

T.C.

İstanbul Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme
Hizmeti Sözleşmesi**

Mustafa Göktürk Yıldız

2501080569

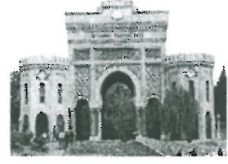
Tez Danışmanı

Prof. Dr. Halil Akkanat

İstanbul, 2011



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501080569** numaralı **MUSTAFA GÖKTÜRK YILDIZ**'in hazırladığı "SON KULLANICIYLA AKDEDİLEN ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETİ SÖZLEŞMESİ" konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **09.08.2011 SALI** günü saat **09.00'de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin*Kabul*.....'ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.TUFAN ÖĞÜZ	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.İLHAN HELVACI	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.HALİL AKKANAT	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
DOÇ.DR.MELİKŞAH YASİN	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
YRD.DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>

ÖZ

Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi

Mustafa Göktürk Yıldız

Elektronik haberleşme hizmetleri, kamu hizmetleri içerisinde önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle son kullanıcılar ile elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasına yönelik olarak yapılan sözleşmelerin kuruluşu, geçerliliği, içeriği ve ifası konularında Elektronik Haberleşme Kanunu ve ona bağlı olarak çıkarılan mevzuatta bir takım düzenlemeler kaleme alınmıştır. Düzenlemelerdeki genel amaç sözleşmelerin zayıf tarafı olan son kullanıcının menfaatlerinin güvence altına alınmasıdır. Bu bağlamda özellikle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinin içeriğine müdahale yetkisi ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla bu alandaki sözleşmelerde sözleşme serbestisi ilkesinin uygulama alanına sınırlama getirilmiştir. Yine bu sözleşmelerin uygulamada standart sözleşme şeklinde yapılıyor olmaları son kullanıcılar bakımından ayrıca bir korunma ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda uygulama alanı bulabilecek olan; Türk Borçlar Kanunu, Elektronik Haberleşme Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki düzenlemelere de çalışma kapsamında yer verilmiştir. Ayrıca sürekli borç ilişkisi doğuran bu sözleşmelerin ifası ve sona ermesi de, yürütülen hizmetin niteliği gereği, diğer sözleşmelere nazaran bir takım özellikler göstermektedir. Bu çalışmanın amacı, son kullanıcıların taraf olduğu sözleşmeler kapsamında ortaya çıkabilecek olan hukukî ihtilafların etraflıca irdelenmesi ve bunlara çözümler getirilmesidir.

ABSTRACT

The Electronic Communication Services Contract Concluded With The End User

Mustafa Göktürk Yıldız

Electronic communication services comprise an important part of public services. Accordingly, the formation, the validity, the contents and the performance of the contracts with end users to provide electronic communication services are regulated extensively in Electronic Communication Law. The aim of the regulation is mainly to safeguard the end users' interests, as they are the weaker party in this type of contracts. In this respect, the power of The Information and Communication Technologies Authority to intervene in the contents of the contract stands out as an effective instrument. This means also that, there are some constraints on the parties by exercising their liberty of contract. Because these agreements are concluded in standard forms, in comparison to other type of contracts, there is admittedly an additional need to protect the end users. In this context, this work also examines the related articles of The Turkish Code of Obligations and of The Consumer Protection Law, which can also be applied to these contracts. Furthermore, these contracts with continuous obligations have some distinguishing features in terms of their performance and ending. Finally, this work aims to examine and find a solution to the disputes, which may occur within the scope of the contracts, to which end users are a party.

ÖNSÖZ

Elektronik haberleşme hizmetleri, kişilerin gündelik yaşamlarında vazgeçilmez bir konuma gelmiştir. Bu alanda hızla gelişen teknoloji ve milyonları bulan kullanıcı sayıları yaşanan hukukî ihtilafların da aynı ölçüde artmasına neden olmuştur. Kanun koyucunun bu hukukî ihtilafların çözümüne yönelik olarak kabul ettiği Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu Kanun'a dayanılarak birçok yeni düzenleme kaleme alınmıştır. Ancak konu hakkında yapılan akademik çalışmalar bu alanda yaşanan olağanüstü gelişmeye paralellik sağlayamadığından bu konuyu incelemek ihtiyacı hâsıl olmuştur. Çalışmamız bu düzenlemelerin son kullanıcıyı ilgilendiren yönlerini ele alarak, elektronik haberleşme alanında çıkan hukukî ihtilafların çözümüne bir parça olsun katkıda bulunabilmek amacıyla kaleme alınmıştır.

Burada öncelikle çalışmanın her aşamasında olumlu yönlendirme ve bilimsel katkılarıyla bana yol gösteren Saygıdeğer Kürsü Hocam Prof. Dr. İlhan Helvacı'ya en içten teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışmanın danışmanlığını Saygıdeğer Kürsü Hocam Prof. Dr. Halil Akkanat üstlenmiştir. Kendisine çalışmanın ortaya çıkması aşamasındaki değerli görüşleri ve hem bilimsel hem manevî desteği için ne kadar teşekkür etsem azdır.

Söz konusu çalışmayı okuyarak benimle görüşlerini paylaşan Saygıdeğer Kürsü Hocam Yard. Doç. Dr. Zekeriya Kurşat ve yine eleştirileriyle bana ışık tutan Saygıdeğer Hocam Yard. Doç. Dr. Bilgehan Çetiner'e de ayrıca teşekkür etmek isterim.

Yine yarattıkları uygun çalışma ortamıyla bu çalışmanın kaleme alınmasında desteklerini benden esirgemeyen Saygıdeğer Kürsü Hocam Arş. Gör. Dr. Şirin Aydıncık, Değerli Mesai Arkadaşım Arş. Gör. A. Özge Yenice ile çalışkanlığı ve yeteneğiyle bu tezin tamamlanmasını kolaylaştıran Sevgili Kardeşim Arş. Gör. Efe Can Yıldırım'a da teşekkürü bir borç bilirim.

Bu çalışmanın yazımı aşamasında her ne kadar kendilerini ihmal etsem de, dostluklarını ve yardımlarını benden esirgemeyen sevgili devre arkadaşlarımı, bilhassa da Av. Ahmet Karahan, Av. Vergil Özgür ve Arş. Gör. Necdet Uzel'i burada zikretmeden geçemeyeceğim. Kendilerinin desteğinin bir ömür boyu süreceğini biliyor ve Allah'tan öncelikle iyi bir insan ve daha sonra iyi bir hukukçu olmak için girdiğimiz sınavda bize yardımcı olmasını diliyorum.

şüphesiz ki bu tezin tamamlanması aşamasında en büyük emek ve fedakârlıkta bulunan ailem olmuştur. Bu noktada annem, babam ve kardeşim ile özellikle tezi okuyarak görüşlerini benimle paylaşan ağabeyim Mehmet Beyazıt Yıldız'a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
I. Bölüm	4
Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi Kavramı, Sözleşmenin Tanımı, Tarafları ve Unsurları	4
A. Kavram ve Tanım	4
B. Tarafları	9
1. Elektronik Haberleşme Kanunu'na Göre Haberleşme Hizmeti Alan Taraf.....	9
a. Abone	9
b. Son Kullanıcı ve Kullanıcı	10
c. Tüketici	12
2. İşletmeci	15
a. Yetkilendirme Usulleri ve İşletmecide Aranılan Nitelikler	15
b. İşletmecinin Sözleşme Yapma Zorunluluğu	20
C. Unsurları	26
1. Elektronik Haberleşme Hizmetinin Sağlanması	26
2. Ücret	27
3. Elektronik Haberleşme Şebekesine Girişi Sağlayan Hattın Tahsisi	28
4. Tarafların Anlaşması	29
II. Bölüm	30
Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Karakteristik Özellikleri	30
A. Hukukî Niteliği	30
1. Genel Olarak	30
2. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması	31
a. Diğer İş Görme Sözleşmeleriyle Karşılaştırılması	31
(1). Hizmet Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	32
(2). İstisna (Eser) Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	34
(3). Vekâlet Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	37
b. Âdi Kira Sözleşmesiyle Karşılaştırılması	41
3. İsimli Bir Sözleşme Olması ve Uygulanacak Kurallar	43
B. Karakteristik Özellikleri	46
1. Genel İşlem Koşulları İçeren Bir Sözleşme Olması ve Sonuçları	46
a. Genel İşlem Koşulları	46
b. Genel İşlem Koşullarının Yargı Yoluyla Denetlenmesi	48
(1). Sözleşmenin Bir Parçası Olup Olmadığının Denetlenmesi	48
(2). Yorum Yoluyla Denetim	51
(3). İçerik Denetimi	52
i. İdari Ön Denetim ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Sözleşme Üzerindeki Etkisi	52
ii. Yargısal İçerik Denetimi	55

