ofel, Interconnection Principles, s.1.

1.4 Etkin Bir Arabağlantı Rejimi Oluşturulabilmesi Açısından Uluslararası Alanda Kabul Goren Genel İlkeleri

Etkin bir arabağlantı rejiminin oluşturulabilmesi ve bu yolla rekabetçi bir telekomunikasyon piyasasının tesisi gibi operatörler arasında arabağlantı sağlanmasından beklenen temel hedeflere ulaşılabilmesi için akademisyenler, ulusal düzenleyici otoriteler, DT, ITU, APEC gibi uluslararası kuruluşlar ya da AB gibi birlikler tarafından kabul edilmiş çeşitli kriterler mevcuttur. Gerek düzgün bir arabağlantı rejiminin oluşturulabilmesi gerekse yapılan arabağlantı sözleşmelerinin kendilerinden beklenen faydaları sağlayabilmesi için ilgili ülkelerdeki düzenleyici çerçevenin ya da imzalanmış olan sözleşmelerin bu temel özellikleri taşıması gerekmektedir. Bu konuda pekçok kişi ya da otorite tarafından çeşitli prensipler ne sürülmüş ve bu prensiplerin önemli bir kısmının varlığının gerekliliği konusunda genel bir kanaat oluşmuştur. Aşağıda öncelikle sayılan söz konusu prensipler belirtilecek ardından da bunların içinden genel kabul goren ilkeler ile ilgili olarak açıklamalar yapılacaktır.

ITU tarafından gerçekleştirilen atölye çalışmalarında sınırlayıcı bir liste olmamakla birlikte aşağıda sayılan prensipler, arabağlantı konusundaki temel rehber ilkeler olarak kabul edilmektedir⁸⁵:

- Operatörler arasında ayırım yapılmaması,

⁸⁵ David N. Townsend, s. 12.

- Kendisine arabağlantı sağlanan tarafların genel olarak sadece sebep oldukları maliyetle orantılı bir arabağlantı ücreti ödemeleri ve ortak masraflara adil oranda katılmaları,
- Arabağlantının teknik erişilebilirliğinin tüm operatörler için eşit şartlarda olması ve servisin tüm operatörlere aynı kalitede verilmesi,
- Arabağlantı konusundaki tüm prosedürler ve esaslı bilgilerin bütün taraflarca erişilebilir olması, bu bilgilerin şeffaflığı.

Yukarıda sayılan prensiplerin yanında özellikle yerleşik operatörlerin arabağlantı sağlama yükümlülüklerine ve ulusal düzenleyici otoritelerin müdahalesine ilişkin olarak çeşitli ek ilkelerin de varlığı gerekli görülmektedir⁸⁶. Bunların başında yerleşik operatörlerin diğer servis sağlayıcılara arabağlantı sağlamasının bir yükümlülük olarak belirlenmesi ve regülatörlerin herhangi bir uyuşmazlık halinde hangi durumlar için yerleşik operatörlerin arabağlantı sağlama yükümlülüğünün bulunduğunu belirlemesi gelmektedir. Arabağlantı ücretlerinin maliyet esaslı belirlenmesi; yerleşik operatörlerin şebekesi ve şebekeye yönelik olarak gelecek planları hakkında regülatöre ve diğer operatörlere ayrıntılı bilgi sağlaması; işler bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının var olması ve regülatörlerin şeffaf davranması arabağlantı konusunda aranan diğer temel prensipler arasında sayılmaktadır.

DTÖ, 1996 yılında arabağlantı rejimlerini oluşturan ülkelere yol gösterici olması açısından bir referans arabağlantı belgesi yayınlamış ve bu belge gelişmekte olan ülkelere genel kabul görmüş ve de DTÖ Temel Telekomünikasyon Hizmetleri

⁸⁶ Oftel, Interconnection Principles, s. 2.

Anlaşması'nı imzalayan ülkelerin %90'ı tarafından tamamen ya da kısmen kabul edilmiştir⁸⁷. DTÖ tarafından kabul edilen temel arabağlantı ilkeleri şunlardır⁸⁸:

- Teknik olarak mümkün olan noktalarda, ana sağlayıcılar (major suppliers (burada kastedilen hakim durumda bulunan ya da EPG'ye sahip yerleşik operatörlerdir)) ile kurulacak olan arabağlantının (a) ayrımcı olmayan şart ve koşullarla, (b) zamanında, ayrıştırılmış olarak şeffaf bir şekilde ve maliyet bazlı bir fiyatlandırma ile, (c) talep halinde kullanıcıların çoğu tarafından teklif edilen şebeke sonlanma noktalarından sağlanması,
- Arabağlantı müzakerelerine ilişkin prosedürlerin ulaşılabilir olması, ana sağlayıcıların söz konusu prosedürleri kamuya duyurması,
- Arabağlantı anlaşmalarının şeffaflığı, ana sağlayıcıların taraf olduğu arabağlantı anlaşmalarını ya da referans arabağlantı teklifini kamuya duyurması,
- Özellikle ana sağlayıcılar ile diğer operatörler arasında arabağlantı konusundaki uyuşmazlıklara müdahale ederek, bu uyuşmazlıkları uygun şekilde ve makul bir sürede sonlandıracak bağımsız bir regülatörün varlığı.

DTÖ'nün ardından APEC üyesi ülkelerde arabağlantı konusunda kabul ettikleri temel ilkeleri içeren benzer bir referans belge yayınlamışlardır, buna göre ana işletmeciye aşağıda sayılan temel yükümlülükler getirilmiştir⁸⁹.

⁸⁷ Sümer, s. 12.

⁸⁸ WTO, **Negotiating Group on Basic Telecommunications**, Geneva, 1996, http://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/refpap-e.htm (accessed 22 January 2006), s. 2-3.

⁸⁹ Özgür Fatih Akpınar, Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Etkin Piyasa Gücü Kavramı: Türkiye İçin Model Önerisi, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2005,

- Teknik olarak elverişli noktalardan arabağlantı sağlanması amacıyla Şebekelerin diğer Şebekeler ile irtibatlandırılması,
- Karşı tarafın teknik özellikler de içeriyecek Şekilde Şeffaf bir Şekilde bilgilendirilmesi,
- İŞletmeci tarafından son kullanıcılara sunulan hizmet ile rakip işletmeciye sunulan hizmetin aynı kalitede olması,
- Müzakerelerin iyi niyetle yürütülmesi,
- Arabağlantı ücretlerinin maliyet bazlı belirlenmesi,
- Çapraz sübvansiyon yapılmaması,
- Yapılan arabağlantı müzakerelerinin ve referans arabağlantı teklifinin kamuya duyurulması.

AB’de de DTÖ ve APEC tarafından belirlenen temel ilkelerle genel olarak uyumlu bir arabağlantı rejimi kabul edilmiş olup, Birlik bünyesinde özellikle etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yönelik olarak benzer yükümlölükler getirilmiştir. 2002/19 sayılı Erişim Direktifi tahtında etkin piyasa gücüne sahip olan işletmecilere erişim sağlama Şeffaflık, ayırım gözetmeme, hesap ayırımı ve maliyet bazlı fiyatlandırma yükümlölüklerinin getirilebileceği belirtilmiştir.

1.4.1 Yerleşik Operatörün Arabağlantı Sağlama Yükümlölüğü

Arabağlantı konusundaki en temel gereklilik ve diğer arabağlantı ilkelerinin de bir ön koŐulu olarak kabul edilebilecek temel konu yerleşik operatörlerin arabağlantı

http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/f-akpinar-tez.pdf (ziyaret tarihi 13 Ekim 2005), s. 47.

sağlama yükümlülüğüdür. Zira, arabağlantı fiyatlandırmasının maliyet bazlı yapılması, şeffaflık, ayırım yasağı ve regülatör müdahalesi gibi sayılacak olan prensipler esasen büyük oranda yerleşik operatörlerin diğer işletmecilere sağlayacağı ve yerleşik operatörler açısından bir yükümlülük olan arabağlantı sağlanması konusunda doğmaktadır.

Yerleşik operatörün arabağlantı sağlama yükümlülüğü en geniş anlamı ile söz konusu operatörlerin kendilerinden arabağlantı talebinde bulunulması halinde bu operatörlerin adil ve makul şartlarda söz konusu arabağlantı taleplerini karşılamasıdır⁹⁰. Bu yükümlülük belirlenirken taleplerin makul, ve karşılanmasının fiziksel olarak mümkün olması gerekliliği aranmaktadır.

DTÖ ve APEC tarafından arabağlantı konusunda belirlenen temel ilkelerin en başında yerleşik operatörlerin teknik olarak mümkün olan noktalardan arabağlantı taleplerini karşılamaları gelmektedir. 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi'nde de etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. Arabağlantı sağlama yükümlülüğü Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 10. maddesinde belirtilmiştir, buna göre hiçbir ayırım yapılmaksızın bütün işletmeciler diğerlerinden gelen arabağlantı talepleri ile ilgili olarak müzakerede bulunmakla mükelleftir. Ayrıca, Türk Telekom ile Telekomünikasyon Kurumunca etkin piyasa gücüne sahip olduğu belirlenmiş diğer işletmeciler ve etkin piyasa gücüne sahip

⁹⁰ Nicholas Economides, "Principles of Interconnection A Response to Regulation of Access to Vertically-Integrated Natural Monopolies," 1995, <http://pages.stern.nyu.edu/networks/principles.pdf> (accessed 22 January 2006), s. 7.

olmasalar dahi Telekomünikasyon Kurumu'na, arabağlantı sağlamamaları halinde rekabet ortamının bozulacağına karar verilmesi halinde haklarında Kurum'ca karar verilen diğer işletmeciler arabağlantı taleplerini karşılamakla mükellef kılınmıştır. Pekçok Güney Amerika ülkesinde de benzer yükümlölükler mevcuttur⁹¹: Brezilya'da arabağlantı konusunda yayınlanmış olan 1998 tarihli kararın 12'nci maddesine göre bütün işletmeciler talep halinde diğer işletmecilere arabağlantı için şebekelerini açık tutmakla mükellef kılınmıştır. Benzer şekilde Peru'da da tüm operatörlere arabağlantı sağlama yükümlölüğü getirilmiştir. Guetemela'da özel bir listede (Registro de Telecomunicaciones) yer alan operatörlerin arabağlantı taleplerinin karşılanması yükümlölüğü getirilmiştir. El Salvador'da da bütün operatörlerin teknik olarak mümkün olan noktalardan arabağlantı talep etme hakları mevcuttur. şili, Dominik Cumhuriyeti, Venezüella ve Meksika da arabağlantı sağlama yükümlölüğünün olduğu ülkelerdendir.

1.4.2 Ayrım Yasağı

Ayrım yasağı özellikle yerleşik operatörler açısından bu operatörlerin diğer operatörlere herhangi bir hizmet sağlarken, hizmet sağlanan ilgili operatörlere aynı hizmetlerin aynı kalite ve şartlarda ve bu hizmeti kendisine sağlanan kalitede sağlanmasını ifade etmektedir. Telekomünikasyon alanında ayrımcılık, tarifeler, şebekeler arası irtibat ve sinyalleşme protokolleri gibi teknik standartlar ve benzeri konularda ortaya çıkabilir, bu alanda en belirgin ayrımcılık örneklerinden birisi olarak yerleşik operatörün alt yapısını kullanan rakiplerine kendi kullandığı

⁹¹ CITEI Guidelines and Practices for Interconnection Regulation, s. 8-9.

olanakları kullanmaması, rakiplerine düşük kapasite ile arabağlantı tahsisinin geldiği ifade edilmektedir⁹².

Ayrım yasağı temelde yerleşik operatörlerin hakim durumlarından kaynaklanan olanaklarını kötüye kullanarak piyasadaki rekabeti olumsuz yönde etkileyici davranışlarına izin verilmemesi amacı ile ortaya konulmuş bir kriterdir⁹³. Arabağlantı ücretlerinin, telekomünikasyon işletmecilerinin en önemli operasyonel masraflarından birisi olması itibari fiyat konusunda yapılacak olan ayrımcılık rakiplerin maliyetleri üzerinden doğrudan etki yaratacak olması itibari ile rekabet üzerinde önemli etkisi olacaktır. Öte yandan, yerleşik operatörün düşük kalite ile arabağlantı sağlaması ise rakip işletmeci tarafından tüketiciye sunulan hizmetin kalitesini düşürecek ve rakip işletmecilerin müşteri kaybına yol açacaktır⁹⁴.

Ayrım yasağı, DTÖ ve APEC tarafından belirlenen ilkeler arasında yer aldığı gibi 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi'nde de etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ayrım yasağı yükümlülüğü getirilebileceği belirtilmiştir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 13. maddesi de "Ayrım Gözetmeme" başlığı ile düzenlenmiş olup, bu hükme göre Türk Telekom ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler, telekomünikasyon hizmetlerini sağlamak için kendi kullandıkları veya üçüncü şahısların telekomünikasyon hizmetlerini sunmak için ihtiyaç duydukları hizmetleri bu hizmetleri talep edenlere ayrım gözetmeksizin ve kendilerine

⁹² Sarı, s.20.

⁹³ Economides, s. 9-10.

⁹⁴ CITEI Guidelines and Practises for Interconnection Regulation, s. 10.

uyguladıkları koşullarla temin etmekle yükümlüdürler. ABD’de operatörler telekomünikasyon hizmetlerini sunarken hizmetin sunumunda, ücretlendirmesinde, sınıflandırılmasında, kalitesinde adil olmayan ve makul gerekçelere dayanmayan ayrımcı uygulamalara gidemezler ve herhangi bir kişi ya da kuruma ayrıcalık sağlayamazlar, ayırım yasağı konusunda benzer uygulamalar Kanada, Brezilya, Peru ve Venezüella’da da mevcuttur⁹⁵.

1.4.3 Ayrıştırma ve Hesap Ayrımı

Ayrıştırma kendisinden erişim ya da arabağlantı gibi bir telekomünikasyon hizmeti talep edilen yerleşik operatörün sadece talep edilen bu hizmeti diğer hizmetlerden ayrıştırılmış olarak vermesini ifade etmektedir. Ayrıştırma konusunda bir yükümlülük olmaması halinde hakim durumdaki operatörler, kendilerinden arabağlantı gibi bir hizmet talep edilmesi halinde talep edilen bu hizmeti, talepte bulunan işletmeciyi bu işletmeci tarafından ihtiyaç duyulmayan başka hizmetlerle birlikte almaya zorlayacak ve bu da ek hizmetlerle birlikte ek maliyet getireceğinden hizmet talebinde bulunan işletmeci için daha yüksek bir bedelle bu hizmetin alınmasına neden olacaktır⁹⁶. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin 14. maddesine göre Türk Telekom ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler taşıma, anahtarlama ve işletim arayüzleri de dahil olmak üzere kendilerinden talep edilecek erişimi sağlayacak şekilde ayrıştırma yapmakla yükümlüdürler. 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi’nde de etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ayrıştırma

⁹⁵ CITELE Guidelines and Practises for Interconnection Regulation, s. 11.

⁹⁶ Economides, s. 10.

yükümlülüğü getirilebileceği belirtilmiş olup, bu yükümlülük benzer şekilde DTÖ prensipleri içinde de yer almaktadır.

Özellikle yerleşik operatörün dikey olarak bütünleştiği ve pazarın alt sektörlerinin önemli bir bölümünde faaliyet gösterdiği hallerde hesap ayrımı önem kazanmakta ve yürüttüğü faaliyetlerden şebeke işleri, erişim işleri ve yeniden satış işleri için hesap ayrımına gitmesi aranmaktadır⁹⁷. Hesap ayrımı yükümlülüğü gerek AB'de Erişim Direktifi ile gerekse mevzuatımızda Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 18'inci maddesi ile etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilmiş olan bir yükümlülüktür. Buna göre etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler, mobil veya PSTN işletmecisi olmalarına ve verdikleri hizmetlere göre taşıma şebekesi, erişim şebekesi, mobil şebeke, perakende iş birimi ve diğer faaliyetleri için ayrı hesap tutmakla mükelleftir.

1.4.4 Şeffaflık

Yapılan arabağlantı anlaşmalarının kamuya açıklanmasından öte, arabağlantıya ilişkin teknik özellikleri, şebeke yapısı, fiyatlandırma bilgisi tüm süreci içine alacak kapsamda şeffaflığın sağlanması tekeli bir piyasadan rekabetçi bir piyasaya geçişte önemli bir rol oynamaktadır⁹⁸. Bu nedenle arabağlantı konusunda üzerinde uzlaşma sağlanmış genel kabul gören ilkelerden birisini de şeffaflık oluşturmaktadır.

⁹⁷Oftel, Interconnection Principles, s. 3.

⁹⁸ CITELE Guidelines and Practises for Interconnection Regulation, s. 10.

AB Erişim Direktifi'nde ülkesel düzenleyici kuruluşlara, etkin piyasa gücüne sahip olduğu belirlenen işletmecilere erişim ve arabağlantı konularında şeffaflık yükümlülüğü getirme yetkisi tanınmış ve kamuya açıklanacak olan bilgilerin içerisinde de hesaplama bilgileri, teknik özellikler, şebekenin karakteristiği ile ilgili bilgiler, arabağlantının sağlanması ve fiyatlandırması ile ilgili koşullar sayılmıştır⁹⁹.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde şeffaflık başlığı ile düzenlenmiş bir madde yer almamakla birlikte, yönetmeliğin tümünün uygulanmasına ilişkin temel ilkeleri belirleyen beşinci maddenin (b) bendinde yönetmeliğin uygulanması esnasında *“Niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, **şeffaflık** ve kaynakların etkin kullanılmasının gözetilmesi,”* gerektiği belirtilmiştir. Etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin raporlama yükümlülüğünü düzenleyen 19'uncu maddede ise şeffaflık yükümlülüğü *“Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler bu Yönetmeliğin 18 inci maddesinde belirtilen iş birimleri için ayrı ayrı gelir tabloları hazırlarlar. Gelirler, giderler ve maliyetler, iş birimlerinde sunulan hizmetlerle ve bu hizmetlerin sunulmasında kullanılan şebeke bileşenleriyle nedensellik esasına göre ilişkilendirilir ve **şeffaflık** ilkesi doğrultusunda belgelendirilir.”* şeklinde ifade edilmiştir. Öte yandan yönetmeliğin 24'üncü maddesinde referans arabağlantı teklifine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Buna göre Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler, referans erişim ve/veya arabağlantı tekliflerini hazırlayarak Telekomünikasyon Kurumu'na göndermekle mükelleftirler ve bu referans tekliflerde hizmetler yeterince ayrıştırılmış, teklifin süre ve koşulları belirlenmiş ve de her bir hizmet için belirlenen fiyatlar yer alıyor

⁹⁹ 2002/19/EC, Article 9.

olmalıdır. Ayrıca yönetmeliğin 22'nci maddesinde erişim ve arabağlantı anlaşmalarının ticari sır olarak kabul edilen hususlar saklı kalmak kaydıyla aleni olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰.

1.4.5 Maliyet Bazlı Fiyatlandırma

Arabağlantı fiyatlandırması serbestleşmiş bir telekomünikasyon piyasasında rekabetin varlığını ve yapısını etkileyecek en temel faktörlerden birisi olarak gösterilmektedir¹⁰¹. Operatörlerin operasyonel masraflarının büyük bir kısmını arabağlantı ücretlerinin oluşturuyor olması itibari ile, arabağlantı ücretlerinin ne şekilde belirleneceğine ilişkin temel kriterlerin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

¹⁰⁰ Her ne kadar Telekomünikasyon Kurumu'nun kendisi tarafından hazırlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde aleniyet hususu birçok maddede açıkça yer alsada, söz konusu ilkeler Kurum'un kendisi tarafından ihlal edilmektedir. Zira, yönetmelik "ticari sır" olarak belirlenen hususlar saklı kalmak kaydı ile arabağlantı anlaşmalarının aleniyetini öngörmüştür. Bu yönetmeliği uygulama yetkisi ve görevi Telekomünikasyon Kurumu'na ait olmakla birlikte, Kurum ne işletmeciler arasında imzalanan arabağlantı anlaşmalarını ne de bu konudaki uyuşmazlıklarla ilgili kararlarını kamuya açıklamaktadır. Bu durumda tüm Dünya çapında telekomünikasyon otoritelerince kabul gören şeffaflık ilkesinden beklenen faydanın sağlanmasına engel olduğu gibi; bu konuda yapılan bilimsel çalışmalarda var olan en temel kaynaklar olan arabağlantı anlaşmalarına ve bu konuda Telekomünikasyon Kurumu kararlarına ulaşılmasına engel olmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Kurum kararlarına ve arabağlantı anlaşmalarının ayrıntılarına değinememekteyiz. Bu konuda pek çok Kurum yetkilisi ile yaptığımız görüşmede aleniyet önünde hiçbir engel olmadığını kendilerince de kabul ediliyor olmasının yanında, yaptığımız resmi başvurulara rağmen Kurum'ca bu konuda bir karar alınmadıkça bu bilgilerin açıklanamayacağı belirtilmiştir.

¹⁰¹ Sanwalka, Et al., s. 19.

Arabağlantı ücretlendirmesi konusunda etkin piyasa gücüne sahip olan operatörler açısından genel kabul gören ilke, fiyatlandırmanın maliyet bazlı olarak yapılmasıdır¹⁰². DTÖ ve APEC ilkelerinde de maliyet bazlı fiyatlandırma ilkesi kabul edilmiştir. AB Erişim Direktifi'nde ülkesel düzenleyici kuruluşlarca, etkin piyasa gücüne sahip olduğu belirlenen işletmecilere erişim ve arabağlantı fiyatlandırmasını maliyet bazlı olarak yapma yükümlülüğü getirilebileceği belirtilmiştir¹⁰³.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 16'ncı maddesi erişim ve arabağlantı tarifelerini düzenlemektedir. Buna göre işletmeciler genel olarak tarifelerini belirlemede serbesttirler. Ancak, Türk Telekom, etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler ve Telekomünikasyon Kurumu'nca arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenen işletmecilere tarifelerini maliyet esaslı olarak belirleme yükümlülüğü getirilmiştir.

¹⁰² Esas olarak arabağlantı fiyatlandırması başlıbaşına çalışma konusu oluşturabilecek bir husustur. Bu açıdan farklı durumlara göre maliyet bazlı fiyatlandırmanın mı yoksa tavan fiyat yöntemi gibi diğer bazı fiyatlandırma yöntemlerinin mi iktisadi açıdan daha verimli olacağı yönünde tartışmalar mevcuttur. Bunun yanında maliyetlerin belirlenebilirliği, yüksek maliyetlerini düşürmemekte ısrarcı olan firmalarla ilgili sorunların ne şekilde çözülebileceği gibi pekçok iktisadi tartışma konusu bulunmaktadır. Ancak, çalışmamızın niteliği gereği başlıbaşına iktisadi bir çalışma konusu olan bu tartışmaların ayrıntısına değinmeyerek, uluslararası alanda ve ülkemiz mevzuatında kabul gören ve özellikle etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler açısından bir yükümlülük oluşturan maliyet bazlı fiyatlandırma esasları üzerinden değerlendirmelerimizi yapıyoruz.