(4). Sözleşmelerdeki Bazı Koşulların Değerlendirilmesi.....	59
2. Çerçeve Sözleşme Niteliği Taşınması.....	60
III. Bölüm.....	64
Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Özellikler.....	64
A. Şekli.....	64
B. Sözleşme Koşullarında Değişiklik Yapılması.....	66
C. Mesafeli Sözleşme Olarak Kurulması.....	69
IV. Bölüm.....	73
Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinden Doğan Borçlar.....	73
A. İşletmecinin Borçları.....	73
1. Elektronik Haberleşme Hizmetini Sağlama Borcu.....	73
2. Arabağlantı ve Dolaşım (Roaming) Sağlama Borcu.....	75
3. Bilgilendirme ve Aydınlatma Borcu.....	78
4. Belirli Kalitede Hizmet Sunma Borcu.....	81
5. Sadakat Borcu.....	83
B. Son Kullanıcının Borçları.....	86
1. Kararlaştırılan Ücreti Ödeme Borcu.....	86
a. Ücretin Belirlenmesine İlişkin Genel Kurallar.....	87
b. Tarifeler.....	90
c. Ücretin Kapsamı ve Hesaplanması.....	94
(1). Götürü ücret.....	95
(2). Zamana ve Miktarı Göre Ücretlendirme.....	95
(3). Sabit Ücret.....	96
d. Ücretin Ödenme Zamanı ve Son Kullanıcının Temerrüdü.....	99
2. Son Kullanıcının Bildirim ve Diğer Borçları.....	100
V. Bölüm.....	103
Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	103
A. Sürekli Borç İlişkilerinin Kendiliğinden Sona Erme Sebeplerinin Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi Bakımından Değerlendirilmesi.....	103
1. Kararlaştırılan İfa Süresinin Bitmesi.....	103
2. Son Kullanıcının Ölümü, Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması veya Kaybı ve Aciz Hali.....	104
3. İfa İmkânsızlığı.....	106
B. Hukukî İşlemlerle Sona Ermesi.....	108
1. Tarafların Anlaşması.....	108
2. Fesih.....	108
a. Olağan Fesih (Son Kullanıcı Tarafından Fesih).....	108
b. Olağanüstü Fesih.....	112
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA.....	122

KISALTMALAR

a.e.	:	Aynı eser/yer.
a.g.e.	:	Adı geçen eser.
a.g.m.	:	Adı geçen makale.
ADSL.	:	Asymmetric Digital Subscriber Line. (Asimetrik Sayısal Abone Hattı).
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
b.	:	Bent.
BGBI.	:	Bundesgesetzblatt.
BK.	:	Borçlar Kanunu.
bkz.	:	Bakınız.
BTK.	:	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu.
C	:	Cilt.
c.	:	Cümle.
dn.	:	Dipnot .
E.	:	Esas.
EHK.	:	Elektronik Haberleşme Kanunu.
EHSKY.	:	Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği.
EHSY.	:	Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği.
EHSYY.	:	Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği.
f.	:	Fıkra.

GSM.	:	Global System for Mobil Communications. (Küresel Mobil Haberleşme Sistemi).
HD.	:	Hukuk Dairesi.
İBK.	:	İsviçre Borçlar Kanunu.
K.	:	Karar.
Karş.	:	Karşılaştırınız .
KİGKY.	:	Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik.
m.	:	Madde.
MK.	:	Türk Medeni Kanunu.
MSDY.	:	Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik.
RG.	:	Resmî Gazete.
RKHK.	:	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.
S	:	Sayı.
s.	:	Sayfa.
SIM.	:	Subscriber Identity Module. (Abone Kimlik Modülü).
t.	:	Tarih.
TBK.	:	Türk Borçlar Kanunu.
TKHK.	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.
TTK.	:	Türk Ticaret Kanunu.
TSHŞY.	:	Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik.
TY.	:	Tarife Yönetmeliği.

v.d.	:	ve diğerleri.
vb.	:	ve benzeri.
vd.	:	ve devamı.
Y.	:	Yargıtay.
YHGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi.

GİRİŞ

Elektronik haberleşme alanında son yıllarda Dünya'daki gelişmelere paralel olarak ülkemizde de hızlı bir gelişmenin yaşandığı görülmektedir. Özellikle 2003 yılı sonunda sektörde başlayan serbestleşme hareketiyle birlikte birçok yeni işletmeci bu pazarda yerini almıştır. Bu serbestleşmeyle birlikte elektronik haberleşme alanında kurulan sözleşme türü ve sayısında önemli bir artış yaşanmıştır. Bu durum hukuk alanında yeni düzenlemelerin yapılması gereksinimini doğurmuştur.

Yakın zamana kadar elektronik haberleşme alanına ilişkin olarak hem işletmecilerin kendi aralarındaki hukuki ilişkileri hem de son kullanıcılarla olan hukuki ilişkilerini düzenleyen temel bir kanun bulunmamaktaydı. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu¹ ise teknolojiye yaşanan gelişmeler ve ortaya çıkan yeni hukuki ihtilafların çözümünde yetersiz kalmıştı. Ortaya çıkan bu ihtiyacı karşılamak amacıyla kanun koyucu Elektronik Haberleşme Kanunu²'nu kabul etmiştir. Bu Kanun, genel olarak elektronik haberleşme hizmetine ilişkin birçok yeni düzenleme getirmekle birlikte, özellikle bu alanda kurulan sözleşmelere ilişkin ayrıntılı hükümleriyle dikkat çekmektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, taraflar arasında sözleşmesel bir bağ olması dolayısıyla bu sözleşmelerin niteliği ve sözleşmelerde yer alan tarafların sıfatına göre diğer kanunlarda yer alan hükümlerin de uygulama alanı bulabileceği açıktır. Bu noktada konumuz açısından ilk akla gelen düzenlemeler Borçlar Kanunu³ ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴'dur.

Çalışmamız kapsamında öncelikle elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi kavramı ile bu sözleşmenin tanımı, tarafları ve unsurlarına ilişkin açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır. Burada ele alınacak hususlar; elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine ilişkin nasıl bir tanım yapılabileceği, Kanun'da bu konuda herhangi bir tanıma yer verilip verilmediği, sözleşmenin taraflarını kimlerin

¹ Kanun no: 406, Kabul tarihi: 04.02.1924, RG. 21.02.1924, S: 59.

² Kanun no: 5809, Kabul tarihi: 05.11.2008, RG. 10.11.2008, S: 27050.

³ Kanun no: 818, Kabul tarihi: 22.04.1926, RG. 08.05.1926, S: 366.

⁴ Kanun no: 4077, Kabul tarihi: 23.02.1995, RG. 08.03.1995, S: 22221.

oluşturduğu, bunlara ilişkin olarak Kanun'da yapılan tanımların yerindeliği ile sözleşmenin hangi unsurlara sahip olduğudur.

İkinci bölümde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin hukukî niteliği ve karakteristik özellikleri ele alınmaktadır. Bu sözleşmelerin iş görme sözleşmesi niteliğinde olduğunda şüphe yoktur. Ancak bunların Borçlar Kanunu'nda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden birine dâhil edilebilip edilemeyeceğinin irdelenmesi sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Uygulamada elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinin tamamının genel işlem koşullarından oluştuğu görülmektedir. Bu sebeple bu koşulların sözleşmenin parçası olabilmesinin şartları ve denetlenmesi ayrıca ayrıntılı incelemeye tâbi tutulmasını gerektirmektedir. Aynı başlık altında elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin çerçeve sözleşme niteliği taşıması ve bunun hukukî sonuçları da ele alınacaktır.

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin özellikler ayrı bir bölümde incelemeye tâbi tutulacaktır. Bu çerçevede sözleşmenin geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına bağlı olup olmadığı öncelikle ele alınacak konudur. Bunun yanında sözleşme devam ederken uygulamada özellikle işletmeci tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması yoluna gidilmesi sıklıkla rastlanılan bir durum olduğundan, bunun hangi koşullar altında mümkün olduğu irdelenecektir. Yine aynı bölümde ele alınacak bir diğer husus ise sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kurulup kurulamayacağı ve buna bağlı olarak mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğidir.

Tezin dördüncü bölümünü elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmeci ve son kullanıcı bakımından doğan borçlar oluşturmaktadır. İşletmecinin asli borcu elektronik haberleşme hizmeti sağlamadır. Bunun yanında son kullanıcılara diğer işletmecilerin müşterileriyle görüşme yapabilme olanağının sağlanması borcu da bulunmaktadır. Aynı şekilde son kullanıcıların sözleşmenin kurulması aşamasında ve sözleşme devam ederken bilgilendirilmesi ve aydınlatılması borcu ile sunulan hizmetin belirli kalitede olması ve sadakat borcu işletmecinin diğer borçları kapsamında değerlendirilecektir. Son kullanıcı bakımından ise asli borcunu oluşturan

cret deme borcunun yanında bildirim ve sözleşmeden doğan diğer borçları da incelenecektir.

Nihayet son bölümde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin sona erme nedenlerine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Bu kapsamda kendiliğinden sona erme sebepleri olarak; kararlaştırılan sürenin sona ermesi, son kullanıcının ölümü, fiil ehliyetinin sınırlandırılması veya kaybı ve aciz hali ile ifa imkânsızlığı halleri; hukuki işlemlerle sona erme nedenleri olarak ise tarafların anlaşması ile özellikle olağan fesih ve olağanüstü fesih ele alınacaktır.

I. Bölüm

Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi Kavramı, Sözleşmenin Tanımı, Tarafları ve Unsurları

A. Kavram ve Tanım

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine ilişkin Elektronik Haberleşme Kanunu'nda bir tanıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde aynı kapsamda ele alınabilecek abonelik sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

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

Dikkat edilirse, bu tanım aslında elektronik haberleşme hizmetine özgü olmayıp, genelde bütün abonelik sözleşmeleri için geçerli unsurları bünyesinde toplayan bir abonelik sözleşmesi tanımı niteliğindedir. Gerçekten de tanımda geçen “...veya mal teminini üstlendiği” ibaresi, elektronik haberleşme alanında kurulacak sözleşmelerin konusunu esas itibarıyla elektronik haberleşme “hizmetinin” sunulmasının oluşturması nedeniyle yerinde olmamıştır. Diğer bir ifadeyle tanım, sadece Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamına giren abonelik ilişkilerini ifade etmekten uzaktır. Nitekim sürekli mal temini ancak süreli yayın veya elektrik, su, gaz vb. satım sözleşmelerine ilişkin aboneliklerin konusunu oluşturabilir. Dolayısıyla böyle geniş kapsamlı bir tanımın, Elektronik Haberleşme Kanunu gibi özel bir kanunda değil; ancak Borçlar Kanunu veya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁵ gibi genel bir kanunda yer almış olması şüphesiz daha isabetli olurdu.

⁵ TKHK. m. 11/A'da *abonelik sözleşmesini* düzenleyen bir hüküm bulunmaktaysa da, madde sadece bu sözleşmelerin feshinde uyulacak bir takım kurallar öngörmektedir.

Diğer yandan, kanun koyucunun son kullanıcıyla işletmeci arasında kurulan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi türü olarak yalnızca abonelik sözleşmesini düzenlemiş olması da önemli bir eksiklik. Oysa işletmeci ile son kullanıcı arasındaki sözleşmenin abonelik şeklinde kurulması şart değildir. Örneğin uygulamada yurt dışı ve şehirlerarası aramalarda sıkça kullanılan “*call by call*” hizmeti için son kullanıcı ile hizmeti veren işletmeci arasında bir abonelik sözleşmesinin bulunmasına gerek yoktur. Son kullanıcının bu hizmetten faydalanması için yapması gereken tek şey, hizmeti sağlayan işletmecinin belirlediği özel numarayı, aramak istediği numaradan önce tuşlamaktır. Aynı şekilde ankesörlü bir telefonda yapılan bir defalık telefon görüşmesinin de bir elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi kapsamında gerçekleştiğinde şüphe yoktur. Ancak burada da taraflar arasında abonelik şeklinde kurulmuş olan bir sözleşmenin varlığından söz edilemez.

Ayrıca belirtelim ki, Kanun’un ele alış şekliyle abonelik sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme tipi olarak kabul edilmesine imkân yoktur. Zira bizzat Kanun’un verdiği tanım ele alındığında dahi, bir sözleşme tipinin asgari karakteristik unsurlarını belirleme amacının güdülmediği, yalnızca sözleşmelerin ifa ediliş tarzına ilişkin ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Gerçekten de bu tanımdan yola çıkarak abonelik sözleşmesinin isimli veya isimsiz bir sözleşme olarak sınıflandırılması mümkün değildir. Bilakis, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin birçoğunun mahiyetlerine uygun düşmek kaydıyla abonelik sözleşmesi şeklinde akdedilmelerine bir engel yoktur⁶. Bu sebeple bir sözleşmenin abonelik sözleşmesi olarak

⁶ Robert De Raemy, **Le contrat par abonnement**, Lausanne, Imprimerie Henri Jaunin S.A., 1960, s. 39. Yazara göre “abonelik” bir sözleşmenin ifasına ilişkin usulü, abonelik aracılığıyla sözleşme ise bu usule göre ifa edilen bütün sözleşmeleri ifade etmektedir. Eser bu sebeple “Abonelik aracılığıyla sözleşme” anlamına gelen “Le contrat par abonnement” şeklinde isimlendirilmiştir. Karş. Erden Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 31; Hasan Ozanoğlu, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, s. 182. *Kuntalp ve Ozanoğlu* abonelik sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme türü olmadığını kabul etmekle birlikte, bunların sözleşmelere konan bir kayıt niteliğinde olduğu görüşündedir. “*Bu şartla taraflardan biri diğerine umumiyetle peşin ödenen ve yapılacak edaların değerine göre tenzil edilmiş toptan bir bedel mukabilinde, belirli veya belirli olmayan bir süre içinde tekrarlanan edalarda bulunmağa mecbur olur.*” (Kuntalp, **Ard Arda**, s. 31). Bu görüş temelde doğru ve akla yatkın olsa da, aboneliğin tarafların anlaşmasıyla sözleşmeye konan özel bir hüküm olduğu izlenimini yaratması sebebiyle eleştirilmektedir (De Raemy, **a.g.e.**, s. 39).

adlandırılması bize onun hukukî niteliği hakkında doğrudan bir fikir vermez. Bu husus günlük hayatta kurulan sözleşme tiplerinde de açıkça görülmektedir. Örneğin gazete, dergi, elektrik veya doğalgaz aboneliklerinin temelinde bir satım sözleşmesi bulunur. Ancak sözleşmelerdeki edimlerin belirli veya belirsiz bir süre boyunca, ard arda bir şekilde ifa edilmelerinin kararlaştırılmış olması, bunları birer abonelik sözleşmesi haline getirmiştir. Aynı şekilde telefon veya internet gibi haberleşme hizmetlerinin teminine yönelik olarak akdedilen sözleşmelerde de, işletmecinin hizmet borcu bakımından ifanın belirli veya belirsiz bir müddet için kesintisiz bir şekilde gerçekleşmesi öngörüldüğünde, bunların da abonelik sözleşmesi olarak adlandırılmaları mümkündür. Bununla birlikte ankesörlü bir telefonda yapacağımız bir defalık telefon görüşmesi, abonelik sözleşmesi olarak akdedilmemiş elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmeler için yapılacak tanım, sözleşmenin bütün unsurlarını içermeli ve sözleşmeyi belirli bir ifa ediliş tarzıyla sınırlı olmak üzere dar kapsamlı da tutmamalıdır.

Ne var ki, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine ilişkin, kanunda buna uygun bir tanıma yer verilmediği gibi, öğretide de şu ana kadar yapılmış bir tanım mevcut değildir. Genel olarak tanımlamanın önemi, belirli bir olgunun benzerlerinden ayrılması ve sınırlarının çizilmesinde yatmaktadır. Şu halde burada yapılacak tanımın, hem yukarıda belirtilen konuları ve tarafları farklılık arz eden çeşitli elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinin tamamını kapsayan, hem de bu sözleşmeyi diğer sözleşmelerden mümkün olduğu kadar ayıran nitelikte olması önem taşımaktadır. Bu bakış açısıyla biz, unsurlarını daha sonra ayrı ayrı ele alacağımız elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin şu şekilde tanımlanabileceği düşüncesindeyiz:

“Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi, elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması faaliyetinin bir kısmının yahut tamamının belirli bir ücret karşılığında hizmet olarak sunulmasını konu edinen bir sözleşmedir.”