¹⁰³ Article 13.

1.4.6 Regülatör Müdahalesi

Yerleşik operatörlerin, diğer operatörler ile arabağlantı yapmaya zorlanması, yapılacak arabağlantı anlaşmalarının maliyet bazlı olarak fiyatlandırılması ve hizmetlerin ayrıştırılmış olarak verilmesi, taraflar arasında ayırım yapılmaması ve şeffaflık gibi ilkelerin sağlanabilmesi için yerleşik operatörleri bu ilkelere uygun davranmaya zorlayacak güce sahip, adil ve tarafsız regülatörlere ihtiyaç duyulmaktadır. Söz konusu regülatörler düzgün işleyen bir telekomünikasyon piyasasının oluşması ve şebekeler arası irtibat ve arabağlantının sağlanmasının temininde önemli bir role sahiptir¹⁰⁴. Yukarıda sayılan ilkelere uygun arabağlantı anlaşmalarının yapılması tamamen piyasa aktörlerinin inisiyatifine bırakıldığında, aranan bu temel şartlara uygun arabağlantı anlaşmalarının yapılması ve düzgün işleyen bir piyasanın kendi dinamikleri içerisinde oluşma imkanı, yerleşik operatörlerin üstün gücünden kaynaklanan dengesizlik nedeni ile, mümkün olmayacaktır. Bu itibarla yerleşik operatörler ile piyasaya yeni giriş yapan operatörler arasında arabağlantı konusunda anlaşmazlıklar çıktığında regülatörlerin bu anlaşmalara müdahale edecek gücü bulunmalıdır¹⁰⁵.

Düzenleyici kurumların piyasadaki rolleri iki gruba ayrılabilir. Bunlardan birincisi sektöre özel olarak ilgili ilke, kural, yükümlülüklerin belirlendiği mevzuatın oluşturulması, ikincisi ise söz konusu kurallar çerçevesinde piyasada oluşan aksaklıklara müdahale edilerek, taraflar arasında çözüm getirilemeyen sorunların regülatör tarafından çözüme ulaştırılmasıdır. Regülatörlerin ilgili piyasada aşağıdaki

¹⁰⁴ Sanwalka, Et al., s. 19.

¹⁰⁵ Ofel, Interconnection Principles , s. 3.

genel konularda temel faaliyetlerde bulunmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶:

- Sektörde yapılacak olan anlaşmalar ve referans arabağlantı teklifleri ve bunların içermesi gereken temel hükümler ile ilgili olarak rehberler hazırlamak,
- Arabağlantının ekonomik ve teknik koşulları ile ilgili olarak temel kriterler belirlemek,
- Temel anlaşmazlıklarla ilgili olarak hakem atamak,
- Konu ile ilgili temel kriterleri belirlemek.

Sonuç olarak arabağlantı konusunda belirlenen temel ilkelere uyulmasının sağlanabilmesi ve işler bir piyasanın oluşturulabilmesi için yasalar çerçevesinde gerekli yetkilerle donatılmış, teknik ve ekonomik olarak hakim durumda olan operatörlere müdahale edebilecek yeterliliğe sahip, yetişmiş insan gücü sıkıntısı bulunmayan ve operatörlerde dahil olmak üzere tüm dış faktörlerden bağımsız bir regülatörün varlığı şarttır, aksi takdirde arabağlantı konusunda sayılan ilkelerin piyasa koşulları içerisinde kendiliğinden sağlanması imkanı olmayacaktır.

¹⁰⁶ Townsend, s. 14.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ARABAĞLANTI DÜZENLEMELERİ

2.1. Türkiye'de Arabağlantı Mevzuatının Oluşumu ve Mevzuatta Kabul Edilen Genel Arabağlantı İlkeleri

2.1.1 Arabağlantı Mevzuatının Oluşumu

Ülkemizde arabağlantı konusundaki düzenlemelerin mevzuatta yerini alması telekomünikasyon alanındaki serbestleşme hareketlerinin ardından gelmiştir. Her türlü telekomünikasyon alt yapısının devlet tekelinde bulunduğu ve tüm

telekomünikasyon hizmetlerinin tek bir operatör tarafından verildiği yıllarda ulusal düzeyde¹⁰⁷ konunun tartışılmasını ve mevzuatta bu konu ile ilgili düzenleme yapılmasını gerektirecek pratik sorunlar söz konusu değildi. Zira, bütün telekomünikasyon hizmetleri devlet tarafından verilmekte ve herhangi bir ikinci operatör bulunmadığı için ulusal düzeyde arabağlantı tesis etme gerekliliği bulunmamaktaydı.

Telekomünikasyon sektöründe teknolojinin gelişmesi ile birlikte yeni hizmetlerin devreye girmesi ve serbestleşme hareketleri ile birlikte sektörde yeni operatörlerin ortaya çıkması ile bu farklı operatörler arasında arabağlantı sağlama gerekliliği de ortaya çıktı. Bu süreç içerisinde arabağlantı sorununun esaslı bir şekilde tartışılmaya başlanması GSM hizmetlerinin ortaya çıkışı ile gerçekleşmiştir. Türk Telekom ile Nokia arasında yapılan anlaşma uyarınca 1986 yılında başlatılan ve araç telefonu olarak bilinen NMT¹⁰⁸ standartlarına göre verilen ve sistem işletmesi Türk Telekom tarafından yapılan mobil iletişim bir kenara bırakılırsa; ülkemizde mobil iletişim ilk olarak Türk Telekom ile Telekom Finland, Ericson Telekomünikasyon A.Ş., Penta A.Ş., Çukurova Grubu ve Kavala Grubu'nun oluşturduğu Turkcell konsorsiyumu ile 1 Temmuz 1993'te ve Detecon, Alcatel Sel, Siemens, Teletaş ve Simko'nun

¹⁰⁷ Bkz., yukarıda 1.2.1.

¹⁰⁸ NMT sistemleri ilk olarak İskandinav ülkelerinde birinci kuşak mobil sistemler olarak ortaya çıkmıştır. İlk çıktığı dönemlerde mevcut analog sistemlerde oldukça başarılı bulunan bu sistemlerin multimedia kominikasyon alanındaki tüm ihtiyaca cevap vermekten uzak kaldığı ifade edilmekle birlikte (http://www.elektrotekno.com/archive/o_t_t_11398__gsm-staji.html), kapsama alanının geniş olması olumlu yönlerinden sayılmaktadır (http://www.turktelekom.com.tr/webtech/default.asp?sayfa_id=43).

oluşturduğu Telsim konsorsiyumu ile 2 Temmuz 1993'te, 2983 sayılı Kanun¹⁰⁹ ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹¹⁰,ye göre imzalanan gelir paylaşımı sözleşmeleri ile başlamıştır¹¹¹. Söz konusu gelir paylaşımı sözleşmeleri 4161¹¹² sayılı Kanun'un¹¹³ yürürlüğe girmesinin ardından 27 Nisan 1998 yılında imzalanan lisans sözleşmeleri ile lisansa dönüştürülmüştür. Turkcell ve Telsim'e GSM lisanslarının verilmesinin ardından 2000 yılında İş-TİM ve ardından Ay-cell GSM-1800 lisansı olarak GSM alanında hizmet vermeye başlamıştır. Bu süreç içerisinde internet hizmeti veren ISS'lerin ve uzak mesafe telekomünikasyon hizmeti veren UMTH işletmecilerinin hizmet vermeye başlamaları arabağlantı ihtiyacını ve sorunlarını gün geçtikçe arttırmıştır.

Ülkemizde telekomünikasyon alanındaki temel düzenleyici yasa 21 Şubat 1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'dur. Zaman içerisinde telekomünikasyon alanındaki hızlı gelişim 406 sayılı Kanun'da pek çok değişiklik yapılmasına neden olmuştur. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yapılan değişikliklerden konumuz açısından en önemli olanı 4502 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerdir. 4502 sayılı Kanun ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda pek çok esaslı değişiklik yapılmış ve "arabağlantı" kavramı ilk kez yasal mevzuatımıza girmiştir.

¹⁰⁹ 17.3.1984 tarih ve 18344 sayılı Resmi Gazete.

¹¹⁰ 18.6.1984 tarih ve 18435 sayılı (1. Mükerrer) Resmi Gazete.

¹¹¹ Sarı, s. 83.

¹¹² 05.08.1996 tarih ve 22718 sayılı (1. Mükerrer) Resmi Gazete.

¹¹³ 18.06.2004 tarih ve 18435 sayılı (1. Mükerrer) Resmi Gazete.

4502 sayılı Kanun ile 406 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler telekomünikasyon mevzuatımızda özellikle serbestleşme 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 yasa ile Türk Telekom'un telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ve ses iletimini içeren hizmetlerdeki tekel hakkının sona ereceğı 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 verilış usulleri de açıkça belirlenmiş, bu hizmetlerin niteliklerine göre Görev/İmtiyaz sözleşmesi, Ruhsat ya da Genel İzin¹¹⁴ alınmak

¹¹⁴ Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğ'nde, telekomünikasyon hizmetlerinin verilmesi açısından dört çeşit yetki belgesi sayılmıştır:

Görev Sözleşmesi: Türk Telekom ile Telekomünikasyon Kurumu arasında, katma değerli hizmetler dahil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Kurum'un takdir edeceği bir süre için akdedilen sözleşmeyi,

İmtiyaz Sözleşmesi: İşletmeci tarafından söz konusu imtiyaz sözleşmesinde belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/ veya alt yapısının işletilmesi için Kurum ve işletmeci arasında yapılan sözleşmeyi,

Telekomünikasyon Ruhsatı: İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/ veya alt yapısının işletilmesi için Kurum tarafından verilen ruhsatı,

Genel İzin: Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için Kurum tarafından işletmecilere belirli genel şartlara ve Kurum nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlemi, ifade etmektedir.

sureti ile verilebileceği belirlenerek, telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesi tamamı ile kamu hukuku rejimine tabi tutulmuştur.¹¹⁵ Arabağlantı ve roaming tanımları da ilk olarak 406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik halinde bir yasa metnine girmiş ve bu konulardaki temel yükümlülükler de kanunda yer almıştır.

2000 yılında 406 sayılı Kanun'da 4502 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılması ve arabağlantı konusundaki temel ilkelerin belirlenerek ayrıntılara ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisinin çıkarılacak yönetmelik tahtında Telekomünikasyon Kurumu'na verilmesinin ardından uzunca bir sürenin geçmesinden sonra Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği 23.05.2003 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve arabağlantı konusu bu yönetmelik ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin yayımının ardından Telekomünikasyon Kurumu tarafından konuya ilişkin diğer ilgili yönetmelik ve tüzükler de yayınlanmıştır. Arabağlantı konusunda mevzuatımızda düzenlemeler getiren temel metinler şunlardır:

- 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu (4502 sayılı Kanun ile değişik hali),
- Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği,
- Tarife Yönetmeliği,
- Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve

Esaslar Hakkında Tebliğ

¹¹⁵ Ali Ulusoy, "Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi," Perşembe Konferansları, 11. Sayı (Kasım-Aralık 2000), s. 57.

Çalışmamızın bu bölümünde anılan mevzuat kapsamında ülkemizde var olan arabağlantı düzenlemeleri değerlendirilecektir. Öte yandan, AB müktesebatı ile ülkemiz müktesebatı arasında uyumlaştırma çalışmalarının yürütüldüğü alanlardan birisinin de telekomünikasyon alanı olması ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından yayınlanan çeşitli metinler ve yapılan açıklamalarda AB müktesebatı ile uyumun hedeflendiğinin açıkça belirtiliyor olması itibari ile mevzuatımızdaki arabağlantı düzenlemeleri incelenirken, konulara ilişkin AB’de yer alan ilgili düzenlemelere de genel hatları ile değinilerek mevzuatımızın uluslararası standartlar ve AB müktesebatı ile uyumu da incelenecektir.

2.1.2 Mevzuatımızda Arabağlantıya İlişkin Olarak Kabul Edilen Genel İlkeler

406 sayılı Kanun’un 4502 sayılı Kanun ile değişik 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında arabağlantı konusundaki temel ilkeler ortaya konulmuş ve mevzuat kapsamında arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenecek işletmelerin arabağlantı taleplerini bu ilkelere uygun olarak karşılamakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Buna göre arabağlantı yükümlüleri, arabağlantı taleplerini:

- Eşitlik,
- Ayrım gözetmeme,
- Şeffaflık,
- Maliyet ve makul kara dayalı olma ilkelerine uygun olarak ve
- Kendilerinin ya da ortaklarının, iştiraklerinin veya ortaklıklarının, kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sağlamakla mükelleftirler.

Kanun'da belirtilen bu temel ilkeler Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde de yer almaktadır. Yönetmeliğin beşinci maddesinde, yönetmeliğin uygulanmasında esas alınacak temel ilkeler belirlenmiştir. İlerleyen maddelerde etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler açısından birer yükümlülük olarak belirlenmiş olan ayırım yasağı (*Eşit şartlardaki kullanıcılar arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kullanıcılar tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması*), ayırıştırma (*Kullanıcıların talep ettikleri hizmetlerin dışında herhangi bir hizmeti satın almak zorunda bırakılmaması*), maliyet bazlı fiyatlandırma (*Telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin makul ölçüde karı içerecek şekilde hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı olması*) gibi yükümlülükler yönetmeliğin uygulanmasındaki temel ilkelerin içerisinde de sayılmıştır. Bir yandan söz konusu ilkelerin etkin piyasa gücüne sahip olsun ya da olmasın tüm işletmeciler için öngörülmüş olması, öte yandan ise ayırım yasağı, ayırıştırma, maliyet bazlı fiyatlandırma gibi yükümlülüklerin ilerleyen maddelerde sadece etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler için belirlenmiş olması maddelerin yorumu noktasında çelişki doğmasına neden olmaktadır. Zira, bu yükümlülüklerin sadece etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler açısından var olduğunun kabul edilmesi ve örneğin etkin piyasa gücüne sahip olmayan işletmecilerin eşit konumdaki kullanıcılar arasında ayırım yapabileceğinin kabulü halinde, ayırım yapılmadan tüm işletmeciler için öngörülmüş temel ilkeler ile çelişki doğacaktır. Ancak, bunun aksi şekilde örneğin maliyet bazlı fiyatlandırmanın sadece etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler için değil, yönetmeliğin beşinci maddesinde yer alan ilkeler tahtında tüm işletmeciler için öngörüldüğünün kabulü halinde ise bu yükümlülükleri sadece etkin piyasa gücüne

sahip işletmeciler açısından belirleyen 13, 14 ve 17'nci maddeler ile çelişki ortaya çıkacaktır. Bu itibarla genel ilkeler ile ilerleyen maddelerde sadece belirli bir grup işletmeci için belirlenmiş yükümlülükleri içeren söz konusu hükümler arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir. Öte yandan aşağıda ayrıntılarına değineceğimiz gibi, arabağlantı müzakereleri hususunda gerek 406 sayılı Kanun, gerekse Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin benimsediği temel ilke müzakerelerin öncelikli olarak tarafların serbest iradelerine dayalı olarak yürütülmesi, ancak tarafların bu müzakereler sonucunda bir anlaşmaya varamaması halinde Telekomünikasyon Kurumu'nun uyuşmazlığa müdahale etmesi yönündedir.

AB müktesebatında çeşitli direktiflerde dağınık olarak yer alan arabağlantı konusunda hükümlerin tek bir belgede toplanması ve konunun daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi amacı ile ilk olarak 1995 yılında taslak bir direktif hazırlanmış olup, Komisyon'un teklif ettiği bu taslak üzerindeki çalışmalar 1996 yılı içerisinde de devam etmiş ve 1997 yılının haziran ayında arabağlantı konusundaki çerçeve direktif 97/33/EC¹¹⁶ sayılı Direktif (Arabağlantı Direktifi) yayınlanmıştır¹¹⁷. AB müktesebatında arabağlantı konusundaki temel ilkeler bu Direktif'te toplu olarak yer almakta olup; arabağlantı yükümlülükleri açısından söz konusu olabilecek ayırım yasağı ve şeffaflık yükümlülükleri altıncı madde'de, maliyet bazlı fiyatlandırma yapılması

¹¹⁶ Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on Interconnection in Telecommunications with Regard to Ensuring Universal Service and Interoperability Through Application of the Principles of Open Network Provision O.J. L 199.

¹¹⁷ William Lehr ve Thomas Kiessling, "Telecommunication Regulation in United States and Europe: The Case For Centralized Authority," <https://dspace.mit.edu/bitstream/1721.1/1496/1/LehrKiessling> (accessed 13 September 2005), s. 12.

ve hesap ayırımına ilişkin esaslar ise yedi ve sekizinci maddelerde düzenlenmiştir. 97/33/EC sayılı Direktifi şeffaflık, nesnellik ve ayrımcı olmama esasına dayalı; tarafların arabağlantı konusundaki ticari müzakerelerine öncelik veren, ancak müzakerelerden bir sonuç elde edilememesi halinde ulusal düzenleyici otoritelerin müdahalesini öngören ve arabağlantının tesisi ve sürdürülebilirliği noktasında ulusal düzenleyici otoritelere açık sorumluluklar yükleyen bir sistem getirmiştir¹¹⁸.

2.2 Mevzuatta Öngörülen Arabağlantı Yükümlülükleri

2.2.1 Arabağlantı Yükümlüsünün Belirlenmesi

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik birinci maddesinde arabağlantı yükümlüsü "*Arabağlantıyı sağlayacak şebekenin özel/tüzel kişiliği*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım arabağlantı yükümlülerinin ne şekilde tespit edileceğini belirlemekten uzaktır. Kanun'un 10. maddesinde ise arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenecek olan işletmecilerin, bu maddeye dayanılarak çıkarılacak olan yönetmelikteki esaslara göre, Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirleneceği ifade edilerek arabağlantı yükümlülerini belirleme yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiştir. Arabağlantı yükümlüleri Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenecek olmakla birlikte, maddenin devamında bu konuda bir istisna getirilerek Türk Telekom'un her halükarda arabağlantı yükümlüsü olacağı belirtilmiş ve Telekomünikasyon Kurumu'na bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Türk Telekom'un tüm yerel alt yapıyı elinde bulundurması, sektördeki pazar payı gibi unsurlar göz

¹¹⁸ Status Report on European Electronic Policy, European Commission Directorate of General Information Society, 22 December 1999, <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/tcstatus.htm> (accessed 14 June 2005).

önüne alındığında kısa vadede sektörde operatör olarak hizmet verecek işletmecilerin Türk Telekom ile arabağlantı sözleşmesi yapamadan hizmet veremeyeceği ve Türk Telekom'un kısa vadede sektörde hakim konumda olacağı bir gerçektir. Ancak, uzun vadede alternatif şebekelerin ya da altyapının oluşması, gelişen teknoloji ile Türk Telekom'un elinde bulundurduğu PSTN şebekesinin önemini yitirmesi, pazar payının önemli ölçüde düşmesi halinde Türk Telekom'un arabağlantı yükümlülüğü tartışılabilir hale gelecektir. Bu itibarla, Türk Telekom'u baştan arabağlantı yükümlüsü olarak belirlemektense, mevzuatta yer alan kriterler çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme sonucunda arabağlantı yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını tespit etmek daha yerinde olacaktır.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde yer alan "arabağlantı yükümlüsü" tanımı da oldukça geniştir. Yönetmeliğin dördüncü maddesinde, arabağlantı yükümlüsü "*Türk Telekom ve Kurum tarafından arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen diğer işletmecileri*" olarak tanımlanmıştır. Bu madde de Telekomünikasyon Kurumu tarafından hangi kriterlere göre işletmecilerin arabağlantı yükümlüsü olarak tespit edileceğini belirlemekten uzaktır. Bu kriter Yönetmeliğin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenmektedir. 10'uncu madde'de bir işletmecinin Telekomünikasyon Kurumu tarafından arabağlantı yükümlüsü olarak

belirlenebilmesindeki temel kriter bu işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olması şeklinde belirlenmiştir¹¹⁹.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde etkin piyasa gücü *“İlgili telekomünikasyon pazarında, bir veya birden fazla işletmecinin diğer işletmeci ve kullanıcılara sunduğu hizmetlerin alım ya da satım fiyatını, arz ya da talep miktarını, piyasa şartlarını ve telekomünikasyon hizmetlerini vermek için kullanılan ana telekomünikasyon şebekesi unsurlarını ve kullanıcılara erişimi kontrol etme gibi ekonomik parametreleri etkileyebilme gücü”* olarak ifade edilmiştir. Ayrıca yönetmeliğin yedinci maddesinde etkin piyasa gücüne sahip olan işletmecileri ve bunların belirlenişine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiştir. Yönetmelik'te yer alan bu etkin piyasa gücü tanımı rekabet mevzuatında belirlenmiş olan “hakim durum” tanımına oldukça yakın bir şekilde tanımlanmıştır. Rekabet hukukumuzda temel unsurları ekonomik güç, bağımsızlık ve söz konusu ekonomik gücün devamlılığı olarak belirlenmiş olan¹²⁰ hakim durum kavramı, RKHK'nin üçüncü maddesinde *“Belirli bir piyasada bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”* olarak tanımlanmıştır.

¹¹⁹ Öte yandan, istisnai olarak etkin piyasa gücüne sahip olmasalar bile Telekomünikasyon Kurumunca, arabağlantı sağlamamaları halinde rekabet ortamının bozulacağına karar verilen diğer işletmeciler de arabağlantı taleplerini karşılamakla mükellef kılınabilmektedir.

¹²⁰ İ.Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2001, s. 210.

Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de de, etkin piyasa gücü kavramı aynı şekilde tanımlanmıştır. Tebliğ'de, işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olup olmadıklarının tespiti için ilgili işletmecinin;

- a) Pazar payı,
- b) Piyasa şartlarını etkileyebilme gücü,
- c) Satış miktarları ile piyasa büyüklüğü arasındaki ilişki,
- d) Son kullanıcıya erişim araçlarını kontrol gücü,
- e) Mali kaynaklara ulaşabilme gücü,
- f) Piyasada ürettiği ve verdiği hizmetleri sunması ile ilgili konulardaki tecrübesi,

gibi özelliklerinin dikkate alınarak belirleme yapılacağı ifade edilmiştir.¹²¹ Etkin piyasa gücü belirlemesi yapılabilmesi için dikkate alınacak kriterler sadece madde metninde sayılanlar ile sınırlı olmayıp, sayılan kriterler örnek olarak belirtilmiştir.