Çalışmamız kapsamında ele alacağımız boyutuyla elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi ise, bu hizmetten doğrudan faydalanmayı amaçlayan ve işletmeciyile son kullanıcı arasında kurulan sözleşmedir⁷. O halde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinin karakteristik unsurlarını, işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti vermesi borcu ile diğer tarafın bu hizmetin karşılığı belirli bir ücret ödemesi oluşturmaktadır. Öte yandan elektronik haberleşme alanında son kullanıcılarla abonelik şeklinde kurulan sözleşmelerin konusunu ise belirli veya belirsiz bir süre boyunca elektronik haberleşme hizmetlerinin görülmesi ile abonenin bu hizmet karşılığında peşin⁸ veya dönemsel olarak ödeyeceği ücret oluşturmaktadır. Bu sebeple Elektronik Haberleşme Kanunu'nda abonelik şeklinde kurulan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerine yönelik şu şekilde bir tanım verilmesi daha isabetli olacaktır:

“Elektronik haberleşme hizmetine abonelik sözleşmesi, abonenin peşin veya belirli dönemlerde ödediği ücret karşılığında, işletmecinin belirli ya da belirsiz bir süre boyunca, dönemsel ve sürekli edimler içeren temel elektronik haberleşme hizmeti ve/veya buna bağlı ek hizmetlerin görülmesini üstlendiği sözleşmedir.”

Elektronik haberleşme alanında son kullanıcılar ile kurulan sözleşmelerin büyük bir kısmının yukarıdaki tanıma uygun olarak abonelik sözleşmesi tarzında akdedildiği bir gerçektir. Dolayısıyla bizim de bu sözleşme çerçevesinde yapacağımız açıklamalarımızda, taraflar arasında kural olarak abonelik sözleşmesi tarzında akdedilmiş bir sözleşmenin bulunduğu varsayımından hareket edilecektir. Diğer bir

⁷ Elektronik haberleşme alanındaki özel hukuk sözleşmeleri başlığı altında iki tür sözleşme gündeme gelmektedir. Bunlar; işletmecilerin kendi aralarında kurdukları erişim ve arabağlantı sözleşmeleri ile işletmecilerin elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmak isteyen son kullanıcılarla kurdukları sözleşmelerdir. İşletmecilerin kendi aralarında kurdukları erişim ve arabağlantı sözleşmelerinden (EHK. m. 15 vd.) son kullanıcıları ilgilendirdiği ölçüde bahsedilecektir (Bkz. aşağıda “*Arabağlantı ve Dolaşım (Roaming) Sağlama Borcu*” başlığı). Çalışmamızda esas itibarıyla işletmecilerle son kullanıcılar arasındaki sözleşmeleri ele alacağız. Bu grupta yer alan sözleşmeler de elektronik haberleşme hizmetine abonelik şeklinde veya abonelik olmaksızın kurulabilmekte ve yine kendi arasında ikiye ayrılmaktadır.

⁸ Örneğin mobil telefon hizmeti aboneliklerindeki ön ödemeli sistemde, faturalı sistemin aksine, ücret her ay değil işletmeci edimini ifa etmeden önce belli bir miktar para yüklemek suretiyle peşin olarak ödenmektedir.

ifadeyle son kullanıcının bir elektronik haberleşme hizmeti abonelik sözleşmesine taraf olduğu kabul edilecektir.

Abonelik şeklinde kurulan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmeleri bakımından ayrıca şunu belirtelim ki, öğretide bu bağlamda genellikle abonelik sözleşmesinin varlığının ön şartı olarak mahiyeti itibarıyla abonelik sözleşmesine temel teşkil edebilecek bir sözleşmenin mevcudiyeti aranmaktadır⁹. Bu sözleşme, kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olabileceği gibi, kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme de olabilir. Ayrıca taraflardan birinin sözleşmeden kaynaklanan borcunu belirli veya belirsiz bir süre için dönemsel ya da sürekli¹⁰ bir şekilde ifa etmesi ve yine abonenin ödeyeceği ücretin önceden tespit edilip¹¹, bu ücret borcunda indirimine gidilmiş olmasının da icap ettiği belirtilmektedir¹². Hemen belirtelim ki, uygulamada abonelik olarak ifade edilen sözleşmelerin büyük kısmı öğreti tarafından belirlenen bu özelliklerin tümüne sahiptir. Fakat kanaatimizce uygulamada akdedilen bütün abonelik sözleşmelerini kapsayacak şekilde genel kurallar ve ilkeler belirlemek yerine, abonelik tarzında ifa edilmesi öngörülen her bir sözleşmeyi ayrı bir değerlendirmeye tutmak isabetli olacaktır¹³. Bu açıdan “abonelik” dendiğinde akla kesin olarak gelebilecek husus, ortada isimli veya isimsiz bir sözleşmenin ve sürekli bir borç ilişkisinin¹⁴ bulunduğudur. Kuşkusuz ki taraflar, aralarındaki sözleşmeye

⁹ İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006, s. 515; Kuntalp, **Ard Arda**, s. 31.

¹⁰ Öğretide abonelik sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde edimlerin ard arda ifa edilmesi üzerinde özellikle durulmaktadır (Kuntalp, **Ard Arda**, s. 31; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 182 vd.). Bununla birlikte yukarıda değinmiş olduğumuz EHK. m. 3/b'deki tanımda “sürekli” edimlerin söz konusu olduğu durumlarda da abonelik sözleşmesinin varlığından söz edilebileceğine haklı olarak yer verilmiştir. Zira her abonelik sözleşmesinde birbirinden ayrılabilir niteliğe sahip edimler bulunmayabilir (Karş. Aslan, **a.g.e.**, s. 515; De Raemy, **a.g.e.**, s. 43).

¹¹ De Raemy, **a.g.e.**, s. 39 vd.; Kuntalp, **Ard Arda**, s. 31.

¹² Aslan, **a.g.e.**, s. 515; De Raemy, **a.g.e.**, s. 40; Kuntalp, **Ard Arda**, s. 31.

¹³ Aynı görüşte: Henriette DÉNÉREAZ LUISIER, **Deux contrats d'abonnement: La livraison d'un périodique et le service d'entretien**, Tolochenaz, Imprimerie Chabloy S.A., 1989, s. 13.

¹⁴ “Abonelik sözleşmesi” yerine “tedarik sözleşmesi” olarak adlandırmakla birlikte *Seliçi*; elektrik, su, doğalgaz gibi belirli ihtiyaçların karşılanmasına yönelik sözleşmeleri ard arda teslimli sözleşmelerin bir alt türü olarak görmektedir. Yazara göre tedarik sözleşmelerinde her bir münferit edim anı olarak gerçekleştirilmektedir. Ancak birbirinden bağımsız olan bu edimler tekrarlandığından, borç ilişkisinin miktar ve kapsamı zamana bağlı olarak artma karakteri gösterir ve bu sebeple bunlar sürekli borç ilişkisi doğururlar (Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 15 vd.). -Elektrik, su, doğalgaz vb. hizmetlerin sunumuna ilişkin sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurdukları yönünde ayrıca bkz. De Raemy, **a.g.e.**, s. 67 vd.; Kuntalp, **Ard Arda**, s. 9, 15, 28, 30.

diledikleri ismi vermekte serbesttirler. Ancak hâkim BK. m. 18/f. 1’de de belirtildiği üzere onların gerçek ve ortak amaçlarının ne olduğuna göre bir karara varacaktır. Söz gelimi bir mobil telefon aboneliğinde ücreti kullanım miktarına göre değil de peşin olarak ödenen mesaj gönderme servisini, tarafların “üyelik” veya “abonelik” olarak isimlendirmeleri mümkündür. Bununla birlikte bu isimlendirmede abonenin kullanım miktarına göre ödenen ücretten daha az bir miktarla sorumlu olup olmaması gerektiğine, sözleşmede bu konuda açık bir hüküm yoksa, hâkim karar verecektir.

B. Tarafları

1. Elektronik Haberleşme Kanunu’na Göre Haberleşme Hizmeti

Alan Taraf

a. Abone

Daha önce de belirtildiği üzere, Elektronik Haberleşme Kanunu’nda elektronik haberleşme hizmetinden doğrudan faydalanılması amacıyla işletmeci ile yapılan sözleşmelerden yalnızca abonelik sözleşmesi niteliğinde olanlarına yer verilmiştir. Aynı hatalı bakış açısıyla Kanun’un, bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek ve tüzel kişilerin tamamını da “abone” olarak adlandırmakta olduğu görülmektedir (EHK. m. 3/a)¹⁵. Hâlbuki elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan sözleşmelerde işletmecilerin karşısında yine işletmeci sıfatı taşıyan kişiler bulunabileceği gibi, hizmetten doğrudan faydalanan kişilerin mutlaka *abone* sıfatını taşımaları da bir zorunluluk değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun işletmecinin karşı tarafında yer alan kişileri ifade etmek üzere “*abone*” kavramından daha geniş

Aynı şekilde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi de sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Ancak işaret etmek gerekir ki elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde birbirinden ayrılacak nitelikteki edimlerin yanında sürekli olarak, yani aralıksız ve kesintisiz bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken edimler de mevcuttur. Önceden belirlenmiş belli bir ücrete göre yollanan her bir kısa mesaj ilk duruma, hattı açık bulundurma borcu ikinci duruma örnek teşkil eder.