¹²¹ Kurul bu kriterler dairesinde her yıl ilgili telekomünikasyon piyasasında etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri tespit ederek, Resmi Gazete'de yayınlamaktadır. Kurul ilk olarak 21.08.2003 tarih ve 2003/332 sayılı kararı ile GSM Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri ve GSM Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Turkcell'in, yine GSM Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Telsim'in etkin piyasa gücüne sahip olduğuna; 2004 yılında 2004/247 sayılı kararı ile Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (3 Haziran 2003 tarih ve 25127 sayılı Resmi Gazete) kapsamında GSM Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri Piyasasında Turkcell'in hakim konumda olduğuna; 2004/696 sayılı kararı ile GSM Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Turkcell'in etkin piyasa gücüne sahip olduğuna; 2004/249 sayılı kararı ile telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri ile tüm telekomünikasyon alt yapısında, ilgili piyasaların serbestleşmesi ile birlikte, bu piyasalarda faaliyet gösteren işletmecilerin rekabet gücüne yönelik ölçülebilir

AB’de de arabağlantı yükümlüleri etkin piyasa gücü kavramına dayanılarak belirlenmektedir. 97/33/EC sayılı Direktife göre, kural olarak, %25’in üzerinde pazar payına sahip işletmeciler etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler olarak kabul edilmekte iken 2002/19/EC sayılı Direktif ile etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin belirlenmesinde önemli değişiklikler olmuştur. 2002/19/EC sayılı direktif etkin piyasa gücünün belirlenmesi hususunda 2002/21/EC¹²² sayılı Çerçeve Direktif’e atıf yapmaktadır. 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi’nde etkin piyasa gücünün tespitinde %25’lik oran esas alınmakta iken, Çerçeve Direktif’te bu orana yer verilmemiştir. Yeni hüküm ile bir işletmecinin, tek başına ya da diğeri ile birlikte, hakimiyete eşit bir konuma, tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerinden hissedilebilir derecede bağımsız bir şekilde davranabilmesini sağlayan bir ekonomik güce sahip olması halinde etkin piyasa gücüne sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu yeni yaklaşım ile AB Rekabet Hukuku’ndaki hakim durum kavramı ile etkin piyasa

büyüköklüklere ulaşıncaya kadar Türk Telekom’un fiili tekele sahip işletmeci olarak belirlenmesine karar vermiştir (Telekomünikasyon Kurumu, **TK Piyasa Analiz Çalışmaları İlgili Piyasa ve Etkin Piyasa Gücü Kavramı**, Ankara, 2005, <http://www.tk.gov.tr/srth/2005-R-0-1.pdf> (ziyaret tarihi 13 Ekim 2005), s. 29). Kurul tarafından en son olarak verilen 15.12.2005 tarih ve 2005/280 sayılı karara (28 Aralık 2005 tarih ve 26037sayılı Resmî Gazete) göre GSM Mobil Şebekelere Erişim ve Çağrı Başlatma Piyasalarında Turkcell, GSM Mobil Çağrı Sonlandırma Piyasasında ise Turkcell, Telsim ve Avea EPG’ye sahip işletmeciler olarak belirlenmiştir.

¹²² Directive 2002/21/EC of 7 March 2002 on A Common Regulatory Framework For Electronic Telecommunications Networks and Services, O.J. L108/33.

gücü kavramı eşitlenmiştir¹²³. Etkin piyasa gücünün belirlenmesine konusunda, Etkin Piyasa Gücü'nün Belirlenmesine İlişkin Rehber'de¹²⁴ açıklık getirilmiştir. Rehber'de daha önce kullanılan %25 gibi belirli bir pazar payına sahip olma kriteri getirilmemiş olmakla birlikte, en azından %40'lık bir pazar payının gerekli olduğu değerlendirilmiştir böylelikle pazar payı kriterindeki eşik %25'den %40'a çıkartılmıştır¹²⁵. Ancak, buna rağmen %50'nin üzerinde pazar payına sahip olunan istisnai durumlar hariç olmak üzere, yüksek pazar payına sahip olunması tek başına etkin piyasa gücünün varlığının kabulü için yeterli görülmemekte, bazı hallerde %40'ın üzerinde pazar payı olsa dahi etkin piyasa gücünün olmayabileceği ya da %40'ın altındaki pazar payının dahi etkin piyasa gücünün varlığı için yeterli kabul dileyebileceği belirtilmektedir¹²⁶. Rehberin 78'inci paragrafına göre EPG'nin belirlenmesinde işletmecinin toplam büyüklüğü, kolaylıkları taklit edilemeyecek alt yapının kontrolü, teknolojik avantajlar ya da üstünlük, karşı koyacak kuvvetteki alım gücünün yokluğu, finansal piyasalara giriş veya sermaye kaynaklarına erişim kolaylığı, ürün/hizmet çeşitlemesi, ölçek ekonomileri, kapsam ekonomileri, dikey

¹²³ Ali Demiröz, "Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü," Rekabet Dergisi, 15. Sayı (Temmuz, Ağustos, Eylül 2003), s. 25.

¹²⁴ Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power Under the Community Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, O.J. C165/6.

¹²⁵ Akpınar, s. 59.

¹²⁶ Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power Under the Community Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, O.J. C165/6, section 75.

bütünleşme, yüksek ölçüde gelişmiş dağıtım ve satış ağı, potansiyel rekabetin yokluğu gibi unsurlar da dikkate alınmaktadır.

2.2.2 Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik 10'uncu maddenin ilk fıkrası arabağlantı sağlama yükümlülüğünü ve arabağlantı yükümlülerinin kimler olduğunu belirlemektedir. Buna göre *“Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların arabağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır.”* Söz konusu hükümde de açıkça ifade edildiği üzere, mevzuatta belirlenecek istisnai haller hariç olmak üzere arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenen operatörler diğer işletmecilerin arabağlantı taleplerini karşılamakla mükellef kılınmışlardır. Ana kural arabağlantı yükümlülerinin her türlü arabağlantı talebini karşılamasıdır. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde ise arabağlantı talepleri ile ilgili olarak getirilen yükümlülük ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenebilir. Arabağlantı yükümlülerine getirilen arabağlantı tesis etme mükellefiyetinin yanında; arabağlantı taleplerinin müzakere edilmesi açısından hiçbir ayırım yapılmaksızın, bütün işletmeciler diğer işletmecilerden gelecek olan arabağlantı talepleri ile ilgili olarak müzakerede bulunmakla mükellef kılınmıştır. Bu yükümlülüğün tarafları en azından müzakerelerin başlatılması açısından teşvik edeceği kabul edilebilecek olmakla birlikte, etkin piyasa gücü bulunmayan işletmeciler açısından müzakereler sonunda herhangi bir zorunluluk ya da yaptırım bulunmadığı için arabağlantı sağlanması hedefi açısından bu yükümlülüğün ne kadar fayda getireceği tartışmalıdır. Ayrıca, 406 sayılı Kanun kapsamında

Yönetmelik'tekine benzer şekilde tüm işletmeciler için getirilmiş bir müzakere yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum idarenin kanuni dayanağı olmayan bir yetki ile sözleşme müzakereleri açısından sözleşme özgürlüğüne müdahale ediyor olması itibari ile hukuki sorunlar da ihtiva etmektedir¹²⁷.

406 sayılı Kanun tahtında işletmeciler açısından, arabağlantı yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için bu taleplerin teknik olarak imkan dahilinde olması ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler olması aranmaktadır. Yani arabağlantı yükümlüleri dahi teknik olarak imkan dahilinde olmayan ya da orantısız maliyetler ihtiva eden talepleri karşılamakla mükellef değildir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde de arabağlantı talepleri karşılanırken bu taleplerin teknik ve ekonomik olarak uygun olacağı kanıtlanabilen ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından uygun görülen bir noktadan karşılanacağı belirtilmiştir. Ancak, söz konusu teknik ve ekonomik uygunluk arabağlantıyı sağlayan ve arabağlantı talep eden işletmeciler açısından farklı anlamlar ifade edebilmektedir. Yani belirli bir nokta arabağlantıyı talep eden için ekonomik açıdan daha uygunken diğer bir nokta arabağlantı sağlayan açısından daha uygun olabilir. Bu konuda objektif bir kriterin bulunmaması sorununun yanında, uyuşmazlık halinde arabağlantı sağlanacak noktanın teknik ve ekonomik açıdan uygun olduğunu ispat etme mükellefiyetinin kimde olduğu da Yönetmelik'de belirtilmemiştir. Bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklarda çözüm sürecinin hızlandırılabilmesi açısından bu konudaki ispat mükellefiyetinin hangi tarafta olduğunun belirlenmesinin uygun olduğu görüşünderiz. Öte yandan, konunun Kanun'da düzenlenişi arabağlantı taleplerinin

¹²⁷ Bkz. aşağıda 2.4.2.2.

teknik olarak imkan dahilinde olması ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler olmasını gerekli kılan şekildedir. Oysa, Yönetmelik taleplerin karşılanırken bu taleplerin teknik ve ekonomik olarak uygun olacağı kanıtlanabilen noktalardan karşılanacağını belirterek her halükarda teknik ve ekonomik açıdan uygun bir noktanın bulunabileceğini öngören bir ifadeye yer vermiştir. Kanaatimizce Yönetmelikteki bu ifade, Kanun'un arabağlantı taleplerinin teknik olarak imkan dahilinde olmasını ve orantısız maliyetler ihtiva etmemesini bir ön koşul olarak arayan lafzı ile tam olarak örtüşmemektedir.

Ayrıca, Kanun'da herhangi bir sınırlama getirilmeksizin talebin reddi için makul ve haklı sebeplerin olması halinde arabağlantı yükümlülerine her halükarda arabağlantı taleplerini reddedebilme imkanı getirilmiştir. Yönetmelikte ise arabağlantı yükümlülüğünün sınırlandırılabilceği haller iki durum ile sınırlanmıştır. Bunlar talep edilen arabağlantının teknik ve ticari alternatiflerinin bulunması ve arabağlantıyı sağlamak için gerekli kaynakların bulunmamasıdır. Yasa koyucu tarafından herhangi bir sınırlama olmaksızın, makul gerekçeler olması halinde arabağlantı yükümlülerinin gelen talepleri reddedebilme imkanının olması uygun görülmüş olmasına rağmen; yasa koyucunun bu açık iradesinin bir yönetmelik ile sınırlandırmaya çalışılması ve arabağlantı sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldıran "makul ve haklı" sebeplerin Yönetmelik'te sayılan iki halle sınırlandırılması idarenin kanuniliği ilkesi ile çeliştiği gibi¹²⁸, hukukun temel prensiplerinden olan normlar hiyerarşisi kuralı ile çelişmektedir. Ayrıca sayılan bu hallerde de ispat mükellefiyetinin kimde olduğu belirtilmemiştir. Ancak, söz konusu hükmün

¹²⁸ Bkz. aşağıda 2.4.2.2.

lafzından bu konulardaki ispat yükümlülüğünün arabağlantı yükümlüsüne ait olduğu sonucu çıkmaktadır.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde arabağlantı sağlama yükümlülüğün yanı sıra sekizinci madde'de erişim yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Buna göre, dokuzuncu madde'de yer alan istisnai haller hariç olmak üzere, Telekomünikasyon Kurumu bir işletmecinin diğer bir işletmecinin erişimine izin vermemesinin ya da erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğini ya da bu durumun tüketicilerin aleyhine sonuçlar doğuracağını tespit etmesi halinde ilgili işletmecilere erişim talebini kabul etme yükümlülüğü getirebilecektir. Ancak 406 sayılı Kanun'da arabağlantı yükümlülüğü düzenlenmiş olmasına rağmen erişim konusunda bir yükümlülük düzenlenmemiştir. Arabağlantı yükümlülüğünün düzenlendiği 10'uncu madde'de arabağlantı dışında sadece roaming talepleri ile ilgili bir yükümlülük yer almakta erişim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu itibarla, erişim yükümlülüğü konusunda da 406 sayılı Kanun'da yer almayan bir yetkinin Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile Telekomünikasyon Kurumu'na ihdas edildiği görülmektedir.

Arabağlantının telekomünikasyon sektöründe etkin bir rekabetin sağlanabilmesinin önemli koşullarından biri olması ve de kamusal telekomünikasyon şebekelerini ellerinde bulunduran yerleşik operatörlerin müzakereler sırasında karşı tarafa göre oldukça üstün konumda olmaları ve de mevcut karlarını paylaşmak istememeleri nedeni ile, AB ülkelerinde de ülkesel düzenleyici otoritelerin bu yerleşik operatörleri müzakere etmeye ve etkin piyasa gücüne sahip olanları arabağlantı taleplerini

karşılamaya zorlayan müdahalelerinin gerekliliği konusunda telekomünikasyon uzmanları ve politika yapıcılar arasında bir konsensüs bulunduğu ifade edilmektedir¹²⁹. 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi'nin iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki herkesin herkesle iletişiminin (any to any communication) sağlanması ilkesinin gerçekleşeceği bir piyasa oluşturulması; ikincisi ise piyasada makul olarak arabağlantı talebinde bulunan tüm işletmecilerin bu taleplerinin karşılanması sureti ile bütün piyasa aktörlerinin haklarının garanti altına alınmasıdır¹³⁰. Bu ilkeler doğrultusunda Arabağlantı Direktifi, konuyu ayrıntılı olarak düzenleyerek arabağlantı müzakerelerinden, ülkesel düzenleyici otoritelerin müdahalesine kadar pekçok konuya açıklık getirmiştir. 97/33/EC sayılı Direktif'in dördüncü maddesinde arabağlantı hem bir hak, hem de bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Buna göre arabağlantı talebinde bulunan işletmeci için arabağlantı müzakeresine girebilmek başlıbaşına bir hak olarak kabul edilmiş; kendisinden müzakere talebinde bulunulan işletmeci için ise müzakerelere girmek bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Ancak, teknik ve ekonomik olarak elverişli başka seçeneklerin bulunması halinde ve olay bazında olmak üzere, ülkesel düzenleyici otoritelere söz konusu hak ve yükümlülüğü sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Aynı maddenin ikinci bendinde EPG'ye sahip işletmecilere ek bir yükümlülük olarak, bütün makul arabağlantı taleplerini karşılama yükümlülüğü getirilmiştir.

¹²⁹ Geoff Edwards ve Leonard Waverman, "The Effects of Public Ownership and Regulatory Independence on Regulatory Outcomes A Study of Interconnection Rates in EU Telecommunications," <http://bear.cba.ufl.edu/centers/purc/documents/Waverman.pdf> (accessed July 28 2005), s. 9.

¹³⁰ Status Report on European Electronic Policy.

2.2.3 Diğer Arabağlantı Yükümlülükleri

Mevzuatımızda arabağlantı sağlama yükümlülüğünün yanında bazı ek arabağlantı yükümlülükleri de yer almaktadır. Bunlardan bazıları arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenen firmalar için belirlenen yükümlülükler iken, diğer bir grup yükümlülük ise tüm operatörler açısından öngörülmüştür. Bu doğrultuda Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile getirilen yükümlülükleri potansiyel olarak tüm işletmecilere getirilen yükümlülükler (tesis paylaşımı, numara taşınabilirliği, taşıyıcı seçimi ve sözleşmelerin aleniyeti) ve EPG'ye sahip olan işletmecilere getirilen yükümlülükler (ayrım gözetmeme, ortak yerleşim, referans erişim ve arabağlantı teklifi hazırlama, hesap ayrımı, raporlama ve tarifelerin maliyet bazlı olması) olarak ikiye ayırmak mümkündür¹³¹. Telekomünikasyon piyasasında etkin rekabetin tesisi amacı ile söz konusu yükümlülüklerin tamamı, bütün işletmeciler için değil EPG'ye sahip işletmeciler açısından öngörülmüş, ancak rekabetin sağlanması açısından tüm işletmecilerin uyması gerektiği varsayılan yükümlülükler ise EPG'ye sahip olmayan işletmeciler açısından da birer yükümlülük olarak kabul edilmiştir¹³².

Yönetmelik'de yer alan ayrım gözetmeme, ayrıştırma ve tesis paylaşımı yükümlülükleri ise sadece Türk Telekom ve EPG'ye sahip işletmeciler için getirilmiştir. Yönetmeliğin 13'üncü maddesine göre Türk Telekom ve ilgili pazarda EPG'ye sahip olan işletmeciler, telekomünikasyon hizmetlerini sağlamak için kendi kullandıkları veya üçüncü şahısların telekomünikasyon hizmetlerini sunmak için ihtiyaç duydukları hizmetleri bu hizmetleri talep edenlere ayrım gözetmeksizin ve

¹³¹ 19.10.2004 tarih ve 04-66/956-232 sayılı RK Kararı.

¹³² Akpınar, s.101.

kendilerine uyguladıkları koşullarla temin etmekle yükümlüdürler. Ayrıca, Türk Telekom ve EPG'ye sahip işletmeciler kendilerinden talep edilecek erişimi sağlayacak şekilde ayrıştırma yapmakla yükümlü kılınmış böylece arabağlantı talep eden işletmecilerin ayrıştırma yapılmaması halinde talep etmedikleri hizmetleri de olarak ek bir maliyete katlanmak zorunda kalmamaları sağlanmaya çalışılmıştır.

Yönetmelik'de ortak yerleşime ilişkin kurallar da getirilmiştir. 15'inci maddeye göre Telekomünikasyon Kurumu, EPG'ye sahip işletmeciler ve/veya Türk Telekom'a kendi tesislerinde, diğer işletmecilerin ekipmanları için maliyet esaslı bir bedel karşılığında fiziksel ortak yerleşim sağlama yükümlülüğü getirebilmektedir. Ancak, işletmecilerin herhangi bir yerde fiziksel ortak yerleşimin zaruri olmadığını kanıtlamaları halinde, Telekomünikasyon Kurumu bu yerlerde söz konusu işletmecileri fiziksel ortak yerleşim yükümlülüğünden muaf tutabilir.

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik 10'uncu maddesinde de arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenecek işletmelerin arabağlantı taleplerini eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, maliyet ve makul kara dayalı olma ilkelerine uygun olarak ve

kendilerinin ya da ortaklarının, iştiraklerinin veya ortaklıklarının, kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

97/33/CE ve 2002/19/CE sayılı Direktif'lerde de ayırım yapma yasağı, şeffaflık, hesap ayırımı, maliyet bazlı fiyatlandırma ilkeleri yer almakta ve 2002/19/CE sayılı Erişim Direktifi'nde ulusal düzenleyici kuruluşların herhangi bir işletmeciyi Çerçeve

Direktif kapsamında EPG'ye sahip işletmeci olarak belirlemesi halinde bu işletmecilere anılan yükümlülüklerin uygulayabileceği belirtilmektedir.

2.3 Arabağlantı Fiyatlandırması

2.3.1 Arabağlantı Fiyatlandırmasında Kabul Edilen Temel İlke

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik dördüncü maddesinde tüm telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlandırmasına ilişkin temel ilke ortaya konulmuştur. Buna göre, ilgili mevzuat, imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatında aksi belirtilmedikçe, arabağlantı da dahil olmak üzere telekomünikasyon hizmetlerinin ücretleri yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortismanı ve makul ölçüde karı mümkün olduğu ölçüde yansıtacaktır. Görüldüğü üzere, Kanun'da ana kural olarak maliyet (+) makul kar ilkesi kabul edilmiştir. Kanun'un dördüncü maddesinde işletmeciler arasında hiçbir ayırım yapılmaksızın ortaya konulan bu ilke, 10'uncu maddede sadece arabağlantı yükümlülükleri açısından ortaya konularak, arabağlantı yükümlülerinin arabağlantı taleplerini maliyet ve makul kara dayalı olma ilkesi temelinde karşılaması gerektiği belirtilmiştir (Bu yükümlülük Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde de sadece arabağlantı yükümlülükleri için kabul edilmektedir). Eğer kanun koyucu tarafından arabağlantı fiyatlandırmasının maliyet ve makul kara dayalı olması ilkesi sadece arabağlantı yükümlülükleri için var olması gereken bir yükümlülük olarak kabul edilmekte ise, dördüncü madde buna uygun olarak revize edilmeli ve iki madde arasındaki çelişki giderilmelidir. Zira, dördüncü maddede, onuncu maddenin aksine işletmeciler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve arabağlantı açıkça belirtilerek ücretlerin maliyet ve makul karı yansıtması gerektiği ifade edilmektedir.

2.3.2 Maliyet Bazlı Fiyatlandırma'da Dikkate Alınacak Kriterler

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde arabağlantı tarifelerinin maliyet esasına göre belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

a) Erişim ve arabağlantı hizmetleri için maliyet esaslı tarife, hizmetleri sunmak için yatırılması gereken sermayeden makul bir geri dönüşü içerecek biçimde, hizmetin etkin olarak sağlanmasının uzun dönem artan maliyeti ile ortak maliyetlerin hizmetle ilişkilendirilebilen kısmının toplamından oluşur.

b) Maliyetler, hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetini aştığı takdirde, aşan kısım hizmetin etkin olarak sağlanması açısından gereksiz gider ve maliyet olarak kabul edilir. Bu tür gider ve maliyetler yasal zorunluluktan kaynaklanmaları veya diğer nedenlerle zaruri olduklarının kanıtlanması halinde dikkate alınır.

c) Bu maddenin (b) bendine göre yapılan değerlendirmede, karşılaştırılabilir piyasalarda birbirinin muadili hizmetleri sunan işletmecilerin katlandıkları maliyetlere veya uyguladıkları tarifelere karşılaştırma amacıyla başvurulabilir. Bu durumda referans alınan piyasaların kendilerine has özellikleri göz önüne alınır.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde yer alan esasların yanı sıra, Tarife Yönetmeliği'nde de, telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlandırmasında dikkate alınacak genel ilkeler belirlenmiştir. Tarife Yönetmeliği temel olarak fiyatlandırmanın maliyet esaslı olmasını ve ilgili piyasada serbest rekabetin oluşmasına katkı sağlamasını aramaktadır. Tarife Yönetmeliği'nde ayrıca fiyatlandırma yapılırken ayırım yapmama, eşitlik, çapraz sübvansiyon yapılmaması,

fiyatlandırmanın teknolojik gelişmeyi ve yatırımları teşvik edici olması, farklı kullanıcı gruplarının ihtiyaçları esas alınarak asimetrik uygulamalar yapılabilmesi gibi temel hususlara da atıf yapılmaktadır. Bu temel ilkeler dairesinde, yönetmeliğin altıncı maddesine göre tarifelerin onaylanmasında tarifelerin, hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı olması, haklı bir gerekçe olmadıkça etkin piyasa gücünün sonucu olarak çıkacak, rekabetin kısıtlanmasını hedefleyen ya da kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açan aşırı fiyatları içermemesi aranmamaktadır. Tarife Yönetmeliği'nde yer alan ilkeler dikkate alındığında bir yandan bir kamu hizmetinin fiyatlandırmasının yapıyor olması itibari ile fiyatın maliyet ve makul kara dayanıyor olması, eşit durumdakiler arasında ayırım yapılmaması, farklı kullanıcı gruplarının ihtiyaçlarının dikkate alınması gibi ilkeler yer almaktayken, diğer yandan serbestleşen bir piyasaya ilişkin fiyatlandırma yapıyor olması itibari ile rekabetin sağlanmasına yönelik ilkeler yer almaktadır. Ancak, bu fiyatlandırma açısından bu iki grup ilke arasından hangisine öncelik verileceği açıkça ortaya konmuştur. Zira, maddede rekabet kısıtlamasını hedefleyen kısıtlamaların haklı bir gerekçesi olmadan yapılamayacağı belirtilmiştir. Madde metninde ortaya konulan istisna ile, kamu hizmetinin verilmesine ilişkin olarak haklı gerekçelerin ortaya çıkması halinde rekabet kısıtlamasına yönelik fiyatlandırmanın yapılabileceği ve kamu hizmetine ilişkin kuralların rekabet kurallarından öncelikli olarak uygulanacağını kabul edildiği kanaatindeyiz.

Anılan ilkeler ve esaslar dairesinde Telekomünikasyon Kurumu tarifeleri maliyet esaslı olarak veya tavan fiyat yöntemi ile ya da her iki yöntemi birlikte kullanarak belirlemeye yetkili kılınmıştır. Kurum bu belirlemeleri yapabilmek için ilgili

firmalardan hizmetlerin mevcut geçmiş döneme ait ve tahmini olarak gelecekteki maliyetlerini, kalitesini ayrıntılı bir şekilde gösteren ayrıntılı bilgi ve belgeleri talep etmeye yetkilidir.

Tarifelerin maliyet esaslı olarak belirlenip belirlenmediğinin tespit edilebilmesi için ise Telekomünikasyon Kurumu'na söz konusu tarifelerin maliyet esaslı olarak belirlenip, belirlenmediğinin ispatlanmasını işletmecilerden talep edebilme yetkisi verilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılan inceleme sonunda tarifelerin maliyet esaslı olarak belirlenmediğinin tespiti halinde ise Kurum'a tarifeleri maliyet esaslı olarak belirleme yetkisi verildiği gibi, Kurum tarifeler maliyet esaslı olarak belirleninceye kadar diğer ülke uygulamalarını da uygun olduğu ölçüde dikkate alarak tarifelere üst sınır koyabilmektedir ve Kurum tarafından belirlenen bu tarifeler bağlayıcıdır.

Telekomünikasyon Kurumu tarafından Kurum'un internet sitesinde ekonomik düzenlemeler başlığı altında aşağıdaki tablo¹³³ yer almaktadır. Söz konusu tabloda belirli dönemler için Türk Telekom ve EPG'ye sahip işletmeciler için belirlenmiş standart arabağlantı referans ücretleri yer almaktadır. Söz konusu tarifeler 406 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan "*Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart arabağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir*" hükmüne istinaden yayınlanmaktadır. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde tavan fiyat yöntemi ile maliyet bazlı fiyatlandırma açıkça ayrılmıştır. Kural arabağlantı

¹³³ <http://www.tk.gov.tr/srth/erisimarabaglanti/sarut.htm> (ziyaret tarihi, 11.09.2006).

ücretlerinin maliyet esaslı olarak belirlenmesidir, ancak maliyet esaslı belirleme noktasında bir tikanıklık yaşanması halinde bir tavan ücret belirlenecektir. Aşağıdaki tabloda belirlenen ücretler “tavan” ücretler olarak belirlenerek ilan edilen ücretler olmayıp, 406 sayılı Kanun tahtında “referans” ücret olarak belirlenmiştir. Ancak, söz konusu tarifelerin niteliği konusunda tereddütler söz konusu olabilmektedir. Zira, anılan tarife tahtında belirlenen fiyatlar gerek işletmeciler, gerekse Kurum yetkilileri tarafından, arabağlantı sözleşmelerinin tarafları arasında fiyatlandırma konusunda uyuşmazlık çıkması halinde Kurum tarafından uygulanacak fiyatlar olarak algılanmaktadır. Bu da, anılan fiyatların esas olarak bir uyuşmazlık halinde EPG’ye sahip işletmeciler tarafından belirlenebilecek en yüksek arabağlantı ücretleri olarak algılanmasına neden olmakta ve taraflar üzerinde müzakerelere başlamadan bir baskı unsuru oluşturmaktadır. Sonuç olarak bu fiyatlar şekli olarak tavan fiyatlar olarak belirlenmiş olmasa dahi, fiili olarak taraflar üzerinde bir baskı unsuru oluşturarak tavan fiyata yaklaşmaktadır. Bu fiili durum da Yönetmeliğin 16’ncı maddesi ile çelişmektedir. Zira, 16’ncı madde ile ortaya konulan temel kural, Kurum’ca tavan fiyatlar belirleninceye kadar, maliyet bazlı bir fiyatlandırmanın uygulanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu itibarla, tavan fiyatların açıklanmamış olduğu ve maliyet bazlı fiyatlandırma yapılması gereken bir döneme ilişkin olarak, referans adı altında tavan fiyat olarak algılanabilecek fiyatların belirlenmesinin yönetmelik ile çeliştiği ve söz konusu tarifelerin fiili olarak tavan fiyata dönüşecek şekilde yayınlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, 406 sayılı Kanun’un 10. maddesine göre yayınlanacak referans ücretlerin niteliğinin Kurum’ca daha net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

**TÜRK TELEKOM VE ETKİN PİYASA GÜCÜNE SAHİP GSM
İŞLETMELERİ İÇİN STANDART ARABAĞLANTI REFERANS
ÜCRET TARİFELERİ**

İşletmeciler	Ücret (YKr/dk.)	
	Alan İçi:	Alan Dışı:
Türk Telekomünikasyon A.Ş.	2,0	3,7
	14	
Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.	15,2	
Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.	17,5	

97/33/CE sayılı Direktif’de de ana kural olarak arabağlantı fiyatlandırmasının maliyet bazlı olarak yapılması ve arabağlantı ücretinin maliyet artı makul kar’dan oluşması aranmaktadır.

2.4 Arabağlantı Müzakereleri ve Telekomünikasyon Kurumunun Müdahalesi

2.4.1 Mevzuatta Arabağlantı Müzakereleri ve Uyuşmazlıkları İçin Öngörülen Usul

406 sayılı Kanun’un 4502 sayılı Kanun ile değişik 10’uncu maddesi ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde arabağlantı müzakereleri açısından temel ilke olarak öncelikle tarafların kendi aralarında anlaşmaları, anlaşamamaları halinde ise Telekomünikasyon Kurumu’nun müdahalesini öngörmüştür. Erişim ve Arabağlantı

Yönetmeliği'nin 20'nci maddesinde ilgili mevzuat ile işletmecilerin görev ve imtiyaz sözleşmelerine aykırı olmamak kaydı ile sözleşme hükümlerinin taraflarca serbestçe belirleneceği belirtilmiştir. Tarafların kendi aralarında belirlenen sürelerde anlaşmaya varamaması halinde Telekomünikasyon Kurumu'nun müdahalesi söz konusu olacaktır.

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik 10'uncu maddesine göre arabağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, Kurum, arabağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletecektir. Kurum'un bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum tarafından dört hafta daha uzatılabilecek olan altı haftalık bir süre içinde tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum arabağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Görüldüğü üzere Kanun'da öngörülen sistemde uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için üç aylık bir sürenin geçmesi beklenmekte ve zaten üç ay boyunca bir anlaşmaya varamamış olan taraflara Kurum müdahalesinden önce anlaşmaları için “uzlaşma prosedürünün başlatılmasından itibaren” (uzlaşma prosedürünün başlatılmasına ilişkin bu süre Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde tebligatların ulaşma süreleri hariç olmak üzere toplam otuz gün olarak belirlenmiştir) on haftaya kadar ek bir süre tanınmaktadır. Bu sürecin sonunda halen bir anlaşma olmaması halinde ise Telekomünikasyon Kurumu'nun karar verebilmesi için altı aylık bir süre verilmiştir.

Sonuç olarak mevzuatımızda öngörülen sistemde arabağlantı konusunda anlaşmazlık yaşayan tarafların Telekomünikasyon Kurumu'na başvurabilmesi için üç aylık bir sürenin geçmesi gerekmekte, bu üç ayın sonunda yapılacak başvurunun ardından da aralarında anlaşmazlık olan bu taraflara uzlaşmaya varabilmeleri için yaklaşık dört aylık bir süre daha verilmektedir. Böylece Kurum'un uyuşmazlığa doğrudan müdahale edebilmesi, uyuşmazlığın başlangıcından itibaren yaklaşık yedi aylık bir süreyi bulmakta; bunun ardından da Kurum'a karar verebilmesi için ek altı aylık bir süre daha tanınarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bu süreç yaklaşık onüç ayı bulmaktadır. Arabağlantı gibi önemli bir konuda oluşabilecek uyuşmazlıklarda gerek tarafların Telekomünikasyon Kurumu'na başvurabilmeleri için geçmesi gereken süreyi, gerek bu sürenin ardından beklenecek uzlaşma süresini, gerekse Kurum'un karar vereceği süreyi bu denli uzun tutmak sektörde önemli sorunlara yol açabilecektir. Arabağlantı uyuşmazlıklarının bir seneden uzun sürmesine imkan veren bu yapıda, bu sürenin sonuna kadar arabağlantı talebinde bulunan tarafın arabağlantı sağlayamaması ya da Kurum tarafından geçici olarak belirlenen şartlarla arabağlantı sağlaması ilgili işletmeci açısından çok önemli sorunlara yol açacak; bu işletmeci ilk ihtimalde büyük oranda fiilen hizmet veremez duruma gelecek, ikinci ihtimalde ise arabağlantı fiyatlandırmasındaki belirsizlik nedeni ile tam bir maliyet hesaplaması yapamamasından kaynaklanan zorluklarla karşılaşacaktır. Bu nedenle arabağlantı uyuşmazlıkları konusunda mevzuatta belirlenen bu süreler kısaltılmalıdır.

97/33/CE sayılı Arabağlantı Direktifi'nin birinci maddesi üye devletlerin temel yükümlülüğünü ortaya koyarak, üye devletlere telekomünikasyon hizmetlerini verme

yetkisine sahip işletmecilerin aralarında Birlik hukuku çerçevesinde yapacakları arabağlantı müzakerelerine engel olan kısıtlamaları kaldırma yükümlülüğü getirmiş; arabağlantı anlaşmalarının hükümlerinin bu direktifteki hükümler ve rekabet hukuku kuralları saklı kalmak kaydı ile taraflarca serbestçe belirlenmesinin temel ilke olduğunu ortaya koymuştur. Direktif'in 17'nci madde'sinde arabağlantı uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülen temel ilkeler yer almaktadır. Direktif arabağlantı konusundaki şartların tarafların birbirleri ile yapacakları ticari müzakerelere göre belirlenmesini esas olarak, düzenleyici otoritenin müdahalesini ise istisna olarak kabul etmektedir¹³⁴. AB müktesebatı çerçevesinde kurumlar istisnai haller haricinde uzlaştırma başvurusunun alınmasından itibaren dört ay içinde karar vermek durumundadır¹³⁵.

2.4.2 Telekomünikasyon Kurumunun Müdahale Yetkisinin Sözleşme Özgürlüğü Prensibi ile Uyumluluğu Sorunu

2.4.2.1 Sözleşme Özgürlüğü

Sözleşme en basit tanımı ile iki ya da daha fazla kişinin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki muamele¹³⁶ olarak ifade edilebilir. Sözleşmenin

¹³⁴ Kiesling ve Blondel, s. 14.

¹³⁵ Bilge Göktaylar, Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2005, http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/bilge-goktaylar-tez.pdf. (ziyaret tarihi 25 Mayıs 2005), s. 58.

¹³⁶ Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, İstanbul, Nobel Yayın Dağıtım, 2000, s. 57.

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 halinde sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade beyanı icap olarak adlandırılmaktadır¹³⁷. Kabul ise yapılan bir icaba karşılık icabın muhatap tarafından icabı yapana yöneltilen ve akit yapma teklifini icaba uygun olarak meydana getirme isteğini kesin olarak ifade eden irade beyanıdır¹³⁸. 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 ve icabın kabulü ile sözleşme tamam olur¹³⁹.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi iki tarafın iradelerinin uyuşmasına bağlıdır. Yani öncelikle taraflardan birinde sözleşme yapma isteği doğmalı ve bunu karşı tarafa beyan etmeli, muhatapta 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 yapabilirler¹⁴⁰. Sözleşme özgürlüğünün iki ayrı yönü bulunmakta olup, bunlar sözleşme yapma serbestisi ve akdin konusunu belirleme ve düzenleme

¹³⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003, s. 226.

¹³⁸ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s. 58.

¹³⁹ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002, s. 59.

¹⁴⁰ Rona Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s.6-7.

serbestisidir¹⁴¹. B.K. m.19 “*Bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınır içinde serbestçe tayin olunabilir*” şeklindeki ifadesi ile sözleşme özgürlüğünün ikinci yönüne ilişkin açıklama getirmektedir. Kanun’un bu maddesi tarafların akdin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisini açıklamaktadır. Buna göre taraflar yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını serbestçe tayin edebilmektedir¹⁴². Yapılacak olan sözleşmenin taraflarca istenilen şekilde yapılabileceğini düzenleyen madde ise B.K. m. 11’dir. Kanun’un “*Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi 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 içerir¹⁴³.

Anayasamızın 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. Anayasa’nın 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 Kanunu’nda öngörülen sözleşme özgürlüğü ile teminat altına alınmıştır¹⁴⁴.

¹⁴¹ Oğuzman ve Öz, s. 19- 20.

¹⁴² Reisoğlu, s. 104.

¹⁴³ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.61.

¹⁴⁴ 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K.2003/740 numaralı Yargıtay HGK kararı.

Türk ve İsviçre Hukukunda şahıslar kural olarak bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbesttir¹⁴⁵. 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 istisnaları iki tür kaynağı olabileceği kabul edilmekte olup, söz konusu istisnalar ya kanundan ya da tarafların daha önceki taahhütlerinden kaynaklanabilmektedir¹⁴⁶. 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 serbestisinin istisnalarını oluşturduğunu ifade edebiliriz.

Öte yandan sözleşme özgürlüğü anayasal düzeyde teminat altına alınmış temel haklardandır. Bu itibarla sözleşme özgürlüğüne getirilecek olan kısıtlamaların Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13'üncü maddesi ile ortaya konulan kurallara uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13'üncü 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'üncü madde temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını dört ayrı koşula bağlamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükler:

(i) Ancak kanunla sınırlandırılabilir.

¹⁴⁵ Reisoglu, s. 104.

¹⁴⁶ Eren, s.281.

(ii) Bu sınırlamalar temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmayacaktır.

(iii) Sınırlamalar ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle yapılacaktır.

(iv) Sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır.

Görülebileceği üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği alan oldukça daraltılmıştır. 13'üncü madde bu hali ile genel bir sınırlama maddesi olmaktan çıkarak, genel bir koruma maddesi haline dönüşmüştür¹⁴⁷.

13'üncü maddeye göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla ve yasama organınca kısıtlanabilecektir. Yasayla sınırlama ilkesinden anlaşılması gereken en temel nokta, idarenin belli bir yasanın anayasaya uygun olarak getirdiği sınırlamaları somutlaştırma dışında, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiremeyeceğidir¹⁴⁸. Sözleşme hürriyeti açısından bu hürriyete kanunla kısıtlama getirilebileceği konusunu yargı kararlarına da yansımıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K.2003/740 sayılı kararında sözleşme yapma mecburiyetinin yasa koyucu tarafından özel hukuk ya da kamu hukuku kökenli olarak öngörülebileceğini belirtmektedir. Devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ya da zaruri ihtiyaç maddeleri dağıtanlarla bunları talep eden kişiler arasında sözleşme yapma

¹⁴⁷ Ömer İzgi ve Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. I, Ankara, TBMM Basımevi, 2002, s. 199.

¹⁴⁸ Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, 8. B., Ankara, İmaj Yayınevi, 2002, s.57.

zorunluluğu¹⁴⁹ olduğu kabul edildiği gibi, 2918 sayılı Kanun'un 101. maddesi kapsamında sigortacılar için geçerli olan sözleşme yapma zorunluluğu¹⁵⁰ ya da M.K. 626 tahtında müşterek malikler için var olan sözleşme yapma zorunluluğu¹⁵¹ sözleşme yapma mecburiyeti ile ilgili olarak çeşitli örnekler olarak gösterilmektedir.

Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında yasama organını tamamen serbest bırakmamıştır¹⁵². 13'üncü madde sınırlama nedenlerinin anayasada gösterilmesini aramaktadır. Bu itibarla temel hak ve özgürlükler yalnızca Anayasa'nın "ilgili maddesinde" açıkça gösterilen sebeplerle kısıtlanabilecektir¹⁵³. Anayasa'nın sözleşme hürriyetinin düzenlendiği 48'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*". 13'üncü madde'de atıf yapılan "anayasanın ilgili maddesinde gösterilen sebepler", 48'inci 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'üncü madde'de aranan bir diğer husus ise sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı

¹⁴⁹ 18.4.2002 tarih ve E. 2002/2584, K. 2002/4338 numaralı Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararı.

¹⁵⁰ 10.12.2003 tarih ve E. 2003/4-693, K.2003/740 numaralı Yargıtay HGK kararı.

¹⁵¹ Reisoglu, s. 281.

¹⁵² A. Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 10. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 172.

¹⁵³ Sabuncu, s. 57.

olmamasıdır. Sınırlamanın Anayasa'nın sözüne uygun olması ile temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getirilirken ilgili haklar açısından Anayasa ile ortaya konulan güvencelere uyulması bu konuda Anayasa ile lafzen açıkça ortaya konulan hükümlere aykırı kısıtlamalar getirilmemesi; ruhuna uygun olması ile ise sınırlamanın Anayasa'nın bütününe göz önüne alınarak temel haklar konusunda ortaya konulan özgürlükçü yaklaşıma aykırı davranılmaması kastedilmektedir¹⁵⁴. Anayasa'nın ortaya koyduğu temel yapı itibari ile sınırlama esas değil istisna olmalıdır¹⁵⁵. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak açısından ise batı uygarlığınca benimsenen,¹⁵⁶ genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı¹⁵⁷ 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 olması¹⁵⁸ 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'üncü madde kapsamında aranan şartlardandır. 1961

¹⁵⁴ age, s. 58-59.

¹⁵⁵ İsmet Giritli ve Jale Sarmaşık, Anayasa Hukuku, 2. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s.76.

¹⁵⁶ İzgi ve Gören, s. 198.

¹⁵⁷ Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/arslan.pdf> (ziyaret tarihi 9 Aralık 2006), s.148.

¹⁵⁸ Zafer Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. B., İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 1999, s. 175.

Anayasasının 11'inci maddesinde yer alan hakkın özüne dokunulmaması kuralı, 1982 Anayasasında ilk olarak kabul edilmemiş, 13'üncü maddenin 4709 sayılı Kanun¹⁵⁹ ile değişik halinde yer almıştır. 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki dönemde de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen çeşitli kararlarda¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi 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 özdeşleştirmiştir¹⁶¹. Hakkın özünün objektif olarak tespit edilerek tanımlanmasının imkansız olması ve belirgin olmayan bu kriterin Anayasa metnine geri dönmesi Gözler tarafından talihsizlik olarak ifade edilmiştir¹⁶². Gerçekten de soyut bir hak ya da özgürlüğün özünün ne olduğunu belirleme imkanı yoktur¹⁶³. Bu konuda çeşitli teoriler ortaya atılmış olmasına rağmen neyin dokunulmaz olarak kalması gerektiği net bir biçimde belirlenememiştir¹⁶⁴. Dokunulduğu takdirde o hak ve hürriyeti kullanılamaz kılan mutlak çekirdeğin ilgili hak ya da hürriyetin özü olduğu ifade ediliyor¹⁶⁵ olmasına rağmen, bir hak ya da hürriyetin mutlak çekirdeğinin ne

¹⁵⁹ 17.10.2001 tarih ve 24556 sayılı (1. mükerrer) Resmi Gazete.

¹⁶⁰ 22.5.1987 tarih ve E. 1986/17, K. 1987/11 numaralı; 14.6.1988 tarih ve E. 1988/14, K. 1988/18 numaralı; 21.6.1990 tarih ve E. 1990/9, K. 1990/13 numaralı Anayasa Mahkemesi kararları.

¹⁶¹ İzgi ve Gören, s. 199.

¹⁶² Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Göttürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", <http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm> (ziyaret tarihi 9 Aralık 2006), s. 4.

¹⁶³ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 174.

¹⁶⁴ Gören, s. 376.

¹⁶⁵ Naz Çavuşoğlu, Anayasa Notları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 79.

olduğunu belirlemek de oldukça güçtür. Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁶⁶ “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 kaldırıcı hükümlerin” ilgili hak ve hürriyetin özüne dokunacağını belirtmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi’nin 1963 tarihli bir başka kararında¹⁶⁷ da “Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması” halinde hak ya da hürriyetin özüne dokunulmuş olacağı belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulan bu kriterler de genel somut değerlendirmeler yapmayı her zaman için mümkün kılan kriterler değildir. 4709 sayılı Kanun’un Anayasanın 13’üncü maddesinde değişiklik yapan ikinci maddesinin gerekçesi¹⁶⁸ “Anayasanın 13’üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir” şeklindedir. Madde gerekçesinden temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlamalar ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ortaya konulan ilkelerle uyumlu bir düzenleme getirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ortaya konulan kriter hakkın özü kriteri değil, demokratik toplum düzeninin gereklilikleridir¹⁶⁹ (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

¹⁶⁶ 4.1.1963 tarih ve E. 1962/208, K. 1963/1 numaralı Anayasa Mahkemesi kararı.

¹⁶⁷ 8.4.1963 tarih ve E. 1963/25, K. 1963/87 numaralı Anayasa Mahkemesi kararı.

¹⁶⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>.

¹⁶⁹ Gözler, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, s.4.

olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰. Bu itibarla, hem öz kavramının objektif olarak belirlenebilir bir kriter olmaması hem de Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yapılan değişiklik ile hedeflenenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu bir yapı oluşturulması olduğu göz önüne alındığında, "hakkın özü" kavramının geniş yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Getirilen her türlü kısıtlama özgürlüklerin kullanılmasını belirli oranda kısıtlayacak ya da zorlaştıracaktır. Bu itibarla her özgürlüğün özünü kendi koşulları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir¹⁷¹. 1961 Anayasa'sını 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 eder¹⁷².

Sözleşme özgürlüğünün, sözleşme yapıp yapmama, taraflarını belirlemeye ilişkin ve sözleşmenin içeriğini ve şeklini belirlemeye ilişkin iki yönü bulunmaktadır. Gerek öğretide gerekse çeşitli mahkeme kararlarında sözleşme özgürlüğünün birinci yönü olan sözleşme yapıp yapmama, taraflarını belirleme serbestliği açısından belirli hallerde yasayla 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.

¹⁷⁰ Zühtü Arslan, s. 145.

¹⁷¹ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 174.

¹⁷² Zühtü Arslan, s.144.

Sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi konusunda sözleşme özgürlüğüne getirilebilecek olan kısıtlamalar ise hukukumuzda genel olarak Borçlar Kanunu'nun 19'uncu ve 20'nci maddeleri kapsamında ele alınmaktadır. 19'uncu 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'nci maddenin birinci fıkrasına göre ise akdin konusu imkansız, 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 halinde hangi sebeplerle içeriğe ilişkin müdahalede bulunulabileceği belirtilmiş olmakla birlikte; tarafların içerik üzerinde anlaşamamaları halinde sözleşmenin içerine yapılacak olan müdahalelerin hangi hallerde yapılabileceği ya da yapıp yapılamayacağına ilişkin bir işaret bulunmamaktadır. Sözleşme özgürlüğünün özünün tespiti açısından, özgürlüğün iki yönünden (sözleşmeyi yapip yapmama ve içeriğini/şeklini belirleme) herhangi birine öncelik tanınamayacağı kanaatindeyiz. Bu itibarla, taraf seçme özgürlüğü açısından tarafların anlaşamamaları halinde yapılan müdahalelerin sözleşme özgürlüğünün özüne yapılan bir müdahale olarak kabul edilmediği bir noktada, sözleşmenin içeriğine yönelik olarak tarafların anlaşamamaları halinde 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. Kanaatimizce, (i) tarafların anlaşmaları halinde taraf iradelerine Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddelerince ortaya konulan çerçeve tahtında

öğreti ve mahkemelerce kabul edilen genel sınırları aşacak şekilde yapılan müdahaleler ile, (ii) tarafların anlaşamamaları halinde 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.

2.4.2.2 Telekomünikasyon Kurumunun Arabağlantı Uyuşmazlıklarına Müdahalesi

2.4.2.2.1 406 sayılı Kanun'un Onuncu Maddesinin Anayasa'nın Onüçüncü maddesi ile Uygunluğu

406 sayılı Kanun'un onuncu maddesinde arabağlantı anlaşmaları öncelikli olarak tarafların serbest iradelerine bırakılmış, ancak öngörülen yasal süreler içerisinde tarafların anlaşamaması halinde Telekomünikasyon Kurumu'na müdahale yetkisi verilerek, tarafları belirli şartlarda arabağlantı sözleşmesi yapmaya zorlama yetkisi verilmiştir. Buna göre “..... tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu arabağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir.....”. Görüldüğü üzere yasada Telekomünikasyon Kurumu'na tarafları sözleşme yapmaya zorlama yetkisi verildiği gibi; ilgili sözleşmenin hüküm ve koşullarını da belirleme yetkisi verilmiştir. Söz konusu yasa hükmü ile tarafların sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin içeriğini belirleme konusundaki özgürlüklerine kısıtlama getirilmiştir. Anılan maddenin son cümlesine göre

Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen hüküm koşul ve ücretler taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırmaya kadar geçerli olacaktır. Bu hükümle de Telekomünikasyon Kurumu'nun müdahalesinin ardından sözleşmenin hüküm ve şartlarının tarafların kendi iradeleri ile değiştirilmesine imkan tanınmıştır.

Ulusoy söz konusu kısıtlamanın (i) kanunla yapılmış olması ve (ii) tüm modern demokratik toplumlarda benzer kısıtlamalara yer veriliyor olması ve de sözleşme yapma zorunluluğunun teknik açıdan mümkün olma, orantısız maliyetler içermeme gibi şartlara tabi kılınmış olması nedeni ile, bu kısıtlamaların Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların demokratik toplum gerekleri ile uyumlu olmasını arayan 13'üncü maddesi ile uyumlu olduğunu kabul etmektedir¹⁷³.

Yukarıda da değinildiği üzere sözleşme özgürlüğü'ne kanunla çeşitli sınırlamalar getirilebilecektir. Ancak, Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre bu kısıtlamanın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak ve de hakkın özüne dokunmaksızın yapılması gerekmektedir. Sözleşme özgürlüğü konusundaki kısıtlamalar Anayasa'nın 48'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalarını sağlamak için yapılabilecektir. Telekomünikasyon Kurumu tarafından Anayasa'nın 167'nci maddesi tahtında telekomünikasyon piyasasında ekonomik kamu düzenin sağlanması amacıyla

¹⁷³ Ulusoy, Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, s.72-73.

arabağlantı sözleşmeleri konusunda yapılan müdahaleler 48'inci maddenin ikinci fıkrasında sayılan gerekçelerle uyumludur. Arabağlantı sözleşmesi yapılması konusundaki benzer yükümlülükler demokratik toplumların yasal düzenlemelerinde de yer almaktadır. Ayrıca bu arabağlantı yükümlülüğü orantısız maliyetler ihtiva etmemesi, teknik açıdan mümkün olması gibi şartlara bağlanmış, arabağlantı yükümlülerine makul sebeplerin varlığı halinde talepleri reddedebilme imkanı verilmiştir. Öte yandan, Kanun'un öngördüğü sistemde Telekomünikasyon Kurumu arabağlantı sözleşmelerinin akdedilmesini öncelikle tarafların iradelerine bırakmakta ve ancak tarafların belirli bir süreç sonunda anlaşamamaları halinde uyuşmazlığa müdahale etmektedir. Ayrıca, Telekomünikasyon Kurumu'nun müdahalesinin ardından da taraflara sözleşmeleri kendi iradeleri ile belirledikleri hüküm ve şartlarla değiştirilme imkanı 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 Telekomünikasyon Kurumu'nca belirlenen şartları değiştirebilme imkanı verilmiştir. Onuncu maddede öngörülen sistemde tarafların anlaşamamaları halinde Kurum'a müdahale imkanı veriliyor olması ve Kurum tarafından şartlar belirlendikten sonra da tarafların serbest iradeleri ile sözleşme hükümlerini değiştirmelerine olanak verilmiş olması itibari ile tarafların iradelerinin tamamen göz ardı edilmediği bu itibarla sözleşme özgürlüğünün özünün bu madde ile genel anlamda ortadan kaldırılmadığı kanaatindeyiz. Ancak, onuncu maddeye göre tarafların anlaşamaması halinde Telekomünikasyon Kurumu bir bütün olarak sözleşmenin tüm hüküm ve şartlarını belirlemeye yetkili kılınmıştır. Ancak, arabağlantı müzakereleri sırasında tarafların belirli konularda anlaşmış olmaları

ihtimali bulunmaktadır. Bu itibarla, tarafların anlaşması halinde sözleşme özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar açısından genel olarak Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddelerinde çizilen çerçevenin esas alındığı kabul edildiğinde Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen sözleşme hükümlerinin sadece tarafların anlaşamadığı konularla sınırlı tutulması öze dokunma yasağı açısından daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak 406 sayılı Kanun'un onuncu maddesinde yer alan kısıtlamaların sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi açısından genel itibari ile Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile uyumlu olduğu; ancak tarafların anlaşamamaları halinde Telekomünikasyon Kurumu'na 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.

2.4.2.2.2 Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde Sözleşme Özgürlüğünü Kısıtlayan Hükümlerin 406 sayılı Kanun'un Onuncu Maddesi ve Anayasaya Uygunluğu

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde de benzer şekilde tarafların anlaşamaması halinde Telekomünikasyon Kurumu'na sözleşmenin hüküm ve şartlarını belirleme yetkisi verilmiş ve bunun yanı sıra Yönetmeliğin 22'nci maddesinde Kurum'a tarafların aralarında anlaşarak Kurum'a sundukları sözleşmelerde Kurum'un mevzuat

ya da ilgili tarafların görev ve imtiyaz sözleşmelerine aykırı bulduğu hususları taraflara bildirerek düzeltilmesini talep edebilme yetkisi verilmiştir.

406 sayılı Kanun'da arabağlantı müzakerelerine girmek konusunda tüm işletmecilere getirilmiş bir müzakere yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca 406 sayılı Kanun sadece arabağlantı ya da roaming sağlama yükümlülüğü getirmiş olmasına rağmen erişim yükümlülüğü getirmemiştir. Ancak, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde Kanun'da yer almamasına rağmen tüm işletmeciler açısından arabağlantı müzakerelerine girme ve Telekomünikasyon Kurumu'nca yükümlü olarak belirlenecek operatörlere erişim yükümlülüğü getirilmiştir.

Yukarıda da değinildiği üzere sözleşme özgürlüğüne ancak yasal düzenlemeler ile kısıtlama getirilebilecek ve bu kısıtlamalar ancak ilgili yasa ile getirilen sınırlar dahilinde söz konusu olabilecektir. Öte yandan, Telekomünikasyon Kurumu'nun gerek tarafları sözleşme yapmaya zorlayıcı nitelikteki kararları, gerekse arabağlantı sözleşmelerinin hüküm ve şartlarını belirlemeye yönelik işlemleri birer idari işlemdir. Anayasa'nın altıncı maddesinin son fıkrasına göre "... *Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*". Yine Anayasa'nın 123. maddesine göre "*İdare, kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*". Anayasa'nın bu iki maddesi idari faaliyetlerin hukuk kurallarına dayanması ve yetki sınırlarının yasalarla çizilmesini¹⁷⁴ ifade eden idarenin kanuniliği ilkesini ortaya koymaktadır¹⁷⁵. İdarenin düzenleme yetkisinin

¹⁷⁴ Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1996, s.80.

¹⁷⁵ İdarenin yasallığı ilkesinin idarenin hukuk kurallarına uyması şeklinde anlamları da olmakla birlikte, konumuz açısından yukarıda bahsedilen dar anlamı üzerinde durulmaktadır.

kanundan kaynaklanan ve kanunu izleyen bir yetki olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁶. Bu nedenle, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde, idarenin belirli konularda faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanundan aldığı bir yetkiye sahip olması gerekmektedir¹⁷⁷.

406 sayılı Kanun işletmeciler açısından, arabağlantı yükümlülüğün varlığı açısından arabağlantı taleplerinin teknik olarak imkan dahilinde olmasını ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler olmasını aramaktadır. Ayrıca, Kanun'da herhangi bir sınırlama getirilmeksizin talebin reddi için makul ve haklı sebeplerin olması halinde arabağlantı yükümlülerine her halükarda arabağlantı taleplerini reddedebilme imkanı getirilmiştir. Yani arabağlantı yükümlüleri dahi teknik olarak imkan dahilinde olmayan ya da orantısız maliyetler ihtiva eden talepleri karşılamakla mükellef değildir ve makul sebeplerin varlığı halinde bu talepleri her zaman reddedebilirler. Oysa, Yönetmelik taleplerin karşılanırken bu taleplerin teknik ve ekonomik olarak uygun olacağı kanıtlanabilen noktalardan karşılanacağını belirterek her halükarda teknik ve ekonomik açıdan uygun bir noktanın bulunabileceğini öngören bir ifadeye yer vermiş ve Kanun'da yer alan makul sebeplerin¹⁷⁸ varlığı halinde arabağlantı taleplerinin reddedilebileceğine yönelik hükme yer vermemiştir.

Ayrıca, 406 sayılı Kanun'da tarafların anlaşamamaları halinde Telekomünikasyon Kurumu'na sözleşmelerin hüküm ve şartlarını belirleme yetkisi verilmiş olmakla

¹⁷⁶ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 626-627.

¹⁷⁷ Günday, s.41.

¹⁷⁸ Yönetmelikte bu haller talep edilen arabağlantının teknik ve ticari alternatiflerinin bulunması ve arabağlantıyı sağlamak için gerekli kaynakların bulunmaması halleri ile sınırlandırılmıştır.

birlikte, tarafların kendi aralarında anlaşmaya vardıkları hallerde Kuruma müdahale yetkisi tanınmayarak sözleşme özgürlüğüne bu açıdan bir istisna getirilmemiştir. Yönetmeliğin 22'nci maddesine göre arabağlantı sözleşmesinin tarafları akdettikleri sözleşmeyi 15 gün içerisinde Telekomünikasyon Kurumu'na sunmakla mükellef kılınmıştır. Telekomünikasyon Kurumu bu sözleşmeleri inceleyerek mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmelerine aykırı bulduğu hususları taraflara bildirerek düzeltilmesini talep edecektir. Taraflar söz konusu talepleri 30 gün içerisinde yerine getirmekle mükellef kılınmıştır. Görüldüğü üzere, taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık ya da Kurum'a başvuru olmasa dahi, Kurum res'en sözleşmelerde değişiklik talep edebilmektedir. Buradan da arabağlantı konusunda mevzuatta yer alan çeşitli hükümlerin emredici kabul edildiği ve taraflarca bu hükümlerin aksinin kararlaştırılmasının kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Ancak, mevzuatta emredici kabul edilen ve arabağlantı sözleşmeleri ile aksinin kararlaştıramayacağı kabul edilen bu hükümlerin hangileri olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Benzer şekilde Kanun'da erişim yükümlülüğü ya da tüm işletmeciler için mevcut olan müzakere yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde ise, sekizinci madde'de Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen işletmecilere erişim yükümlülüğü ve 10'uncu madde'nin birinci fıkrasında tüm işletmecilere arabağlantı müzakerelerinde bulunma yükümlülüğü getirilmektedir. Yönetmelik'de yer alan bu maddeler ile Telekomünikasyon Kurumu'na yasa ile verilmemiş yetkilerin yönetmelik ile ihdas edildiği görülmektedir.

Sözleşme özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar açısından temel kural bu özgürlüğün istisnalarının ancak kanun ile çizilen sınırlar dahilinde olabileceğidir. Oysa, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde sözleşme özgürlüğüne getirilen

sınırlamalar 406 sayılı Kanun ile çizilen çerçeveyi aşmaktadır. Zira Kanun'da sözleşme özgürlüğüne getirilen sözleşme yapma zorunluluğu istisnasının sınırları çizilmiştir ve buna göre taraflar taleplerin teknik olarak imkan dahilinde olmaması, orantısız maliyetler içermesi ya da makul ve haklı herhangi bir gerekçenin varlığı halinde her halükarda arabağlantı sözleşmesi yapmaktan kaçınabilirler. Ancak Yönetmelik'de arabağlantı yükümlüsünün sözleşme yapmaktan kaçınabileceği haller sayılırken Kanun ile çizilen çerçeve daraltılmış ve ayrıca tarafların anlaşmaları hali için dahi Telekomünikasyon Kurumu'na, Kanun'da öngörülmeyen bir müdahale yetkisi tanınmış, yine işletmecilere Kanun'da öngörülmeyen müzakere ve erişim yükümlülükleri getirilmiştir.

Bu itibarla, Telekomünikasyon Kurumu'na tarafların sözleşme yapma iradelerine 406 sayılı Kanun'da verilen müdahale yetkisinden daha fazlasını veren bu Yönetmelik hükümleri sözleşme özgürlüğü açısından Anayasa 13 ve 48'inci maddelerine aykırıdır. Ayrıca, Yönetmelik ile Telekomünikasyon Kurumu'na 406 sayılı Kanun'da verilen yetkilerin ötesinde bir müdahale yetkisi verilmesi aynı zamanda idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmekte ve bir alt norm olan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin bu noktada 406 sayılı Kanun ile çelişiyor olması itibari ile normlar hiyerarşisi açısından da uyumsuzluk göstermektedir.

2.4.3 Telekomünikasyon Kurumunun Geriye Yönelik Fiyat Belirleyebilme Yetkisinin İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Prensibi Açısından Değerlendirilmesi

2.4.3.1 İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Prensibi

Kural olarak idari işlemlerin yürürlüğe girdikleri andan itibaren etkilerini gösterdikleri ve bu etkinin yürürlük öncesi döneme ilişkin olmaması gerektiği kabul edilmekte ve bu ilke idari işlemlerin geriye yürümezliği olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁹. İdari işlemlerin geriye yürümezliği prensibinin kuramsal temelleri Roma Hukuku'na kadar dayanan yasaların geçmişe etkili olmayacağı kuralına dayandırılmakta olup; idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibi, yasama organına hitap eden yasaların geriye yürümezliği kuralının idareye yönelmiş biçimi olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸⁰. İdari işlemlerin geriye yürümezliği prensibinin kazanılmış hakları korumak ve hukuki ilişkilerde istikrarı sağlama gerekliliğinden doğan bir sosyal hayat kuralı olarak nitelendirilmektedir¹⁸¹. Bir hukuk devletinde diğer tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi idarenin faaliyetlerinin de önceden öngörülebilir ve güvenilir olması beklenir¹⁸². İdarenin faaliyetleri açısından güvenilirliği ve öngörülebilirliği sağlayıcı etkisi itibari ile idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibi hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır¹⁸³. Danıştay da idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibini uzun yıllardır yargısal kararlar ve öğretide kabul edilmiş bir idare hukuku kuralı olarak görmektedir¹⁸⁴. Danıştay 1985 tarihli bir kararında¹⁸⁵ bu prensibi “...

¹⁷⁹ Gözübüyük, s.282.

¹⁸⁰ Bereket, s.108.

¹⁸¹ Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.61'den Lütfi Duran, «**İdare Hukuku Meseleleri**,» İstanbul, 1964, s.403.

¹⁸² Oğurlu, s. 63.

¹⁸³ Oğurlu, s.61'den, Turgut Tan, «**İdari İşlemin Geri Alınması** ,» Ankara, SBF Yayınları, 1970, s.58 .

¹⁸⁴ 15.1.1999 tarih ve E.1997/417, K.1998/81 numaralı Danıştay İDDGK kararı.

¹⁸⁵ 17.1.1985 tarih ve E.1982-462, K:1982-921 Numaralı Danıştay 10. Dairesi kararı.

idari işlemlerin geriye yürümeyeceği idare hukukunun temel ilkelerindendir....”
şeklinde ifade etmiştir.

Kural idari işlemlerin yürürlüğe girdiği andan itibaren hukuki sonuçlar doğurması ve geriye etkili sonuçlar doğuramaması olmakla birlikte; bu ana ilkenin bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan ilki yasalarla idareye geçmişe etkileyen işlemler yapma yetkisi verilmiş olmasıdır¹⁸⁶. Yasama organının açık bir düzenlemesi ile de yeni düzenlemelerin geçmişe yönelik olarak yürütülebilmesine imkan vermesi söz konusu olabilecektir¹⁸⁷. Ancak her iki halde de yasalarla sağlanan geçmişe yönelik işlem yapabilme yetkisinin sınırsız olacağı düşünülmemelidir. Zira bu işlemler sonucu olarak ortaya çıkacak olan tablonun hukuk devleti ve hukuk güvenliği ile bağdaşabilir boyutlarda olması gerekmektedir¹⁸⁸.

Sakat olan bir idari işlemin hukuki istikrarı bozmayacak şekilde geri alınmasının da geriye yönelik etkileri olması bakımından bu kuralın bir istisnası olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁹. Benzer bir istisna da idari işlemin, idari yargı mercilerince iptali üzerine, bu iptal hükmünü yerine getirirken, iptal hükmünün geçmişe etkili sonuçları nedeniyle idarenin geçmişe etkili olarak aldığı yeni icrai kararlardır¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Bereket, s.108.

¹⁸⁷ Oğurlu, s. 65.

¹⁸⁸ age, s.65.

¹⁸⁹ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, İstanbul, 2. B., Filiz Kitabevi, 1990, s.103.

¹⁹⁰ Giritli, Bilgen ve Akgüner, s. 824.

2.4.3.2 Telekomünikasyon Kurumunun Geriye Yönelik Fiyat Belirleyebilme Yetkisinin İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Prensibine Uyumu

Erişim ve Arabağlanatı Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinde uzlaştırma prosedürü sonucunda tarafların anlaşamaması halinde arabağlantıya ilişkin hüküm, koşul ve ücretlerin Telekomünikasyon Kurumu'nca belirleneceği belirtildikten sonra, tarafların söz konusu nihai ücretlerin Telekomünikasyon Kurumu'nca belirlenmesinin ardından **geriye dönük olarak** bu ücretler üzerinden mahsuplaşacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu yönetmelik hükmü ile idareye belirlediği arabağlantı ücretini geriye yönelik olarak uygulama imkanı verilmiştir. Oysa 406 sayılı Kanun'da Kurum tarafından belirlenecek olan arabağlantı ücretinin geriye yönelik uygulanmasına ilişkin olarak herhangi bir yetki verilmiş değildir. Yani idari işlemin geriye yönelik uygulanması hususunda idareye kanunla verilmiş bir yetki söz konusu değildir. Burada Telekomünikasyon Kurumu'na kanunla verilmemiş olan bir yetki, yönetmelikle ihdas edilmeye çalışılmaktadır ki bu durum idarenin kanuniliği ilkesi ile de uyumsuzluk göstermektedir. Öte yandan, fiyat belirlenmesine ilişkin bir idari işlemin, yukarıda idari işlemin geriye yürümezliği ilkesinin diğer istisnaları olarak gösterilen sakat bir idari işlemin iptali ya da mahkeme kararı sonucu iptal edilen bir idari işlem nedeni ile geriye yönelik olarak yapılan işlemler kategorisine de girmediği açıktır. Tüm bu unsurlar dikkate alındığında Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiş olan, belirlenen arabağlantı ücretlerini geriye yönelik olarak uygulama yetkisinin temel idare hukuku prensiplerinden olan idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesine aykırı olarak düzenlendiği sonucuna ulaşılmaktadır.

2.4.4 Sektördeki Uyuşmazlıklara Müdahale Yetkisi Bakımından Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumunun Değerlendirilmesi

2.4.4.1 4502 Sayılı Kanun ve 4054 Sayılı Kanun ile Çizilen Yetki Alanları

4502 sayılı Kanun ile telekomünikasyon sektöründe pek çok yapısal değişikliğin temeli atılmış, ülkemizde serbestleşen telekomünikasyon sektörünün hukuki anlamdaki yeni yasal çerçevesi büyük ölçüde bu yasanın getirdiği değişikliklerle şekillenmiştir. Bu yeni düzen içerisinde sektöre özel bir bağımsız idari otorite olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun kuruluşu da 4502 sayılı Kanun ile meydana gelmiştir. Kanun'un 2813¹⁹¹ sayılı Telsiz Kanunu'nun beşinci maddesinde değişiklik yapan 14'üncü maddesine göre 406 sayılı Kanun'da öngörülen genel esaslar çerçevesinde kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur. 4502 sayılı Kanun'un 2813 sayılı Kanun'un yedinci maddesinde değişiklik yapan 16'ncı maddesinde "*Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ... hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde **tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirler almak***" Telekomünikasyon Kurumu'nun görevi olarak sayılmıştır. Yine aynı maddenin son fıkrasında Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı incelemelerde ve birleşme ve devralmalar da dahil olmak üzere vereceği kararlar da dahil olmak üzere bu sektöre ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda öncelikli Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü ve yapmış olduğu

¹⁹¹ 5.4.1983 tarih ve 18011 sayılı Resmi Gazete.

genel düzenleyici işlemleri dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. Kanun'un altıncı maddesinin son fıkrasında ise Telekomünikasyon Kurumu'nun serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alacağı ve gerektiğinde 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumu'na başvurabileceği belirtilmiştir. 4502 sayılı Kanun'un 406 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinde değişiklik yapan dört numaralı maddesinde de telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerde (ki temel olarak bu konudaki ikincil düzenlemeleri yapma yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na aittir) 4054 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması hedefinin göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amaç başlıklı birinci maddesinde Kanun'un amacı herhangi bir sektör ayrımı yapılmaksızın mal ve hizmet piyasalarında rekabeti bozucu, kısıtlayıcı anlaşma, karar ve her türlü uygulamaları önlemek ve rekabetin korunmasını sağlamak ve de bunun için her türlü önlemi almak olarak belirlenmiştir. Kanun'un kapsamı da Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki her türlü mal ve hizmet piyasalarını içerecek şekilde ortaya konulmuştur.