¹⁵ Benzer bir tanıma Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinde de rastlanmaktadır. EHSTHY. m. 4/f. 1, b. (a)’da abone: “Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan **tüketici**” şeklinde tanımlanmıştır.

ve kapsamlı bir kavramı kullanması bizce daha isabetli olurdu. Nitekim Alman Telekomünikasyon Kanunu'nda¹⁶, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde bu kişileri ifade etmek üzere “*Teilnehmer*” kavramı tercih edilmiştir. Türkçeye “*katılan yahut katılımcı*” olarak çevrilebilecek bu kavramın karşılığı olan benzer bir kavramın, Türk Hukuku'nda da aynı statüyü ifade etmek üzere kullanılacağı düşüncesindeyiz. Öte yandan abonelik şeklinde akdedilen elektronik haberleşme hizmeti sözleşmeleri bakımından ise, sözleşmenin haberleşme hizmetini alan tarafı için yine “*abone*” kavramı kullanılmaya devam edilecektir¹⁷.

Nihayet belirtelim ki, EHK. m. 3/a'ya göre bir gerçek kişi gibi tüzel kişi de elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine “abone” sıfatıyla taraf olabilecektir. Dolayısıyla evine internet bağlatmak isteyen bir gerçek kişi gibi iş yerine internet bağlatmak isteyen bir tüzel kişi de, söz konusu hizmeti alabilmek için abonelik şeklinde kurulan bir elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine taraf olabilir.

b. Son Kullanıcı ve Kullanıcı

Elektronik Haberleşme Kanunu'nda, haberleşme hizmetinden yararlanan kişiler için kullanılan diğer kavramlar ise “kullanıcı” ve “son kullanıcı”dır. EHK. m. 3/z-(jj)'de son kullanıcı:

“Elektronik haberleşme hizmeti ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlamayan gerçek veya tüzel kişiler”

şeklinde tanımlanmaktadır. Kanun'un buradaki düzenleme amacı, elektronik haberleşme hizmetini üçüncü kişilere sunmak üzere değil, kural olarak kendi kullanımını için edinen kişileri ifade etmektir. Kanun'un ayrıca 4. Kısımında bu kişilerin haberleşme hizmetinden faydalanırken sahip oldukları hakları düzenleyen

¹⁶ “Telekommunikationsgesetz” (Alman Telekomünikasyon Kanunu) 22 Haziran 2004 (BGBl. I s. 1190). Bu Kanun son olarak 24 Mart 2011 tarihli Kanun'un (BGBl. I s. 506) 3. maddesi ile değiştirilmiştir.

¹⁷ Elektronik Haberleşme Kanunu'nun “*abonelik sözleşmeleri*”ni düzenleyen hükümlerine bakıldığında kanun koyucunun iradesinin de aynı yönde olduğu görülmektedir. Örneğin Kanun'un “*abonelik sözleşmeleri*” kenar başlıklı; “*İşletmeci tarafından abonelik sözleşme koşullarında değişiklik yapıldığının aboneye bildirilmesinden sonra...*” şeklinde devam eden 50. maddesinin 4. fıkrası bu hükümlerden biridir.

hükümlere de yer verilmiştir. EHK. m. 3/z-(jj)'de yer alan tanım esas alındığında son kullanıcının taraf olduğu bir elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin, iki işletmeci arasında kurulan sözleşmeleri kapsamı dışında bırakacağı sonucuna varılabilecektir. Bu durumun çalışmamız açısından önemi, işletmecinin karşısında yer alan tarafı son kullanıcı olarak adlandırmanın isabetli olacağıdır. Böylece elektronik haberleşme hizmetinden bu hizmeti tekrar 3. kişilere sunmamak üzere yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişileri, “son kullanıcı” olarak nitelendirmemiz mümkündür.

Elektronik Haberleşme Kanunu'nda abone ve son kullanıcı dışında ayrıca “kullanıcı” diye bir kavrama da yer verilmektedir. Özellikle son kullanıcı ile karıştırılabilecek bir kavram olmasından dolayı, “kullanıcı” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine de kısaca değinmekte yarar vardır.

EHK. m. 3/z-(cc)'de kullanıcı:

“Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi”

olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar madde hükmünde “*aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın...*” şeklinde bir ifade bulunmakta ise de, buradan anlaşılması gereken bizce, hizmetten yararlanan kişinin “kullanıcı” olarak nitelendirilebilmesi için işletmeci ile arasında sözleşmesel bir bağ bulunmasının şart olmamasıdır. Neden böyle bir kavrama ihtiyaç duyulduğunun cevabı ise, Kanun'un ilerleyen maddelerinde yer alan hükümlerden anlaşılmaktadır. Buna göre Kanun'da kişisel bilgilerin ve gizliliğin korunması konusunda, haberleşme sözleşmesine taraf olsun olmasın hizmetten bilfiil faydalanan herkesi kapsayan bir koruma sisteminin benimsendiği görülmektedir. Gerçekten de kanun koyucu kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması için işletmeciyile hizmetten yararlanan gerçek veya tüzel kişi arasında sözleşme ilişkisi bulunmasına gerek duymamıştır. Bu bağlamda örneğin bir arkadaşının telefonundan bir defaya mahsus olmak üzere görüşme yapan veya internet bağlantı hattından veri alışverişinde bulunan kişi de Kanun'a göre korunmak zorundadır. Nitekim Elektronik Haberleşme Kanunu, bu korumayı sağlamak ve

denetlemek üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu görevlendirmiştir. EHK. m. 6/c'de Kurumun görevleri arasında:

*“Abone, **kullanıcı**, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak.”*

da sayılmaktadır.

Bu noktada öne çıkan bir diğer husus ise, son kullanıcının veya abonenin aynı zamanda tüketici sıfatına sahip olmasının hukuki sonuçlarıdır. Gerçekten de tüketici sıfatını haiz bir son kullanıcıyla işletmeci arasında çıkan bir uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak maddi hukuk hükümleri ve usul kuralları, bu sığata sahip olmayan bir son kullanıcıya göre farklılık gösterecektir. Şöyle ki, son kullanıcının aynı zamanda tüketici sıfatını da taşıması halinde, tüketiciyi koruyan hükümlerden yararlanabilmesi ve çıkacak hukuki ihtilâfların tüketici mahkemelerinde görülmesi gündeme gelecektir.

c. Tüketici

Elektronik Haberleşme Kanunu'na göre haberleşme hizmetinden yararlanan taraf olabileceklerden birisi de tüketicidir. Nasıl ki son kullanıcının abone sıfatıyla haberleşme sözleşmesine taraf olabilmesi mümkün ise, aynı şekilde tüketici olabilmesi de mümkündür. Elektronik haberleşme hizmetinden tüketici sıfatıyla yararlanan bir kişi olmanın hukuki sonucu, diğer bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi, tüketiciyi koruyan mevzuat hükümlerinden yararlanabilmektir. Bu kapsamda ilk akla gelen düzenlemeler gerek Elektronik Haberleşme Kanunu'ndaki (örneğin EHK. m. 50/f. 1) gerekse de bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği¹⁸ndeki hükümlerdir. Ancak işletmeci ile tüketici arasındaki sözleşme ilişkilerini düzenleyen hukuki düzenlemeler bunlardan ibaret değildir. Aynı zamanda özel olarak tüketiciyi korumak amacıyla çıkartılan ve büyük oranda emredici nitelik taşıyan düzenlemeler de mevcuttur. Kuşkusuz ki

¹⁸ RG. 28.07.2010, S: 27655.

bunların en önemlileri 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un genel işlem koşullarının denetimine yönelik olarak yer verdiği 6. maddesi ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik¹⁹'tir. Yine Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a dayalı olarak çıkarılan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik²⁰ de bu kapsamda sayılabilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan bu koruma ve imkânlardan faydalanabilmesi için haberleşme hizmetini alan son kullanıcının tüketici olması zorunludur. Bu husus TKHK. m. 2'de:

*“Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında **tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu** her türlü ‘tüketici işlemini’ kapsar.”*

denmek suretiyle açıkça belirtilmiştir²¹. TKHK. m. 3/e'ye göre tüketici:

“Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan²² amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi”

dir²³. Elektronik haberleşme hizmetinden faydalanan kişiler bakımından benzer bir tanıma EHK. m. 3/z-(uu)'da yer verilmiştir. Buna göre tüketici:

¹⁹ RG. 13.06.2003, S: 25137.