2.4.4.2 Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki

Sorunu

Her iki Kanun bir arada değerlendirildiğinde görüleceği üzere, 4502 sayılı Kanun ile Telekomünikasyon Kurumu'na verilen görev ve yetkilerin bazıları rekabetin sağlanması ve korunmasına ilişkin olup, genel olarak 4054 sayılı Kanun ile Rekabet

Kurumu'na verilen yetkilerle kesişmektedir¹⁹². Telekomünikasyon Kurumu'nun oluşturulmasına ilişkin çalışmaların başladığı dönemlerden itibaren, iki Kurum arasındaki yetki çatışmasının ne şekilde giderileceği hususu tartışma konusu olmuş, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Telekomünikasyon Kurumu'nun oluşturulmasına ilişkin yasal süreç tamamlanmadan önce yapılan tartışmalarda Ulusoy söz konusu olabilecek yetki çatışmasının “genel kanun-özel kanun” ayırımına dayanılarak çözümlenebileceğini; özel düzenleyici kuruluş olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun görev alanına giren faaliyetler varsa bu konuda özel görevli kuruluş olması itibari ile Telekomünikasyon Kurumu'nun görevli olacağını düşünülebileceğini ifade etmiştir¹⁹³. Konu'nun tartışılmasına 4502 sayılı Kanun'un yayımlanmasından sonra da devam edilmiştir. Yılmaz, 4502 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerle Telekomünikasyon Kurumu'na verilen yetkileri Rekabet Kurumu'nun görevleri dışındaki konularla sınırlamak ve rekabete ilişkin şikayetleri inceleme, denetleme ve rekabet konularında yaptırım uygulama yetkilerini ise Rekabet Kurumu'nun yetkisi olarak kabul etmek gerektiğini belirtmiş ve Telekomünikasyon Kurumu'nun rekabete ilişkin konularda yaptırım uygulama yetkisinin olmadığını ifade etmiştir¹⁹⁴. 4502 sayılı Kanun'un yayımlanmasının ardından Ulusoy telekomünikasyon sektöründe serbest rekabeti sağlama konusunda genel yetkinin Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiş olduğunu; ancak bu alanda inceleme yetkisi

¹⁹² Ulusoy, *Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi*, s.90.

¹⁹³ Ali Ulusoy, “Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun Yeri,” *Perşembe Konferansları*, 2. Sayı (Kasım 1999), s.24.

¹⁹⁴ Kamil Yılmaz, “Türk Telekomünikasyon Sisteminde Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme,” *Perşembe Konferansları*, 5. Sayı (Şubat 2000), s. 36-38.

Telekomünikasyon Kurumu'na ait olmakla birlikte karar alma, yaptırım uygulama gibi yetkilerinin Telekomünikasyon Kurumu'na açıkça verilmediği bu yetkilerin Rekabet Kurumu'nda kalmaya devam ettiği yönünde görüş bildirmiştir¹⁹⁵. Ancak yine Ulusoy tarafından telekomünikasyon mevzuatında Telekomünikasyon Kurumu'na, işletmecilerin faaliyetlerini mevzuata ya da lisans koşullarına aykırı yürütmeleri halinde bir önceki yılki cirolarının %3'üne kadar ceza kesebilme yetkisi verilmiş olması itibari ile, Telekomünikasyon Kurumu'nun sektörde rekabeti sağlamaya yönelik somut ve spesifik bir yaptırım uygulama yetkisi olmamasına rağmen rekabeti bozucu faaliyette bulunan bir işletmeciye sahip olduğu genel cezalandırma yetkisine binaen ceza kesebileceği belirtilmiştir¹⁹⁶. Telekomünikasyon Kurumu'na sektörde rekabeti sağlayıcı düzenlemeler yapma yetkisi kanunla verilmiş bir yetkidir. Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiş olan firmaların bir önceki yılki cirolarının %3'üne kadar ceza kesebilme yetkisi ise telekomünikasyon mevzuatından kaynaklanan her türlü ihlali içine alması itibari ile rekabeti bozucu faaliyetleri de kapsayacaktır. Bu itibarla, Telekomünikasyon Kurumu'nun sektördeki rekabet ihlallerine ilişkin olarak cezai işlem yapma konusunda yetkisi bulunmadığı yönündeki görüşe katılmamaktayız.

Bu iki Kurum arasındaki yetki çatışmasına ilişkin tartışmalar devam ederken, Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında 16 Eylül 2002 tarihinde telekomünikasyon sektöründe tarafların görev alanlarına giren konuların daha etkin

¹⁹⁵ Ulusoy, Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, s.91.

¹⁹⁶ Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2003, s.110.

bir şekilde belirlenmesi ve uyumlu hareketi için bir işbirliği protokolü imzalamışlardır¹⁹⁷. Söz konusu işbirliği protokolü¹⁹⁸,nün amaç maddesinde, protokolün amacı telekomünikasyon sektöründe serbest ve sağlıklı rekabet ortamının tesisine ve geliştirilmesine yönelik **yetki ve görev alanlarına giren konuların daha etkin bir şekilde ele alınmasına ilişkin usulleri belirlemek, işletmecilerin şikayetlerini veya bildirimlerini her iki kurum ya da bunlardan herhangi birine götürerek birbirleriyle çelişecek kararlar alınmasının önüne geçmek** olarak belirlenmiştir. Protokol'ün imzasına ilişkin olarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından yayınlanan basın bülteninde de Kurumlara yapılacak olan şikayet ve bildirimlerde ortak ve uygun yönlerde kararlar alınmasının hedeflendiği belirtilmiş, yapılacak olan işbölümüne atıf yapılmıştır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bu Kurumların yetki ve görev alanları ancak kanunla belirlenebilecek olup, iki Kurum arasında yapılacak olan bir protokol ile bu Kurumların yetki ve görev alanlarının belirlenmesi veya iki Kurumun birden görev alanına giren konular var ise bunlarla ilgili olarak bir görev paylaşımının yapılması mümkün değildir. Zira, idari makamların yetkileri kendinden menkul olmayıp, bu yetkiler kanunlar ve anayasadan kaynaklanmaktadır¹⁹⁹. Bu nedenle, idari makamlar sahip oldukları yetkilerden kanunun açık hükmü olmaksızın kendi istekleri ile

¹⁹⁷ Telekomünikasyon Kurumu 16.09.2002 tarihli basın bülteni, http://www.tk.gov.tr/Basin_Duyurular/Bulten/basin38.doc.

¹⁹⁸ Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İşbirliği Hakkında Protokol, 16.09.2002.

¹⁹⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. I, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, s. 636.

vazgeçemezler²⁰⁰. Aksi durum idareye kanunla verilmiş bir görevin idarece kullanılmaması sonucu idarenin görev ihmalini oluşturacaktır. Danıştay da yetkinin bir kamu düzeni sorunu olduğu ve kanun koyucu tarafından kime yetki verilmişse ancak o makamın bu yetkiyi kullanabileceği, yine kanunun açık hükmü olmadıkça yetkili makam ya da merciin yetkisini başkasına devredemeyeceği görüşündedir²⁰¹.

Protokol'ün amaç maddesinde tarafların birbirleriyle çelişecek kararlar almasının önüne geçilmesinin hedeflendiği belirtildikten sonra, ilerleyen maddelerde Kurumların yürüttükleri soruşturmalar ya da Kurumlara yapılan başvurularda Kurumların birbirlerine görüş bildirmelerine ilişkin usuller belirlenmiş, bunun için de belirli süreler öngörülmüştür. Ayrıca, Protokol'ün 15'inci maddesine göre Protokol'de belirtilen süreler içerisinde görüş bildirmeyen Kurumun olumlu görüş bildirmiş sayılacağı ifade edilmektedir. Görüş bildirimine ilişkin bu hükümler tarafların her halükarda görüş bildirmesini öngören 15'inci madde ve çelişkili kararlar alınmasının önüne geçilmesinin hedeflendiğini belirten üçüncü madde ile birlikte değerlendirildiğinde, Protokol tahtında tarafların birbirlerine bildirecekleri görüşlerin bağlayıcı olmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Zira, taraflar birbirlerinin görüşlerini dikkate almadığı müddetçe bir uygulama birliğinin sağlanması ya da çelişen kararların önüne geçilmesi söz konusu olamayacaktır. İdari makamların yetkisini kullanmadan önce, sadece bir danışma usulü olarak kabul edilebilecek sınırlar dahilinde ilgililere danışıp görüşlerini alması hukuken kabul

²⁰⁰ age, s. 638.

²⁰¹ 8.3.1977 tarih ve E. 1976/5366 K. 1977/1112 numaralı Danıştay 6. Dairesi kararı.

edilebilir olmakla birlikte; danışan makamın danıştığı kişilerin görüşleri ile kendini bağlı hissettiği ve bu görüşler doğrultusunda işlem tesis ettiği hallerde bir yetki devrinin var olduğu ve bunun hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir²⁰². Protokol sonrası ortaya çıkan uygulama değerlendirildiğinde de Rekabet Kurulu tarafından verilen ve aşağıda bir kısmına değindiğimiz çeşitli kararlarda Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşleri doğrultusunda şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği ya da Telekomünikasyon Kurumu tarafından yürütülen prosedürler nedeni ile soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde karar verildiği görülmektedir. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde Protokol ile sadece karşılıklı bir görüş alışverişine ilişkin usullerin belirlenmesinden öte (kaldı ki bunun için ayrıntılı bir protokol düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır) görev alanlarının paylaşılmasına ve taraflar açısından bağlayıcı olduğu düşünülebilecek görüşlerin iletilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmasının hedeflendiği görülmektedir. Bu da idarenin görev alanına giren bir konuda idarenin görevini ihmaline ya da yetki devri olarak kabul edilebilecek uygulamalara neden olabilecektir. Her iki halde de bu hususların kanun ile ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak düzenlenmesi gerekmektedir. Söz konusu metin ile sadece taraflar arası görüş alışverişini düzenleyen protokol niteliğindeki bir düzenlemenin ötesini geçilmiştir. Bu nedenle söz konusu Protokol'ün hükümsüzlüğünün ileri sürülebileceği kanaatindeyiz. Ayrıca, Protokol'ün geçerliliğine ilişkin sorunlar bir yana, Protokol'ün yayınlanmasının ardından da pek çok konuda hangi Kurumun yetkili olduğuna ilişkin hususlar netlik kazanmış değildir. Rekabet Kurumu çeşitli başvurularda, dolaylı olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun konu hakkında yetkili olduğuna yönelik atıflar

²⁰² Gözler, İdare Hukuku, s. 638.

yaparak, yapılan başvuruları reddederken; yine sektörde operatörler arasında ortaya çıkan çeşitli rekabet sorunlarında ise esasa ilişkin kararlar vermektedir. Bu itibarla, Protokol'ün bu açıdan işlevsiz olduğu da ifade edilebilecektir.

Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu arasındaki yetki sorunu Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda da henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. Tasarının 7. maddesine göre “*Rekabet Kurumu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu tüm düzenleyici işlemleri dikkate almak zorundadır.*”. Bu madde'de halen iki kurumun yetkilerinin nerede başlayıp nerede sona erdiği açıklığa kavuşmamıştır.

İki Kurum arasındaki yetki sorunu değerlendirilirken, öncelikli olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun telekomünikasyon sektörüne özgü ve bu sektördeki ilişkileri düzenlemek için oluşturulmuş bir kuruluş olduğu dikkate alınmalıdır. Öte yandan gerek 406 ve 2813 sayılı Kanunlar'da değişiklik yapan 4502 sayılı Kanun'da gerekse sektörü düzenleyen ikincil mevzuatta Telekomünikasyon Kurumu'nun sektörde rekabetin sağlanmasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi açıkça ifade edilmiş, Kurum sektördeki uyuşmazlıkları çözümlenmek bu konularda karar vermek için özel süreçler işletmek konusunda yetkilendirilmiştir. Rekabet Kurumu'nun arabağlantı konusunda verdiği yakın tarihli pek çok kararında da Telekomünikasyon Kurumu tarafından ilgili mevzuat kapsamında yapılan soruşturmalar nedeni ile Rekabet Kurumu'nun konu hakkında değerlendirme yapmasına gerek olmadığı

belirtilmektedir. Telsim tarafından Turkcell'in Telsimi çağrı sonlandırmada simetrik fiyatlandırmaya zorladığı iddiası ile yapılan şikayette²⁰³ Kurum “..... Şikayet konusu işlem ile ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun uzlaştırma prosedürünün devam ediyor olması ve şikayette bulunan teşebbüsün ileri sürdüğü iddiaların anılan arabağlantı soruşturmasında yaptığı savunma ile çelişmesi nedeni ile başvuru konusu ile ilgili olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine oybirliği ile” karar vermiştir. Rekabet Kurumu'nun bir başka kararında²⁰⁴ “UMTH piyasasına yönelik olarak sektöre özgü mevzuatı uygulamakla görevli Telekomünikasyon Kurumu mevcuttur. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi ihlal iddialarına yönelik olarak Telekomünikasyon Kurumu'na benzer şikayetlerde bulunulmuş ve Telekomünikasyon Kurumu nezdinde bazı kararlar alınmış ve mevzuatta öngörülen uzlaştırma prosedürü gibi süreçler işletilmiştir. Telekomünikasyon mevzuatı ve Telekomünikasyon Kurumu'nun şikayet konularına ilişkin görüşü dikkate alınarak yapılan bu değerlendirmeler ışığında Türk Telekom'un şikayete konu olan uygulamalarına ilişkin bazı ihlal iddiaları 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyecek türden iddialardır” şeklinde ifadelere yer vermiştir. Rekabet Kurumu yine Türk Telekom'un arabağlantı ücretlerini UMTH işletmecilerinin faaliyetlerini zorlaştıracak şekilde belirlediği iddiası ile ilgili olarak verdiği kararda²⁰⁵ da “ ... ve benzer şekilde işletmecilerin arabağlantı ücretlerinin tespiti konusunda uzlaştırma prosedürü başlatılması talebi ile Telekomünikasyon Kurumuna başvuru yapmış olmaları nedeniyle işletmeciler açısından ortaya çıkacak

²⁰³ 10.11.2005 tarih, 05-78/1052-294 sayılı RK kararı.

²⁰⁴ 22.12.2005 tarih, 05-87/1199-348 sayılı RK kararı.

²⁰⁵ 1019.10.2004 tarih, 04-66/956-232 sayılı RK kararı.

rekabetçi zararların önlenebileceğine, bu anlamda şu aşamada Türk Telekom A.Ş. hakkında önaraştırma yapılmasına ya da doğrudan soruşturma açılmasına gerek olmadığına” hükmetmiştir.

Telekomünikasyon bir kamu hizmeti alanıdır ve bu sektörde rekabet kuralları ancak kamu hizmetin verilmesine ilişkin kurullarla örtüştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Dolayısıyla, bu sektörde rekabet konusunda düzenlemeler yapılır ya da cezai yaptırımlar uygulanırken karar verecek olan otoritenin hem kamu hizmetine ilişkin kuralları hem de rekabet kurallarını bir arada değerlendirebilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, yapısı itibari ile tam rekabet hedefini sağlama amacına yönelik olarak hizmet veren Rekabet Kurumu ile sektöre özel bir kuruluş olarak hem sektörün özellik ve ihtiyaçlarına ilişkin düzenlemeler yapma hem de bunlarla örtüştüğü ölçüde rekabeti sağlama görevi olan Telekomünikasyon Kurumu arasında sektördeki rekabet konularını düzenlemek hususunda esas yetkili kuruluşun Telekomünikasyon Kurumu olduğunu kabul etmek bu konuda en uygun çözüm yolu olacaktır. Öte yandan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun rekabete ilişkin konularda genel nitelikte bir yasal düzenleme iken, 406 sayılı Kanun telekomünikasyon alanında özel kanun niteliğindedir ve bu yasada sektörde rekabetin tesisine ilişkin hükümler de yer almaktadır. Ayrıca, 4054 sayılı Kanun 1994 tarihli olup, Telekomünikasyon Kurumu'nun kuruluşuna ilişkin yasa olan 4502 sayılı Kanun 2000 tarihlidir. Yeni tarihli yasanın, eski tarihli olanına göre öncelikli olarak uygulanacağı da dikkate alınırca iki Kurum arasındaki kesişen yetki alanı için hem genel kanun- özel kanun, hem de önceki kanun- sonraki kanun kriterlerine göre yapılacak değerlendirmelerde de Telekomünikasyon Kurumu'nun bu sektörde rekabete ilişkin sorunlarda esas

yetkili kuruluş olarak ortaya çıktığı kabul edilebilecektir. İki Kurum arasındaki yetki sorunu kolluk yetkileri açısından da değerlendirilebilecektir. İdari kolluk kamu güvenliği, kamu huzuru ve genel sağlık amacıyla belirli bir coğrafi alan üzerinde bulunan her birey, her grup ve her çeşit faaliyet hakkında yetkili olan genel idari kolluk ve bütün faaliyetler hakkında değil, sadece belirli bir faaliyet kategorisi veya belirli bir grup kişiler hakkında yetkili olan özel idari kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰⁶. Genel kolluktan farklı konu ve amaçlar için faaliyet gösteren ya da genel idari kolluğun özellik ve önem taşıyan bölümlerini ondan ayrılıp başlıbaşına yürüten²⁰⁷ özel idari kolluk genelde özel kanunlarla veya ilgili alanı düzenleyen kanundaki özel hükümlerle düzenlenmekte ve ayrı bir teşkilat olarak örgütlenebilmektedir²⁰⁸. Yatay düzlemde rekabet alanını düzenlemek amacı ile özel olarak 4054 sayılı Kanun ile kurulan ve kendi teşkilatı bulunan Rekabet Kurumu ve dikey düzlemde telekomünikasyon alanını düzenlemek üzere 406 ve 2813 sayılı Kanunlarda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanun ile kurulan ve yine kendi teşkilatı bulunan Telekomünikasyon Kurumu özel idari kolluk niteliğine sahip kurumlardır. Özel kolluk yetkilerinin yarışması konusunda genel kabul görmüş bir kural olmadığı ancak özel kolluk makamlarından birinin diğerinin alanına müdahalesine müsaade edilmemesinin gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁹. Bu halde önce bu özel kolluk yetkilerinin münhasır yetki alanlarına, sonra hangisinin daha özel nitelikli olduğuna

²⁰⁶ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, s. 437.

²⁰⁷ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Şampiyon Daktilo-Tez-Teksir Bürosu, 1977, s. 221.

²⁰⁸ Oder, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı 2003-2004 Güz Dönemi Law 561 5 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları, s. 16.

²⁰⁹ Gözler, İdare Hukuku, C.II, s. 483.

bakılması gerekmektedir²¹⁰. Özel olarak telekomünikasyon alanında, rekabet düzenlemeleri de dahil olmak üzere, Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili kılınmış olması itibari ile, kolluk yetkileri noktasında yapılan değerlendirme açısından da Telekomünikasyon Kurumu'nun sektördeki rekabet sorunları ile ilgili olarak esas yetkili kuruluş olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada sektördeki operatörlerin kendi aralarındaki rekabet sorunlarında Telekomünikasyon Kurumu'nu; bu operatörlerin örneğin tedarikçileri, bayileri, satıcıları gibi taraflarla yaşayabileceği telekomünikasyon sektörüne özgü nitelikler arz etmeyen rekabet sorunları açısından ise Rekabet Kurumu'nu yetkili kılmak yetki alanlarının belirliliği açısından bir çözüm yolu olabilecektir. Mevcut durum itibari ile iki Kurum arasında ilişki hukuki geçerliliği tartışmalı ve işlevsiz olduğu ifade edilebilecek bir Protokol ile düzenlenmektedir. Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda yetki alanlarına ilişkin bu sorun yeterince açık düzenlenmemektedir. Bu nedenle, Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda konu daha açık bir şekilde düzenlenerek, bu alandaki rekabet sorunlarında esas yetkili kuruluşun Telekomünikasyon Kurumu olduğu vurgulanmalıdır.

2.5 Türkiye'de Arabağlantı Düzenlemelerinin Uluslararası Alanda Kabul Edilen Genel İlkelere ve AB Müktesebatına Uyumu

Türkiye'de erişim ve arabağlantı konusundaki düzenlemelerin temel kanuni dayanağını 4502 Sayılı Kanun ile değişik 406 sayılı Kanun oluşturmaktadır.

²¹⁰ Oder, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı 2003-2004 Güz Dönemi Law 561 5 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları, s. 16.

Kanun'un 10. maddesine göre “*Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların arabağlantı talepleri ..., arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Arabağlantı yükümlüleri, arabağlantıya ilişkin talepleri ... eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kârâ dayalı olma ilkeleri temelinde ve arabağlantı yükümlülerinin ... kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlüdürler. Arabağlantı sağlanmasına ilişkin teknik olarak imkân dahilinde olan ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere kabul edilir*”. Kanun’un lafzı herhangi bir yoruma gerek bırakmayacak derecede açıktır. Kanun, belirlenecek olan arabağlantı yükümlülerine eşitlik, şeffaflık, açıklık gibi ilkeler temelinde maliyet bazlı olarak arabağlantı taleplerini karşılama yükümlülüğü getirmiş olup, bu yükümlülükler ancak makul ve haklı sebeplerin olması halinde reddedilebilecektir. Konuyu ayrıntılı olarak düzenlemek amacı ile çıkartılan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği de 406 sayılı Kanun çerçevesinde ortaya konulan eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kârâ dayalı fiyatlandırma ilkeleri doğrultusunda arabağlantı konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir²¹¹.

AB’de ise konuya esas düzenlemeler 97/33/EC ve 2002/19/EC direktifleridir. Gerek 97/33/EC ve gerekse 2002/19/EC sayılı Direktif’ler temel olarak şeffaflık, ayırım gözetmeme, hesap ayırımı belirli şebeke unsurlarına erişimin ve bunlardan faydalanılmasının sağlanması ve maliyet bazlı fiyatlandırma ilkelerine dayanmaktadır. DTO, APEC, ITU gibi kuruluşlar tarafından yayınlanan belgelerde de arabağlantı konusunun yerleşik operatörlere arabağlantı yükümlülüğü getiren, bu

²¹¹ Bkz. yukarıda 2.1.2.

operatörler açısından maliyet bazlı fiyatlandırmayı öngören, ayırım yasağı, şeffaflık, hesap ayırımı gibi temel ilkeleri esas alan şekilde düzenlendiği gözlemlenmektedir. Bu itibarla Türkiye'deki arabağlantı mevzuatının özellikle temel ilkeler açısından AB mevzuatı ve uluslararası ilkelerle önemli ölçüde uyumlu olduğu kabul edilebilecektir.