²⁰ RG. 06.03.2011, S: 27866.

²¹ Kanun koyucunun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un maddi anlamda uygulama alanını hukuki işlemin niteliğinden ziyade işleme taraf olan kişiye bağlı tuttuğu hakkında bkz. Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun - Örnek Yargıtay Kararları, İlgili Kanun, Yönetmelikler ve Tebliğler, Avrupa Birliği Direktifleri**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 83.

²² 4077 sayılı Kanun'un ilk halinde ticari veya mesleki olmayan amaçlarla ifadesi yerine “*özel amaçlarla*” tabiri kullanılmaktaydı. 4822 sayılı Kanun ile getirilen yeni ifadenin daha uygun olduğu yönünde bkz. Aslan, **a.g.e.**, s. 3.

²³ Ayrıca bkz. Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 6; Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 35. -Tüketici kavramı hakkında 4822 sayılı Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişikliklerden önceki döneme ilişkin geniş bilgi için bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 663-692.

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

Bu tanımlardan da anlaşılacağı gibi tüketicinin varlığından söz edebilmemiz için kanun koyucu öncelikle mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmek, kullanmak ya da yararlanmak şartını aramaktadır.

Ticari veya mesleki bir amacın bulunup bulunmadığı belirlenirken hizmeti kullananın amacına bakılmalıdır²⁴. Buna göre hizmet bireysel ihtiyaçlar için edinilmeli, yani tekrardan ücret karşılığında başka birine sunulmamalıdır²⁵. Örneğin elektronik haberleşme hizmeti sunmak isteyen bir işletmeci, son kullanıcılara telefon hizmeti sunmak maksadıyla, başka bir işletmeciden hat kiralsın ya da onun altyapısını kullansa, bu ikisi arasında akdedilen sözleşme sonucunda, ortada ne bir tüketici ne de bir tüketici sözleşmesi söz konusu olabilir. Buna karşın telefon hizmetini sunmak isteyen işletmeci ile son kullanıcı arasındaki sözleşme, tüketici sözleşmesi olarak nitelenebilir. Ayrıca belirtelim ki, her ne kadar kanun koyucu gerçek kişilerle birlikte tüzel kişileri de tüketici kavramına dâhil etse de, tüzel kişi tacirlerin bütün muamele, fiil ve işleri ticari işlerden sayılacağından (TTK. m. 3) bunlar tüketici olamayacaktır²⁶. Bu sebeple bunların taraf olduğu elektronik haberleşme abonelikleri 4077 sayılı Kanun kapsamına girmez²⁷.

²⁴ Aslan, **a.g.e.**, s. 4.

²⁵ Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 83.

²⁶ *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adı, yani özel sayılacaktır. (TTK. md. 21) Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla yada işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır. Tacir olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK. 20-25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre külfet" niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. 20/II). Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar. Somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfta*

2. İşletmeci

a. Yetkilendirme Usulleri ve İşletmecide Aranılan Nitelikler

Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Tanımlar ve kısaltmalar" kenar başlıklı 3. maddesinin (z) bendinde işletmeci:

"Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket"

olarak tanımlanmaktadır²⁸.

Yine aynı bendin son paragrafında ise yetkilendirmenin tanımı yapılmaktadır. Buna göre yetkilendirme:

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

Gerek işletmeciye gerekse de yetkilendirmeye ilişkin olarak verilen tanımlardan da anlaşıldığı üzere, elektronik haberleşme hizmeti sunan bir işletmeci olabilmek için öncelikle Kurum tarafından²⁹ yapılmış bir yetkilendirmenin varlığı şarttır.

kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki, uyumsuzluğun çözümünde 4077 sayılı yasanın uygulanması söz konusu olmayacaktır." (YHGK., 11.10.2000 t., E. 2000/19-1255, K. 2000/1249 (Kazancı İçtihat Bankası)).

²⁷ "Somut uyumsuzlukta davalının davacının işyeri aboneliği olduğu, eş söyleyişle kullanılan telefonun ticari ve mesleki amaçlarla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, taraflar arasındaki ilişkinin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kalmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle ve dava olunan miktara göre davaya bakmaya asliye hukuk mahkemesi görevli olup, görevsizlik kararı verilmesi veya mahkemeye, genel mahkeme yetkisi yanında, tüketici mahkemesi görevi ek olarak verilmiş ise, oluşturulacak ara kararından sonra davaya genel mahkeme sıfatıyla bakılması gerekirken tüketici mahkemesi sıfatıyla davaya bakılması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." (Y. 13. HD., 24.1.2007 t., E. 2006/13720, K. 2007/577 (Kazancı İçtihat Bankası)).

²⁸ EHSTHY. m. 4/f. 1, b. (d) ve EHSYY. m. 4/n'de de işletmeci tanımının aynı şekilde yapıldığı görülmektedir.

Elektronik Haberleşme Kanunu yürürlüğe girmeden önce³⁰ yetkilendirme, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na³¹ göre; görev sözleşmesi³², imtiyaz sözleşmesi³³, telekomünikasyon ruhsatı³⁴ veya genel izin³⁵ yollarından biriyle yapılmaktaydı³⁶.

²⁹ EHK. m. 9/f. 6'ya göre, "Kullanım hakkı sayısı, **ancak** kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen sınırlandırılabilir. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması halinde;

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

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

Görüldüğü gibi Ulaştırma Bakanlığı maddenin a bendinin son cümlesinde belirtilen hallerde ihaleyi dilerse bizzat yapacak dilerse de Kuruma yaptırabilecektir. Yine maddenin ilk cümlesinden kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması tabiriyle, belli bir elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna ilişkin olarak kullanım hakkı usulüyle yetkilendirme verilecek işletmeci sayısının sınırlandırılmasının kastedildiği anlaşılmaktadır. Yani bir bakıma belli bir alanda hizmet verecek işletmeci sayısı kısıtlanmaktadır. Maddeden çıkan bir diğer sonuç da şudur ki kullanım hakkı, sadece kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesini gerekli kıldığı durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla sınırlandırılabilir. Yani böyle bir sınırlandırmanın gerekmediği elektronik haberleşme hizmetleri için kullanım hakkı verilmesi- elbette diğer şartların sağlanması koşuluyla- zorunludur.

³⁰ 5809 sayılı Kanun, 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Ancak burada şu hususun da altını çizelim: "Yürürlük" kenar başlıklı EHK. m. 68'e göre Kanun'un "...İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer alan yetkilendirme ile ilgili hükümler Kanunun yayımından altı ay sonra, diğer hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer." Yani yetkilendirmeye ilişkin olarak EHK. m. 8-12 arasında yer alan ve burada zikrettiğimiz hükümler 10.05.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

³¹ 406 sayılı Kanun halen yürürlükte olmakla birlikte birçok maddesi Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte kaldırılmıştır. Bununla birlikte Elektronik Haberleşme Kanunu Geçici Madde 1'in ilk cümlesinin, "Bu Kanunda öngörülen düzenlemelerin yürürlüğe gireceği tarihe kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir." şeklindeki hükmü gereği diğer maddeler ancak Elektronik Haberleşme Kanunu'na aykırı olmadıkları takdirde uygulanabilecektir.

³² 406 sayılı Kanun m. 1/f. son'a göre görev sözleşmesi, "Türk Telekom ile Bakanlık arasında, katma değerli hizmetler dahil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Bakanlığın takdir edeceği bir süre için akdedilen" sözleşmedir. Bugün itibarıyla görev sözleşmesi usulüyle yetkilendirmeye sahip tek işletmeci Türksat A.Ş.'dir. Yetkilendirme usulüne göre işletmeci sayıları ve bu işletmecilere ilişkin ayrıntılı tablo için bkz. (Çevrimiçi) http://www.btk.gov.tr/elektronik_haberlesme_sektoru/yetkilendirme/isletmeciler/index.php, 01.07.2011.

³³ 406 sayılı Kanun m. 1/f. son'a göre imtiyaz sözleşmesi: "İşletmeci tarafından söz konusu imtiyaz sözleşmesinde belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık ve işletmeci arasında yapılan sözleşme"dir.

EHK. m. 9/f. 1:

“Yetkilendirme, bildirim veya kullanım hakkının verilmesi yoluyla yapılır.”

demek suretiyle yetkilendirme için iki tane usul öngörmüştür. Dolayısıyla artık 406 sayılı Kanun’daki usullerle yetkilendirme yapılamayacaktır³⁷. Madde şu şekilde devam etmektedir:

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

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

³⁴ 406 sayılı Kanun m. 1/f. son’da göre telekomünikasyon ruhsatı: “İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık tarafından verilen ruhsat”tır.

³⁵ 406 sayılı Kanun m. 1/f. son’a göre genel izin: “Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem”dir.

³⁶ Nitekim 406 sayılı Kanun m. 1/f. son’da işletmeci, “Türk Telekom da dahil olmak üzere, Bakanlık ile yapılan bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ve/veya Bakanlıktan alınan bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin uyarınca telekomünikasyon hizmetleri yürüten ve/veya telekomünikasyon altyapısı işleten bir sermaye şirketi” şeklinde tanımlanmaktaydı.

³⁷ Fakat işaret etmek gerekir ki, Elektronik Haberleşme Kanunu yürürlüğe girmeden önce imtiyaz veya görev sözleşmesi ile yetkilendirilen bazı işletmecilerin sözleşmeleri halen yürürlüktedir. Zira EHK. Geçici Madde 2, f. 2 gereği, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurumla imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler. 406 sayılı Kanununun 1 inci maddesinin son fıkrasında yer alan tanımlar ilgili olduğu sözleşmenin konusu itibarıyla bu fıkra uygulamasında geçerliliklerini sürdürürler.” An itibarıyla Turkcell, Avea, Vodafone ve Türk Telekom imtiyaz sözleşmesine dayanarak elektronik haberleşme hizmeti sunmaktadır. Türksat ise görev sözleşmesine göre hizmet vermektedir. Bu belirttiklerimiz haricinde imtiyaz veya görev sözleşmesi akdeden işletmeci bulunmamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. (Çevrimiçi)

http://www.btk.gov.tr/elektronik_haberlesme_sektoru/yetkilendirme/isletmeciler/index.php, 01.07.2011).

Hükümden de anlaşılacağı üzere elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için kaynak tahsisine ihtiyaç duyulmaması halinde bildirim usulü, kaynak tahsisine ihtiyaç duyulması halinde ise kullanım hakkı alınması aracılığıyla yetkilendirme yapılacaktır³⁸.

EHSYY. m. 7’de, yetkilendirme başvurusunun kabul edilebilmesi için işletmecilerde aranacak bazı şartlar öngörülmektedir. Maddenin (a), (b) ve (c) bentlerine göre yetkilendirme başvurusunda bulunacak şirketin sahip olması gereken özellikler şu şekilde sıralanabilir:

1. Türkiye Cumhuriyeti Kanunları’na göre kurulmuş bir anonim veya limited şirket statüsünde olmak (EHSYY. m. 7/f. 1, b. (a)),
2. *“Yetkilendirmeye tabi faaliyetleri veya yetkilendirme konusu hizmeti yerine getirirken gerekli ve/veya ilgili olan cihaz satış, kurulum, bakım-onarım ve danışmanlık gibi faaliyetler”* haricinde bir kurulma amacı gütmemek (EHSYY. m. 7/f. 1, b. (a)),
3. Şirketin tescil ve ilan olduğu Ticaret Sicil Gazetesi’ndeki ana sözleşmede, faaliyet alanı olarak, *“elektronik haberleşme hizmeti/telekomünikasyon hizmeti sunulması ve/veya şebekesi veya altyapısı kurulup işletilmesi ifadesi”* ya da *“yetkilendirilmenin talep edildiği elektronik haberleşme faaliyetine”* yer vermiş olmak (EHSYY. m. 7/f. 1, b. (b)),
4. *“Şirket hisselerinden en az yüzde beşine sahip ortaklar ve tüzel kişiliği idare ve temsile yetkili kişilerin”* maddenin (c) bendinde sayılan suçlardan³⁹ hüküm giymemiş olması (EHSYY. m. 7/f. 1, b. (c)).

³⁸ Bu hükümlerle büyük paralellik gösteren EHSYY. m. 8, 9 ve 10’dan da aynı sonuca varılması mümkündür.

³⁹ Maddenin (c) bendinde sayılan bu suçlar şunlardır: *“...mülga 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Birinci Babında ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Dördüncü Kısımında sayılan Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yazılı suçlardan hürriyeti bağlayıcı ceza ile hüküm giymiş olmaması ve bu kişilerin taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsa dahi, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesi, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı*

Şayet yetkilendirme talebi, kullanım hakkı sayısının sınırlandırıldığı bir alana ilişkin ise, yalnızca anonim şirket statüsündeki işletmecilerin başvuruları değerlendirmeye alınacaktır⁴⁰. “Sadece yetkilendirme kapsamındaki faaliyeti yürütmek üzere kurulmuş (ya da ilgili ihale şartnamesinde belirtilen süre içerisinde kurulacak) olma” koşulu bu tür başvurular için de aranır. Bu alandaki yetkilendirme talepleri için bu koşullara ek olarak ayrıca; anonim şirket hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması ve ilgili mevzuat ve/veya ihale şartnamesinde öngörülen şartların sağlanması da istenmektedir (EHSYY. m. 7/f. 2, b. (b) ve (c)).

Sözünü ettiğimiz bu koşulları sağlayan şirket, bildirim usulüyle görülecek yani kaynak tahsisi gerekmeyen bir hizmete ilişkin olarak başvuruda bulunmuşsa, bu başvurunun Kurum evrak kayıtlarına girdiği tarihte yetkilendirilmiş sayılır ve ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir (EHSYY. m. 8/f. 2). Bildirimle birlikte kullanım hakkının da istenmesi durumunda ise kullanım hakkı ücretinin ilgili hesaba yatırıldığını gösteren belgenin Kuruma verilmesini takiben, başvuruyu izleyen otuz gün içerisinde Kurum tarafından yetki belgesi düzenlenir ve işletmeci bu tarihten itibaren ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir (EHSYY. m. 13/f. 1).

Son olarak ekleyelim ki, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği⁴¹,’nde yetkilendirmenin feshi veya iptali durumunda abonelerin mağduriyetini önlemek amacıyla, “*İşletmecilerin hak ve yükümlülükleri*” kenar başlıklı m. 19/f. 1, b. (l) hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre

Bankacılık Kanunu ile 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine muhalefet, yahut basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, hileli iflas ve konkordato, kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım-satımlara fesat karıştırma, kara para aklama, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs ya da iştirak suçları”.

⁴⁰ EHSYY. m. 7/f. 2’de bu husus, aynı maddenin (a) bendinde yer alan şartların (yani yukarıda sıraladığımız ilk iki şartın), kullanım hakkına ilişkin bir sınırlandırmanın olduğu yetkilendirme başvurularında aranmayacağı şeklinde ifade edilmektedir. Bununla birlikte fıkra ikinin devamında sınırlandırmanın olduğu durumlarda istenecek ek şartlardan bir tanesi de, “*Geçici 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü saklı kalmak üzere, başvuru sahibi şirketin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yalnızca yetkilendirme kapsamındaki faaliyetleri yürütmek üzere anonim şirket statüsünde kurulmuş ya da ilgili ihale şartnamesinde belirtilen süre içerisinde kurulacak olması*”dır. Bu sebeple (a) bendinde yer alan ve saymış olduğumuz ikinci şart olan “*yetkilendirmeye tabi faaliyetler haricinde bir kurulma amacının olmaması*”, kullanım hakkının sınırlandırıldığı alana ilişkin taleplerde de istenen bir koşuldur. Diğer bir ifadeyle bu düzenleme özellikle limited şirketlerin bu tarz bir kullanım hakkı almasını engellemeye yöneliktir.