AB arabağlantı mevzuatı ile karşılaştırıldığında mevzuatımızın temel ilkeler açısından uyumlu olmasının yanında, mevcut yasal düzenlemelerimizin AB arabağlantı mevzuatı ile farklılaşan yönleri de bulunmaktadır. En önemli farklılaşma EPG'ye sahip işletmecilere getirilen arabağlantı yükümlülüklerinin tespiti ve ağırlığı noktasında kendisini göstermektedir. EPG'ye sahip ya da hakim konumda bulunan işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler (şeffaflık, hesap ayırımı, maliyet bazlı fiyatlandırma, arabağlantı sağlama yükümlülüğü, ayırım yasağı vb.) her iki mevzuatta da uyumlu düzenlenmiştir. Ancak, AB Komisyonu genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabet arttıkça regülasyonların azalabileceğini ve işletmecilere getirilecek regülatif yükümlülüklerin, sahip oldukları EPG ile orantılı olarak değişmesi gerektiğini savunmaktadır²¹². Bunun sonucu olarak 2002/19/EC sayılı Direktif ile EPG'ye sahip işletmeciler için öngörülen yükümlülükler, bir işletmecinin EPG'ye sahip olduğunun belirlenmesi halinde bu işletmeciye baştan itibaren ve başkaca hiçbir değerlendirme yapılmaksızın doğrudan yüklenen yükümlülükler olarak belirlenmemiştir. Direktif, anılan bu yükümlülüklerin, ilgili ulusal düzenleyici kuruluşların yapacağı analizler sonucunda gerekli görüldüğü tamamının ya da bir

²¹² Köksal Özenç, Avrupa Birliğinde Telekomünikasyon Politikaları ve AB Müktesebatı ve Türkiye Tarafından Alınması Gereken Tedbirler Üzerine Bir Araştırma, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2002, http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/Koksal_Ozenc_tez.pdf, s. 131.

kısının EPG'ye sahip işletmeciye uygulayabileceğini belirtmektedir. 406 sayılı Kanun'da ise bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların arabağlantı taleplerinin arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılacağı, arabağlantı yükümlülerinin, arabağlantıya ilişkin talepleri eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kârâ dayalı olma ilkeleri temelinde ve kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü üzere 406 sayılı Kanun'a göre bir işletmecinin arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenmesi halinde, bu aşamadan sonra Telekomünikasyon Kurumu'na herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış, yasada öngörülen bütün yükümlülüklerin arabağlantı yükümlüsü olan bu işletmecilere uygulanacağı belirtilmiştir. Mevcut bu uyumsuzluk, Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı ile giderilmektedir. Tasarı'nın erişim yükümlülüğünü düzenleyen 16'ncı maddesine göre erişim yükümlüleri ile yükümlülüğün kapsamı Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenecektir. Kurum bir işletmecinin diğer işletmecinin erişimine izin vermemesinin ya da erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkan durumun tüketicilerin aleyhine sonuçlar doğurabileceğine karar verdiği hallerde ilgili işletmeciye, diğer işletmecinin erişim talebini kabul etme yükümlülüğü getirebilecektir. Yine aynı maddeye göre Kurum, erişim yükümlüsü olarak belirlenen işletmecilere diğer işletmecilerin makul erişim taleplerini, eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine sağladıkları koşullar ve kalitede sağlama yükümlülüğü getirebilir. Tasarıdaki metin 2002/19/EC sayılı Direktif ile uyumlu olarak, arabağlantı yükümlülüklerinin uygulanması açısından Telekomünikasyon

Kurumu'na esnek davranabilme imkanı sağlayarak, söz konusu yükümlülüklerden sadece gerekli olanların uygulanması imkanı vermektedir.

Türkiye ile AB arabağlantı mevzuatı arasındaki diğer bir uyumsuzluk ise, mevzuatımızda Türk Telekom'un doğrudan arabağlantı yükümlüsü olarak kabul ediliyor olmasıdır. Gerek 406 sayılı Kanun'da, gerekse Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde herhangi bir EPG ya da hakim durum analizi yapılmadan Türk Telekom arabağlantı yükümlüsü olarak kabul edilmektedir. AB arabağlantı mevzuatında herhangi bir analiz yapılmadan doğrudan bir operatörün arabağlantı yükümlüsü olarak kabul edilmesi söz konusu değildir. Bu itibarla, mevzuatımızdaki Türk Telekom'a özgü bu durum, AB mevzuatı ile uyumsuz olarak kabul edilmektedir²¹³. Söz konusu uyumsuzluk da Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı ile giderilmekte olup, tasarı ile Türk Telekom'un doğrudan arabağlantı yükümlüsü olarak öngörüldüğü yapı ortadan kaldırılmaktadır.

Bir diğer uyumsuzluk noktası ise arabağlantı uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülen sürelerle ilgilidir. Ulusal mevzuatımızda arabağlantı uyuşmazlıklarının yaklaşık 13 ay gibi oldukça uzun bir süre içerisinde çözülmesi öngörülmüşken; AB müktesebatı çerçevesinde uyuşmazlıkların başvuru tarihinden itibaren, istisnai haller hariç olmak üzere, en geç dört ay içerisinde çözülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu noktada AB müktesebatı ile uyumun sağlanabilmesi için yapılacak düzenlemelerle Telekomünikasyon Kurumu'na uyuşmazlıkları en kısa sürede, ancak en geç başvuru tarihinden itibaren dört ay içerisinde çözümlene yetkisi ve görevi verilmelidir²¹⁴. Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda bu süreler kısaltılmaktadır. Tasarı'nın 18.

²¹³ İhsan Kulalı, Sunum, 6. Telekomünikasyon Arenası, 2.3.2006.

²¹⁴ Göktaylar, s.133.

maddesine göre tarafların iki ay içerisinde anlaşamamaları halinde taraflardan herhangi birisinin başvurusu halinde Telekomünikasyon Kurumu uzlaştırma süreci başlatacak ve bu sürenin sonunda halen anlaşma sağlanamamışsa uzlaştırma sürecinin sonlanmasından itibaren en geç dört ay içerisinde arabağlantı sözleşmesinin hükümlerini belirleyecektir. Tasarı'da mevcut sürelerin kısaldığı gözlemlenmekle birlikte ilgili maddede Kurum'a başvuru yapılmasından sonra geçmesi beklenen ve süresi belirsiz bir uzlaştırma süreci mevcuttur ve dört aylık süreç bu belirsiz uzlaştırma döneminin sonundan itibaren başlatılmaktadır. İki ay boyunca anlaşamamış ve bu nedenle Telekomünikasyon Kurumu'na başvuru yapmış olan taraflara, ucu açık bir uzlaşma sürecinin verilmesinin uygun olmadığı görüşünderiz. Bu itibarla, bu ara dönem Tasarı metninden ya tamamen çıkartılmalı ya da Telekomünikasyon Kurumu'nun karar vereceği dört aylık sürenin içerisine dahil edilmelidir.

Özellikle temel ilkeler açısından AB arabağlantı mevzuatı ile ülkemizdeki arabağlantı mevzuatı büyük ölçüde uyumluluk göstermektedir. Ayrıntılarda mevcut olan bazı uyumsuzluklar ise Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısının, yasalaşmasının ardından büyük ölçüde ortadan kalkacaktır. Ancak, müktesebat uyumluluğunun varlığı için mevzuattaki uyumluluğun yanı sıra mevzuatın uygulanması da önem taşımaktadır. Bu itibarla, AB mevzuatı ile uyumluluk gösteren arabağlantı mevzuatının etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının araştırılması gerekmektedir.

AB Komisyonu tarafından yayınlanan 2004²¹⁵ ve 2005²¹⁶ yılı Türkiye ilerleme raporlarında telekomünikasyon alanındaki müktesebatin uygulanması sorununa değinilmiştir. 2004 yılı ilerleme raporunun 19. bölümü telekomünikasyona ayrılmıştır. Rapor'da özellikle 2004 yılı başı itibari ile Türk Telekom'un ulusal ve uluslararası ses iletimi ve alt yapının kurulması ve işletilmesi alanındaki hukuki tekelinin sona ermiş olmasına rağmen, halen piyasaya yeni işletmecilerin girmesi açısından çeşitli engellerin varlığını sürdürdüğü belirtilmektedir. Söz konusu engeller arasında rekabetçi bir telekomünikasyon piyasasının oluşumundaki esas engel olarak mevcut mevzuatın etkin bir biçimde uygulanamaması gösterilmiştir²¹⁷. 2005 yılı ilerleme raporunda da benzer değerlendirmelere yer verilmiştir. Raporda özellikle Türk Telekom'un *de jure* tekelinin sona erdiği 2004 yılı başından itibaren pazarın serbest rekabete açık olmasına rağmen halen piyasaya yeni girişlerde fiili engellerin olduğu ve bunun sonucu olarak da elektronik haberleşme konusunda lisans alan firma sayısının gittikçe artıyor olmasına rağmen, lisans sahibi olan bu yeni işletmecilerin pazar paylarının %1 gibi bir oranla sınırlı kaldığı belirtilmektedir²¹⁸. 2005 yılı raporunda mevzuat eksikliklerinden daha az bahsedilerek, özellikle mevzuatın uygulanmasındaki eksikliklere vurgu yapılmış ve rekabetçi bir piyasanın tesisi için düzenlemelerin uygulanmasına ağırlık verilmesi gerektiği belirtilerek, Telekomünikasyon Kurumu'nun uygulama kabiliyetinin arttırılabilmesi için

²¹⁵ European Commission, 2004 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, Brussels, 6.10. 2004., "http://ec.europa.eu/comm/enlargement/report_2004/pdf/rr_tr_2004_en.pdf".

²¹⁶ European Commission, 2005 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, Brussels, 9. 11.2005, "http://www.telkoder.org.tr/2-law/ab/sec_1426_final_en_progress_report_tr.pdf".

²¹⁷ 2004 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, chapter 19, s.126-127.

²¹⁸ 2005 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, chapter 10, s. 74-75.

kurumun kuvvetlendirilmesine ihtiyaç olduğu belirtilmiştir²¹⁹. 2006 yılı ilerleme raporunda²²⁰ ise telli telefonlar açısından rekabetin henüz başlangıç aşamasında olduğu belirtilmekle birlikte, GSM alanında rekabetin sağlanmış durumda olduğu belirtilmiş ve bu bölümün sonuç kısmında Türkiye'nin elektronik haberleşme alanında müktesebatın uyumlaştırılması çalışmalarında önemli bir gelişme kaydettiği belirtilmiştir²²¹.

Sonuç olarak arabağlantı konusunda ülkemiz mevzuatı gerek uluslararası kuruluşlar tarafından ortaya konulan ilkeler gerekse AB mevzuatı ile büyük ölçüde uyumludur. AB mevzuatı ile uyumsuzluk gösteren temel noktalar ise Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı ile giderilmeye çalışılmaktadır. Mevzuatın uyumlaştırılması ve müktesebatın uygulanması noktasında var olan eleştiriler ise 2004 yılından itibaren gitgide azalmakta, 2004 yılında daha kesin ifadelerle yer alan mevzuat eksikliği ve uygulama sorunu, 2005 yılındaki raporda özellikle mevzuatın eksikliği noktasında daha yumuşak ifadelerle yer almakta, 2006 yılı ilerleme raporunda ise yine çeşitli eksikliklerden bahsediliyor olmasına rağmen önemli bir gelişmenin sağlandığı ifade edilmektedir²²².

²¹⁹ 2005 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, chapter 10, s. 77.

²²⁰ European Commission, Turkey 2006 Progress Report, Brussels, 8.11.2006, "http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2006/Nov/tr_sec_1390_en.pdf".

²²¹ Turkey 2006 Progress Report, chapter 10, s. 39-41.

²²² 2006 yılı ilerleme raporunda üzerinde durulan bir diğer nokta ise müktesebat uyumlaştırması çalışmaları açısından Türkiye'de AB'nin 1998 düzenleyici çerçevesinin esas aldığı; ancak 1998 düzenleyici çerçevesinin uyumlaştırılmasına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin yanında, AB'nin 2002 düzenleyici çerçevesi kapsamında da gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğidir.

2.6 Arabağlantı Piyasasında Mevcut Durum ve Şeffaflık Sorunu

Ülkemizde arabağlantı konusunun ilk olarak gündeme gelmesi büyük ölçüde GSM işletmecilerinin hizmet vermeye başlaması ile ortaya çıkmıştır. GSM piyasası göz önüne alındığında bu alanda arabağlantı konusunda çok sayıda uyuşmazlık ile karşılaşılmadığı gözlemlenmektedir. GSM işletmecilerinin kendi aralarında ortaya çıkan arabağlantı uyuşmazlıkları ile ilgili olarak Rekabet Kurumu nezdinde az sayıda başvuruda bulunmuş olup, bu başvuruların hiçbirisinde bir rekabet ihlali olduğu sonucuna varılmamıştır.

UMTH alanında ise lisansların dağıtıldığı ilk yıllarda arabağlantı konusu uyuşmazlıkların daha yoğun olduğu bir şekilde başlamıştır. 2004 yılı Mayıs ayı itibari ile lisanslar dağıtılmaya başlamış, ancak ilk aşamalarda Türk Telekom ile lisans sahibi işletmeciler arasında arabağlantı sözleşmesi imzalanmasında problemler yaşanmıştır. 2005 yılı Nisan ayı itibari ile lisans alan 43 işletmeciden 24'ü Türk Telekom ile arabağlantı sözleşmesi imzalamış, arabağlantı sözleşmesi imzalamayan işletmecilerden 10 tanesi Telekomünikasyon Kurumu'na uzlaştırma başvurusunda bulunmuştur²²³. Bu dönem içerisinde UMTH işletmecileri tarafından arabağlantı sözleşmesi yapmak amacı ile GSM işletmecileri ile ilgili bir uzlaştırma talebi yapılmamıştır²²⁴. 2006 yılına kadar geçen süreç içerisinde işletmecilerin bir kısmı uzlaştırma prosedürleri sonunda arabağlantı sözleşmelerini imzalamış, bu dönemde pek çok işletmeci de Türk Telekom'la, GSM işletmecileri ile ya da diğer UMTH

²²³ Göktaylar, s.112-113.

²²⁴ age, s.112.

işletmecileri ile arabağlantı sözleşmeleri imzalamışlardır. 2006 yılı Kasım ayı itibari ile mevcut UMTH işletmecileri Türk Telekom ile toplam 35 arabağlantı sözleşmesi imzalamış; bunun yanı sıra GSM işletmecileri ile UMTH işletmecileri arasında 33, UMTH işletmecilerinin kendi aralarında ise 17 arabağlantı sözleşmesi imzalanmıřtır²²⁵. 2006 yılı Kasım ayı itibari ile lisansları yürürlükte olan toplam 42 UMTH işletmecisinin taraf olduğu Telekomünikasyon Kurumu'na sunulmuş bulunan toplam 85 adet arabağlantı sözleşmesinin bulunması, arabağlantı taleplerinin ilk olarak gelmeye başladığı yıllarda arabağlantı sözleşmelerinin akdedilmesi konusunda yaşanan sorunların önemli ölçüde çözümlendiğinin göstergesi olarak kabul edilebilecektir.

Sektörde yaşanan uyuşmazlıklara müdahale edilmesi, sektörün düzenlenmesi ve yapılandırılması açısından esas düzenleyici kuruluş Telekomünikasyon Kurumu'dur. Bu açıdan sektördeki uyuşmazlıklara ne şekilde müdahale edildiği, sektörün gelişiminin hangi kararlar ve uygulamalar doğrultusunda sağlandığı, bu doğrultuda Telekomünikasyon Kurumu'nun sektöre etkin bir şekilde müdahale edip edemediği gibi konuların tespiti esas düzenleyici kuruluş olan Telekomünikasyon Kurumu'nun uygulamalarının ve sektördeki uyuşmazlıklara ilişkin kararlarının şeffaf bir şekilde ortaya konulması ile mümkün olabilecektir. Uluslararası alanda arabağlantı konusunda temel olarak kabul gören ilkelerden birisinin şeffaflık olmasının yanı sıra, Telekomünikasyon Kurumu'nun kendisi tarafından hazırlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin yönetmeliğin uygulanmasına ilişkin genel ilkelerin belirlendiği beşinci maddesinin (b) bendinde yönetmeliğin uygulanması esnasında şeffaflık

²²⁵ http://www.tk.gov.tr/Yetkilendirme/isletmeciler/arabaglanti/soz_isl_veri.htm (ziyaret tarihi 2 Kasım 2006).

ilkesinin gözetilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Söz konusu şeffaflık ilkesi açısından Yönetmelik kapsamında yer alan işletmeciler mükellefiyet altında oldukları gibi, bu kural Telekomünikasyon Kurumu açısından da bağlayıcıdır. Ancak, aleni olması gereken Telekomünikasyon Kurumu kararlarına yapılan resmi başvurulara rağmen ulaşılamamaktadır. Benzer şekilde Kurum arabağlantı anlaşmalarının (ticari sır teşkil eden hükümleri saklı kalmak kaydı ile) aleniyetini sağlamakla yükümlü kılınmış iken, arabağlantı anlaşmaları da kamuoyu ile paylaşılmamaktadır. Gerek Telekomünikasyon Kurumu'nun sektördeki uyuşmazlıklara etkin bir şekilde müdahale edip etmediğinin tespiti açısından, gerekse sektöre ilişkin analizlerin daha sağlıklı yapılabilmesi, arabağlantı uyuşmazlıklarının hangi oranda çözüme kavuşturulduğu, uyuşmazlıkların ne ortalama hangi sürelerde çözümlenebildiği gibi sorunların tespiti açısından Kurum kararlarının ve sözleşmelerin aleniyetinin sağlanması gerekmektedir. Kaldı ki şeffaflığın sağlanması Telekomünikasyon Kurumu'nun kendi mevzuatından kaynaklanan bir yükümlülüğüdür. Ancak, Kurum'un kendi yayımları içerisinde²²⁶ dahi AB uygulamaları ile paralelliğin sağlanması açısından Kurum kararlarının ticari sırlar saklı kalmak kaydı ile Kurum'un internet sitesinde yayımlanması gerektiği ifade edilmesine rağmen 2006 yılı sonu itibari ile henüz bu aleniyet gerçekleşmemiştir.

²²⁶ Göktaylar, s.133.

Sonuç

Teknolojik gelişmeler sonucunda elektronik haberleşme alanında sağlanan ilerlemeler Dünya çapında önemli bir değişim süreci başlatmıştır. Bu değişim sürecinin insan ve toplum hayatını etkilemediği hemen hemen hiçbir alan bulunmamaktadır. Bu süreç yepyeni bir ekonomi yaratmış, sanayi üretiminin önemli bir alanı iletişim teknolojileri ile ilgili ürünler üretir hale gelmiş ve bunun yanında hizmet sektörünün de önemli bir bölümü iletişim hizmetlerinin sunumu ile ilgili servisler verir hale gelmiştir. İnsanların sosyal yaşamları hızla değişmiş, Dünya'nın her yerindeki kültürlere erişilebilir hale gelmiş ve bu erişim sonucunda kültürler arası etkileşim hızlanmış, bunun yanı sıra teknoloji kendine özgü bir dil de oluşturmuştur. Toplukların yaşamındaki değişikliğin yanı sıra bireylerin yaşamları da bu değişimden doğrudan etkilenmiş, kişiler nerede olurlarsa olsunlar, çağrı cihazları, mobil

telefonlar gibi araçlarla ulaşılabilir, yine internet aracılığı ile her yerden her türlü bilgiye ulaşabilir konuma gelmişlerdir.

Dünya’da yaşanan tüm bu gelişmelere paralel bir gelişimin sağlanabilmesinde teknolojik yeterliliklerin yanında, teknolojik yeterliliğe eşdeğer bir başka gereklilik ise regülatif yeterliliklerdir. Zira, telekomünikasyon hizmetlerinin büyük bir kısmının sunumu doğrudan ya da dolaylı olarak doğal tekel niteliğindeki alt yapıya erişime ve piyasalarda serbestleşme süreçlerinin yaşanmasının ardından piyasaya yeni giriş yapan işletmeciler açısından yerleşik operatörlerin aboneleri ile bağlantının tesis edilebilmesine ihtiyaç duymaktadır. Bu noktada en önemli gerekliliklerden birini arabağlantı konusu oluşturmaktadır. İletişim çağının teorik olarak belirlediği hedefin, herkesin herkesle iletişiminin ve her türlü bilgiye erişiminin sağlanması olduğu kabul edildiğinde; bu hedefe ulaşılabilmesi ancak farklı ve özellikle piyasaya yeni giriş yapan operatörlerin abonelerinin, diğer ve özellikle yerleşik operatörlerin aboneleri ile iletişiminin sağlanacağı etkin arabağlantı politikalarının uygulanması ile gerçekleşebilecektir.

Gerek AB, gerekse APEC, ITU ya da DTO gibi kuruluşlar tarafından yapılan düzenlemeler ile etkin bir arabağlantı politikasının tesisi için gerekli olan temel ilkeler benzer şekilde ortaya konulmuştur. Tüm bu kuruluşların yaptıkları düzenlemelerde, tesis edilecek olan arabağlantı düzenlemelerinin, hakim konumda bulunan ya da etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilebilmesi ve söz konusu arabağlantının ayırım yapılmaksızın, şeffaf ve diğer hizmetlerden ayrıştırılarak ve de maliyet bazlı bir fiyatlandırma ile

tesis edilebilmesi esaslarına dayanacak şekilde oluşturulması aranmaktadır. Bunun yanı sıra söz konusu arabağlantı düzenlemelerinin düzenleyici kuruluşlar tarafından etkin bir şekilde uygulanması aranmaktadır. Ülkemiz arabağlantı mevzuatı, AB, APEC, ITU ya da DTO tarafından ortaya konulan ilkelerle genel olarak uyumludur. Bu itibarla ülkemizde arabağlantı konusundaki mevzuatın özellikle genel ilkeler açısından yeterli ve uluslararası ilkelerle uyumlu olduğu kabul edilebilecektir.

Sektörde işletmecilerin birbirleri olan ilişkileri incelendiğinde ise bu alanda da mevcut sorunların çözümü yolunda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Arabağlantı konusundaki sorunların önemli bir kısmının yaşandığı UMTH alanında, UMTH lisanslarının ilk olarak dağıtıldığı yıllarda UMTH işletmecileri ile Türk Telekom arasında arabağlantı sözleşmesi imzalanması konusunda yaşanan anlaşmazlıklar önemli oranda çözülmüş ve 2006 yılı sonu itibari ile faaliyet gösteren işletmeciler Türk Telekom ile 34 adet arabağlantı sözleşmesi yapmıştır. GSM alanında arabağlantı konusu başlangıçtan itibaren daha sorunsuz olarak ilerlemektedir. Bu alanda Rekabet Kurumu nezdinde az sayıda şikayette bulunulmuş, bu şikayetlerin hiçbirinde de herhangi bir rekabet ihlali olduğu yönünde bir karar verilmemiştir. Uygulama alanında yaşanan gelişmeler AB Komisyonu'nun 2006 Türkiye İlerleme Raporu'na da yansımış, PSTN alanında mevcut çeşitli sorunların varlığına işaret edilmesine rağmen 2004 ve 2005 yılında yayınlanan raporlardan farklı olarak Türkiye'nin elektronik haberleşme alanında uyumlaştırılma açısından kayda değer bir ilerleme sağladığı ifade edilmiştir.

Arabağlantı konusunda mevzuat ve uygulama alanlarında genel olarak var olan bu olumlu görünüŖe rağmen gerek uygulamada gerekse mevzuatta çeŖitli konularda halen bazı önemli sorunlar varlığını korumaktadır.

Uygulama açısından en önemli sorun Telekomünikasyon Kurumu'nun sektörde Ŗeffaflığı sağlamamasıdır. Sektörde Ŗeffaflığın sağlanması konusunda mevzuatın oldukça yeterli ve açık olduğu kanaatindeyiz. Mevzuatın uygulanması açısından genel bir ilke olarak ortaya konulan Ŗeffaflık Telekomünikasyon Kurumu açısından da bağlayıcıdır. Ticari sır ihtiva eden hususlar saklı kalmak koŖuluyla arabağlantı uyuŖmazlıkları ile ilgili olarak verilen kararların ve arabağlantı sözleşmelerinin açıklanmasında hiçbir yasal engel bulunmadığı gibi, bu Ŗeffaflığın sağlanması Telekomünikasyon Kurumu açısından bir görevdir. Telekomünikasyon Kurumu tarafından verilen kararların yayınlanması halinde Kurum'un bu uyuŖmazlıklara hangi sürelerde ve hangi yaptırımları uygulayarak müdahale ettiği belirlenebilir olacak ve bu sayede Kurum'un sektörde ortaya çıkan uyuŖmazlıklara etkin bir biçimde müdahale edip etmediği de Ŗeffaf bir Ŗekilde tespit edilebilecektir. Yine bu sayede sektördeki işletmeciler ya da sektöre giriş yapacak işletmeciler Telekomünikasyon Kurumu'nun genel uygulamaları hakkında bilgi sahibi olarak uygulamalarını bu yönde Ŗekillendirebilecektir. Bu itibarla, Telekomünikasyon Kurumu tarafından verilen kararlar ve arabağlantı sözleşmelerinin, ticari sır teŖkil eden hususlar saklı kalmak kaydıyla, en kısa sürede kamuoyuyla paylaşılması gerekmektedir.

Mevzuat konusunda da çeşitli sorunların mevcut olduğu alanlar bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı mevzuatta yer alan çeşitli hükümlerin hukukumuzda var olan temel bazı ilkeler ile çelişkili olmasından kaynaklanmaktayken; bir kısmı da AB müktesebatı ile uyum konusunda ortaya çıkmaktadır.

Mevzuatımız açısından var olan temel sorunlardan ilki arabağlantı uyumsuzlukları için öngörülen çözüm sürecinin yaklaşık 13 ay gibi uzun bir süreç olmasıdır. Arabağlantı gibi önemli bir konunun 13 ay gibi uzun bir süre çözümsüz bırakılmasının kabulünün uygun olmadığı kanaatindeyiz. Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda bu süreç kısaltılıyor olmasına rağmen, uzlaştırma sürecinin ardından dört ay içerisinde çözüm öngören ilgili maddede Kurum'a başvurunun yapılmasının ardından söz konusu olacak uzlaştırma sürecinin ne kadar süreceği belirlenmemiştir. İki ay boyunca anlaşamamış olmaları nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu'na başvuru yapmış olan taraflara, sınırları belirli olmayan bir uzlaşma sürecinin verilmesinin uygun olmadığı görüşündeyiz. Bu nedenle, bu uzlaştırma dönemi Tasarı metninden ya tamamen çıkartılmalı ya da Telekomünikasyon Kurumu'nun karar vereceği dört aylık sürenin içerisine dahil edilmelidir.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 21'inci maddesi uzlaştırma prosedürü sonucunda Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenecek olan ücretlerin geriye yönelik olarak uygulanacağını belirtmektedir. İdari işlemlerin geriye yürümezliği prensibi gereği kural idari işlemlerin yürürlüğe girdiği andan itibaren hukuki sonuçlar doğurması ve geriye etkili sonuçlar doğuramamasıdır. Bu ana ilkenin temel istisnası idareye kanunla açıkça geriye yönelik işlem yapabilmek konusunda yetki verilmesidir. Telekomünikasyon Kurumu'na geriye yönelik fiyat belirleme yetkisi

kanunla verilmemiş olmasına rağmen, bu yetkinin yönetmelikte yer alması idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibine aykırı olduğu kadar, idarenin kanuniliği ilkesine de aykırıdır. Bu itibarla, kanunda bu şekilde bir düzenleme olmadığı müddetçe yönetmelikte yer alan bu hükmün yönetmelik metninden çıkartılması gerekmektedir.

Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği kural olarak taraflar sözleşmenin karşı tarafını belirlemekte, sözleşme yapıp yapmamakta ya da sözleşmenin içeriği ya da şeklinde belirleme hususlarında serbesttirler. Anayasa'nın 13. maddesine göre sözleşme özgürlüğünün de içerisinde yer aldığı temel hak ve özgürlükler ancak kanunla, ilgili temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmadan, ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle yapılabilecek ve sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır. 406 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi ile sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar genel itibari ile Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile uyumludur. Ancak, 10'uncu madde kapsamında Telekomünikasyon Kurumu'na verilen sözleşmenin hüküm ve şartlarını belirleme yetkisinin madde metninde sadece tarafların anlaşamadığı konularla sınırlı olacak şekilde düzenlenmesinin hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı konusunda ortaya çıkabilecek olan tereddütler açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların sadece kanunla yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Oysa, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar 406 sayılı Kanun ile getirilen sınırlamaları aşmaktadır. Zira, 406 sayılı Kanun tahtında taraflara getirilen sözleşme yapma zorunluluğuna çeşitli istisnalar getirilmiş ve buna göre taraflara

taleplerin teknik olarak imkan dahilinde olmaması, orantısız maliyetler içermesi ya da makul ve haklı herhangi bir gerekçenin varlığı halinde her halükarda arabağlantı sözleşmesi yapmaktan kaçınabilme imkanı getirilmiştir. Ayrıca Kanun'da tarafların kendi aralarında anlaşmaları halinde Telekomünikasyon Kurumu'na sözleşmelere müdahale yetkisi verilmediği gibi, arabağlantı dışında erişim sağlama yükümlülüğü ya da tüm işletmeciler için getirilen arabağlantı müzakerelerine girme yükümlülüğü de yer almamaktadır. Ancak, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde arabağlantı yükümlüsünün sözleşme yapmaktan kaçınabileceği haller sayılırken Kanun ile çizilen çerçeve daraltılarak talep edilen arabağlantının teknik ve ticari alternatiflerinin bulunması ve arabağlantıyı sağlamak için gerekli kaynakların bulunmaması halleri ile sınırlı tutulmuştur. Ayrıca tarafların anlaşmaları hali için dahi Telekomünikasyon Kurumu'na, Kanun'da öngörülmeleyen bir müdahale yetkisi tanınmış, yine Kanun'da yer almayan erişim yükümlülüğü ve arabağlantı müzakerelerine girme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu nedenle, Telekomünikasyon Kurumu'na tarafların sözleşme yapma iradelerine müdahale açısından 406 sayılı Kanun'da verilen müdahale yetkisinden daha fazlasını veren bu Yönetmelik hükümleri sözleşme özgürlüğü açısından Anayasa'nın 13 ve 48'inci maddelerine aykırı olduğu gibi, yine idareye kanun ile verilmeyen yetkilerin yönetmelik ile veriliyor olması itibari ile idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmektedir. Bu nedenle 406 sayılı kanun ile getirilen arabağlantı sözleşmesi yapma zorunluluğunun yine aynı Kanun'da yer alan istisnaları aynı şekilde Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde de yer almalı ve Kanun'da yer almayan sınırlamalar Yönetmelik metninden çıkartılmalıdır.

Telekomünikasyon piyasasında söz konusu olabilecek rekabet ihlallerine müdahale açısından Telekomünikasyon Kurumu'nun mu, yoksa Rekabet Kurumu'nun mu esas yetkili kuruluş olduğu tartışmalı bir durumdadır. Bir yandan Rekabet Kurumu kendi kanunu gereği her türlü piyasa da rekabete ihlalleri konusunda yetkili kılınmışken; öte yandan Telekomünikasyon Kurumu telekomünikasyon sektöründe rekabet konuları da dahil olmak üzere kanunla kendine verilen yetkiler dahilinde her türlü düzenlemeyi yapmaya yetkili kılınmıştır. Burada öncelikli olarak dikkate alınması gereken telekomünikasyon alanının bir kamu hizmeti alanı olduğu ve bu alanda rekabet kurallarının ancak kamu hizmetine ilişkin kurullarla örtüştüğü oranda uygulanabileceğidir. Ayrıca, Telekomünikasyon Kurumu bu sektöre özel olarak ve sektörün hassasiyetlerini göz önüne alarak düzenlemeler yapmak üzere ihdas edilmiş bir kurumdur ve rekabet konularındaki yetkisi de 4502 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerde açıkça belirtilmiştir. 406 ve 2813 sayılı Kanun'larda değişiklik yaparak Telekomünikasyon Kurumu'na bu sektörde rekabet konularında da yetki veren 4502 sayılı Kanun, 4054 sayılı Kanun'a göre hem yeni tarihlidir, hem de özel kanun niteliğindedir. Ayrıca, Telekomünikasyon Kurumu'nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak özel nitelikte bir kurum olarak düzenlenmiş olması itibarı ile, yarışan özel kolluk yetkileri açısından da Telekomünikasyon Kurumu'nun esas yetkili kuruluş olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında telekomünikasyon alanında sektöre özgü nitelikler içeren rekabet sorunları ile ilgili olarak esas yetkili kuruluş olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun belirlenmesi uygun olacaktır. Bu itibarla sektördeki işletmecilerin kendi aralarında çıkabilecek rekabet sorunları açısından Telekomünikasyon Kurumu'nun esas yetkili kurum olarak belirlenmesi; bu işletmecilerin tedarikçileri, bayileri, satıcıları gibi

tarafarla yaşayabileceği telekomünikasyon sektörüne özgü nitelikleri bulunmayan rekabet sorunları açısından ise Rekabet Kurumu'nun yetkili olması, yetki alanlarının belirliliği açısından uygun bir çözüm yolu olabilecektir. Mevcut durum itibari ile konu yasalarda yeterince açık düzenlenmediği gibi, Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısında da açıklığa kavuşturulmamaktadır. Bu nedenle, Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısında konunun daha açık bir şekilde düzenlenerek, yetki paylaşımının yukarıda önerdiğimiz şekilde gerçekleştirilmesinin en uygun çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Mevzuatımızda AB müktesebatı ile uyumsuzluk gösteren ilk konu, herhangi bir analiz yapılmaksızın Türk Telekom'un arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenmiş olmasıdır. AB müktesebatı çerçevesinde herhangi bir analiz yapılmaksızın doğrudan arabağlantı yükümlüsü olarak belirlenmiş işletmeciler bulunmamaktadır. Biz de herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm işletmecilerin arabağlantı yükümlüsü olup olmadığının objektif olarak ortaya konulmuş olan kriterler kapsamında yapılacak analiz neticesinde belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu uyumsuzluğun Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda düzeltildiği görülmektedir.

AB Müktesebatı ile mevzuatımız açısından uyumsuzluk olan bir diğer nokta da arabağlantı yükümlülerine getirilen yükümlülüklerle ilişkindir. Mevzuatımızda bir işletmecinin EPG'ye sahip olduğunun belirlenmesi halinde başkaca herhangi bir analize gerek olmaksızın maliyet bazlı fiyatlandırma, eşitlik, ayırım gözetmeme, hesap ayırımı yapılması gibi yükümlülüklerin tamamı bu işletmecilere yüklenirken; AB müktesebatında düzenleyici otoritelere anılan bu yükümlülüklerin tamamını ya

da bir kısmını gerekli olduğu ölçüde işletmecilere yükleyebilme imkanı tanınmıştır. Arabağlantı düzenlemelerindeki temel hedef, gerekli olup olmadığına ilişkin bir analiz yapılmaksızın EPG'ye sahip işletmelere ağır yükümlülükler yüklemek ve bu işletmecileri çeşitli alanlarda zor durumda bırakmak değildir. Temel hedef bir kamu hizmeti alanı olan telekomünikasyon alanında tüketiciye telekomünikasyon hizmetlerinin makul şartlarda, gerekli kalite standartlarının tutturularak ve teknolojik gelişmelere ayak uydurulacak şekilde verilebilmesinin sağlanmasıdır. Bu itibarla, Kurum tarafından gerekli analizler yapıldıktan sonra ilgili yükümlülüklerden hangilerinin EPG'ye sahip işletmecilere yüklenmesinin gerekli olduğu olay bazında değerlendirilebilmelidir. Elektronik Haberleşme Yasa Tasarısı'nda bu yönde de değişiklikler yapılmaktadır.

Telekomünikasyon piyasasındaki etkinliğin sağlanması, arabağlantı ile birlikte bir bütün olarak lisanslandırma, yerel ağın paylaşıma açılması, kablolu televizyon alt yapısının veri iletişimine açılması, 3G lisanslarının dağıtılması, numara taşınabilirliği gibi pek çok konudaki sistemli politikaların bir arada ve uyumlu bir şekilde yürütülmesi ile mümkün olabilecektir. Yerel ağın paylaşıma açılması, alternatif alt yapının tesisine izin verilmesi, bir alternatif şebeke olarak kablolu televizyon alt yapısının kullanılması gibi hususlar doğrudan sektördeki rekabet üzerinde olumlu etkiler yaratacağı gibi, bu gelişmeler dolaylı olarak arabağlantı müzakere süreçlerini ve arabağlantı anlaşmalarını da etkileyecektir. Zira, alternatif şebekelerin sayısının arttığı, sektörde yeni şebekeleri kullanabilen daha fazla operatörün olduğu durumlarda, yerleşik operatörlerin rekabeti olumsuz etkileyebilme güçleri azalacak bu durum arabağlantı konusundaki müzakere süreçlerinde taraflar

arasında var olan güç dengesizliğini azaltacaktır. Bu itibarla, sektörde 2006 yılı gündeminde olan alternatif şebekelerin kurulumu ve işletilmesi, numara taşınabilirliği, 3G, Wi-max lisanslarının dağıtımı gibi hususlarda gerekli düzenlemeler en kısa süre içerisinde yapılmalı ve etkin ve de süratli bir şekilde uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, İstanbul, Nobel Yayın Dağıtım, 2000.

Akpınar, Özgür Fatih, Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Etkin Piyasa Gücü Kavramı: Türkiye İçin Model Önerisi, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2005, http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/f-akpinar-tez.pdf.

Ardıyok, Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2002.

Ardıyok, Şahin, Yerel Telekomünikasyon Hizmetlerinde Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004.

Aslan, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları.

Arslan, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/arslan.pdf> (ziyaret tarihi 9 Aralık 2006).

Atiyas, İzak, “ Ne İçin ve Nasıl Regülasyon”, http://www.tesev.org.tr/projeler/kamu_devlet_metin_tebliğ1.php.

Bereket, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1996.

Bortolotti, Bernardo, Fantini, Marcella ve Siniscalco, Domenico, “Regulation and Privatisation the Case of Electricity”, <http://www.feem.it/NR/rdonlyres/8F4529E4-69AC-466B-99AD-48FF09F82DEF/314/7098.pdf>.

Calvano, Michael A., ITU, **ITU Workshop on Interconnection Opening Remarks**, Sanya City, 2001, <http://www.itu.int/ITU-D/ict/papers/2001/china/08-Document%203.pdf> (accessed 3 August 2005).

CITEL, **Guidelines and Practices for Interconnection Regulation**, 1999, <http://www.citel.oas.org/ccp1-tel/guidelines/guidelines%20on%20interconnection.pdf>

Çakal, Recep, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri, 1996, <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/cakalr/tekel.pdf>

Çavuşoğlu, Naz, Anayasa Notları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997.

de Bijl, Paul ve Peitz, Martin, Regulation and Entry into Telecommunications Markets, 3 B., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Demiröz, Ali, “Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü,” Rekabet Dergisi, 15. Sayı (Temmuz, Ağustos,Eylül 2003).

Demiröz, Ali, Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/alidemiroz.pdf>.

Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Şampiyon Daktilo-Tez-Tekvir Bürosu, 1977.

Economides, Nicholas, “Principles of Interconnection A Response to Regulation of Access to Vertically-Integrated Natural Monopolies,” 1995, <http://pages.stern.nyu.edu/networks/principl.pdf>.

Edwards, Geoff ve Waverman, Leonard, “The Effects of Public Ownership and Regulatory Independence on Regulatory Outcomes A Study of Interconnection Rates in EU Telecommunications,” <http://bear.cba.ufl.edu/centers/purc/documents/Waverman.pdf>.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003.

Erol, Mesut, Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://ekutup.dpt.gov.tr/kamuyone/erolm/dogal.pdf>.

European Commission Directorate of General Information Society, Status Report on European Electronic Policy, 22 December 1999, <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/tcstatus.htm>.

European Commission, 2004 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, Brussels, 6.10. 2004., "http://ec.europa.eu/comm/enlargement/report_2004/pdf/rr_tr_2004_en.pdf"

European Commission, 2005 Regular Report on Turkey's Progress Toward's Accession, Brussels, 9. 11.2005., "http://www.telkoder.org.tr/2-law/ab/sec_1426_final_en_progress_report_tr.pdf"

European Commission, Turkey 2006 Progress Report, Brussels, 8.11.2006, "http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2006/Nov/tr_sec_1390_en.pdf"

Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev ve Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2001.

Giritli, İsmet ve Sarmaşık, Jale, Anayasa Hukuku, 2. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001.

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

Göktaylar, Bilge, Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2005, http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/bilge-goktaylar-tez.pdf.

Gören, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. B., İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 1999.

Gözler, Kemal, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, <http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm> (ziyaret tarihi 9 Aralık 2006).

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C. I, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.

Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 17. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, 10. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Günday, Metin, 8. B., İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, 2003.

Hall, Clare, Scott, Colin ve Hood, Christoper, Telecommunications Regulation: Culture, Chaos, and Interdependence Inside the Regulatory Process, London, New York, Routledge, 2000.

İçöz, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/ozgeicoz1.pdf>.

İktisadi Kalkınma Vakfı, Avrupa Birliği'nin Telekomünikasyon ve Bilişim Teknolojileri Politikası, Ankara, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 2002.

İzgi, Ömer ve Gören, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. I, Ankara, TBMM Basımevi, 2002.

Jamison, Mark A., "Regulatory Techniques for Addressing Interconnection, Access and Cross-subsidy in Telecommunications," <http://bear.cba.ufl.edu/centers/purs/PRIMAR/jamison/Pricing.pdf>

Jordan, Trevor, ITU Regional Regulatory Seminar, “**Principles, Scope, Charges and Challenges in Interconnection,**” Dalian, 2002, <http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2002/china/pdf/34-doc-8-1-jordan.pdf>.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Kiessling, Thomas ve Blondeel, Yves, “The EU Regulatory Framework in Telecommunications- A Critical Analysis,” http://itc.mit.edu/itel/pubs/kiessling_paper.pdf

Kulalı, İhsan, Sunum, 6. Telekomünikasyon Arenası, 2.3.2006

Lautopuro, Lasse, “EU Regulation for Interconnection and Roaming,” http://www.netlab.tkk.fi/opetus/s38042/s04/Presentations/10112004_Rautopuro/Rautopuro_paper.pdf.

Lehr, William ve Kiessling, Thomas, “Telecommunication Regulation in United States and Europe: The Case For Centralized Authority,” <https://dspace.mit.edu/bitstream/1721.1/1496/1/LehrKiessling>.

Noll, Roger G., «Economic Perspectives On the Politics of Regulation,» **Regulation Economics and the Law**, der. Anthony I. Ogus, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited.

Oder, Burak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı
2003-2004 Güz Dönemi Law 561 5 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları.

Oder, Burak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı
2003-2004 Güz Dönemi Law 561 8 Numaralı Yayınlanmamış Ders Notları.

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

Oftel, **Interconnection Principles,** UK, 1997,
<http://www.oecd.org/dataoecd/49/54/19111821.pdf>.

Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler
Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B., İstanbul,
Filiz Kitabevi, 1998

Özenç, Köksal, Avrupa Birliğinde Telekomünikasyon Politikaları ve AB
Müktesebatı ve Türkiye Tarafından Alınması Gereken Tedbirler Üzerine Bir
Araştırma, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2002,
http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/Koksal_Ozenc_tez.pdf

Paşaoğlu, Ömür, Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet Bir Örnek: İngiliz Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılandırılması, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/omurpasaoglu1.pdf>.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002.

Sabuncu, Yavuz, Anayasaya Giriş, 8. B., Ankara, İmaj Yayınevi, 2002.

Sanwalka, Himanshu, Et al., Indian Institute of Managment, **Project Report on Interconnection Issues in Telecom Sector**, Ahmedabad, 2001, <http://www.3inetworg.org/reports/IIMStudReport2001/B2>.

Sarı, Arif Ogün, Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Mobil Sanal Ağ Operatörlüğü, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2004, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ogunsari.pdf>.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.

Süel, Hasan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı 2003-2004 İlkbahar Dönemi Law 586 Yayınlanmamış Ders Notları.

Sümer, Nihat, Yeni Kuşak Arabağlantı: 2G/3G Arabağlantı, Ankara, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2004, http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/Nihat-Sumer-Tez.pdf.

Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. B., Ankara, Selim Kitabevi, 2002.

Tan, Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Perşembe Konferansları, 4. Sayı (Ocak 2000).

Telecommunications Research Project, **Introduction to Interconnection**, www.trp.hku.hk/e_learning/interconnection/liberalization.html.

Telekomünikasyon Kurumu, **TK Piyasa Analiz Çalışmaları İlgili Piyasa ve Etkin Piyasa Gücü Kavramı**, Ankara, 2005, <http://www.tk.gov.tr/srth/2005-R-0-1.pdf>.

Topkaya, Ferhat, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ferhattopkaya.pdf>.

Townsend, David N., ITU, **ITU Workshop on Interconnection (Regulation and Procedures of Interconnection)**, Sanya City, 2001, <http://www.itu.int/ITU-D/ict/papers/2001/china/20-Document%207.pdf>

Ulusoy, Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.

Ulusoy, Ali, “Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi,” Perşembe Konferansları, 11. Sayı (Kasım-Aralık 2000).

Ulusoy, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2002.

Ulusoy, Ali, “Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun Yeri,” Perşembe Konferansları, 2. Sayı (Kasım 1999).

Wright, Julian “Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime?,” Review of Network Economics, http://rnejournal.com/articles/wright_mar02.pdf.

WTO, **Negotiating Group on Basic Telecommunications**, Geneva, 1996, http://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/refpap-e.htm.

Yanık, Deniz, “Üçüncü Nesil Mobil Telekomünikasyon Sistemleri,” Telekomünikasyon Ekseni, 2. Sayı, <http://www.tk.gov.tr/tkekseni2/ANASAYFA.HTML>.

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 2. B., Filiz Kitabevi, 1990.

Yenişen, Derya, Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/deryayenisen.pdf>.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 6. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.

Yılmaz, Kamil, “Türk Telekomünikasyon Sisteminde Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme,” Perşembe Konferansları, 5. Sayı (Şubat 2000).