⁴¹ RG. 28.05.2009, S: 27241.

yetkilendirmenin iptal edilebilmesi için işletmecinin hiçbir aboneye sahip olmadığını veya aboneleriyle ilişkisini kestiğini bildirerek Kuruma yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir. Yetkilendirme ancak Kurumun bu yazılı talebi uygun görmesi halinde iptal edilebilir. Şayet yetkilendirmenin iptali işletmecinin talebi sonucu değil de Kurumun tespit ettiği bir mevzuat ihlalden kaynaklanırsa, işletmeci Kurumun abone mağduriyetini önlemek üzere aldığı önlemlere uymak zorunda kalacaktır (EHSYY. m. 19/f. 1, b. (1) son cümle). Örneğin EHSYY. m. 7/f. 4'e göre işletmeci olabilmek için aranan şartlar yetkilendirme süresi boyunca muhafaza edilmelidir. Bu şartlardan birinin kaybedilmesi ve Kurum tarafından verilen süre içerisinde de eksikliğin giderilmemesi halinde yetkilendirme iptal edilecektir. İşte böyle bir iptal sürecinde Kurum abonelerin menfaatlerinin zarar görmemesi maksadıyla gerekli tedbirleri alacak ve işletmeci de bu önlemlere uymak zorunda kalacaktır. Söz gelimi işletmeci aboneleriyle ilişkisini kesmeden mevzuat ihlalden kaynaklanan bir sebeple yetkilendirmenin iptali gibi bir durum gündeme gelebilir. Bu durumda Kurum bir süre daha hizmetin işletmeci tarafından görülmesinin devam edilmesine karar verebileceği gibi, işletmecinin iflas etmesi gibi bir durumda, kayyım atanmasını sağlayarak da hizmeti gördürebilmelidir.

b. İşletmecinin Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Borçlar Hukuku alanında sözleşme serbestisi prensibi hâkimdir. Sözleşme serbestisi hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak kaydıyla tarafların irade beyanlarıyla diledikleri hukukî sonucu gerçekleştirebilmelerini ifade eder⁴². Buna göre sözleşme serbestisi; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisini de kapsamaktadır⁴³. Sözleşme yapma

⁴² Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa ve Bağışlama**, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 9.

⁴³ M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 19-20 ve s. 19 dn. 82. Ayrıca bkz. Mehmet Murat İnceoğlu, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000, s. 391; Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 9-12; Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 363.

zorunluluğu ise sözleşme yapip yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisinin bir istisnasını teşkil eder. Bu zorunluluk özel hukuktan veya kamu hukukundan doğabilir.

Kamu hizmeti gören ve toplumun temel ihtiyaçlarını karşılayan kamu idareleri veya kurumları, bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yoluyla bu hizmetleri gören işletmeler, kendilerine sözleşme yapma zorunluluğu yükleyen açık bir kanun hükmü bulunmasa dahi, sözleşme yapmaktan kaçınmazlar. Öğretide bu hususun özelleştirme sonucu bu gibi hizmetleri yerine getiren ticaret şirketleri için de kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴. Bu sonuç, ancak özel hukuktan doğan sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde söz konusu olur⁴⁵.

Özel bir kanun hükmü bulunmayan durumlarda özel hukuk alanında sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî dayanağı konusunda bir görüş birliği mevcut değildir⁴⁶. Kanaatimizce sözleşme yapma zorunluluğunu MK. m. 2'deki dürüstlük kuralına dayandıran görüş daha isabetlidir⁴⁷. Buna göre dürüstlük kuralının sözleşme yapmayı zorunlu kıldığı durumlarda bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder⁴⁸. Bilhassa tekel durumundaki işletme ve kamuya açık yerlerin haklı bir sebep olmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, sözleşme yapma serbestisini kötüye kullanmış olacakları sonucuna götürür⁴⁹.

⁴⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu; Kocayusufpaşaoğlu v.d., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, C: 1**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 506.

⁴⁵ Karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 506.

⁴⁶ Bu görüşler için bkz. İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 401 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 146 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 507 vd. –Kısaca belirtmek gerekirse; bir görüşe göre sözleşme yapma zorunluluğu BK. m. 7/f. 3'e dayanır (Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 365 vd.). Diğer bir görüşe göre bu zorunluluk BK. m. 41/f. 2'den kaynaklanmaktadır (Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 11). Son bir görüşe göre ise bu gibi durumlarda sözleşme yapma zorunluluğuna yol açan dürüstlük kuralıdır (İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 403; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku: Cilt 1: Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 203; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 146).

⁴⁷ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 203; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 146.

⁴⁸ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 269.

⁴⁹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 268-269.

Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki, Evrensel Hizmet Kanunu⁵⁰ bazı elektronik haberleşme hizmetleri bakımından işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu sonucuna götürebilecek bir takım hükümler içermektedir. Evrensel Hizmet Kanunu'nun 4. maddesinin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

“İşletmeciler, bu Kanunda belirlenen evrensel hizmeti⁵¹ sağlamakla yükümlüdür. İmtiyaz ve görev sözleşmeleri ile ruhsat ve genel izinlerde her ne ad altında olursa olsun 3 üncü maddede belirtilen ilkelere aykırı düzenlemeler yapılamaz.”

Kanun'un 3. maddesinin (a) bendinde bu ilkelere biri,

“Evrensel hizmetten, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkes, bölge ve yaşadığı yer ayırımı gözetilmeksizin yararlanır.”

şeklinde belirlenmiştir. Her ne kadar Kanun bu ilkeye aykırılığı yalnızca yetkilendirme sözleşmelerinin içeriği bakımından yasaklar gözüke de, Kanun'un amacı çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme neticesinde, işletmecinin haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınamayacağı sonucuna varmak yanlış olmaz.

Diğer yandan özel bir kanun hükmü bulunmayan hizmetler⁵² bakımından da işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu olduğu sonucuna varmak mümkündür.

⁵⁰ Kanun no: 5369, Kabul tarihi: 16.06.2005, RG. 26.06.2005, S: 25856.

⁵¹ Evrensel Hizmet Kanunu m. 2'ye göre evrensel hizmet, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri” ifade etmektedir.

⁵² Evrensel Hizmet Kanunu m. 5/f. 1'e göre evrensel hizmet, “...a) Sabit telefon hizmetlerini, b) Ankesörlü telefon hizmetlerini, c) Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerini, d) Acil yardım çağruları hizmetlerini, e) internet hizmetlerini, f) Ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetlerini, g) Deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetlerini” kapsar. Dolayısıyla mobil telefon ve dijital yayın hizmetleri evrensel hizmet kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak bu hizmetler için de burada yapacağımız açıklamalar çerçevesinde işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kanun yine aynı maddenin 2. fıkrasında evrensel hizmetin kapsamının “...ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, üç yılı aşmamak üzere belirli aralıklarla, Kurumun ve işletmecilerin de görüşlerini alarak Bakanlıkça

Zira elektronik haberleşme hizmetleri kamu hukukuna dayanan yetkilendirme usulleriyle verilmektedir. Kanaatimizce işletmeciler bu hizmetleri kısıtlı kaynakları kullanarak sunduklarından, MK. m. 2 gereği haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmazlar. Bu düşünce tarzı Anayasa m. 22 ile koruma altına alınan haberleşme hürriyeti ilkesine paralel olarak haberleşmenin bu ilke çerçevesinde sağlanabilmesine de hizmet eder. Elektronik haberleşme hizmeti sunmakla yetkilendirilen bir işletmecinin sözleşme yapmaktan kaçınması halinde zarar gören taraf, mahkemeden aynen ifaya yönelik bir karar alarak kendisiyle sözleşme yapılması için dava açabileceği gibi, sözleşmenin yapılmaması sebebiyle zararının tazminini de talep edebilir⁵³.

Son kullanıcının tüketici olması durumunda sözleşme yapma zorunluluğunun bir başka kanunî dayanağı daha bulunmaktadır. Bu ihtimalde TKHK. m. 5/f. 2'nin, *"Hizmet sağlamada(n) da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz."* şeklindeki hükmü uygulama alanı bulur. Buna aykırılık halinde yukarıda belirttiğimiz aynen ifa veya tazminat talebine ek olarak, TKHK. m. 25'e göre idari para cezası da gündeme gelebilecektir.

TKHK. m. 5/f. 2'nin hemen devam eden fıkrasında, işletmeci bakımından bu sefer yapacağı sözleşmeyi içerik olarak sınırlayan bir hüküm düzenlenmiştir. TKHK. m. 5/f. 3'e göre:

"Aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa, satıcı bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz."

Bu düzenleme karşısında örneğin bir işletmeciye internet hizmetinin sağlanması amacıyla başvuran tüketiciden aynı zamanda sabit telefon sözleşmesi de akdetmesi

yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulunca" yeniden belirlenebileceğini hüküm altına almıştır. Kanaatimizce bu sayılanlardan çalışmamız kapsamında kabul edilebilecek olan (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alanlardan herhangi birinin evrensel hizmet kapsamı dışında bırakılması ihtimalinde bile işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu devam edecektir.

⁵³ Karş. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 269.

istenememelidir⁵⁴. Ancak ifade etmek gerekir ki, böyle bir sonuç ancak “*hizmetten yararlanmak isteyen ferdin gerekli koşulları haiz olması ve hizmetin görülmesinde*

⁵⁴ Benzer bir yasaklama da “*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*” kenar başlıklı RKHK. m. 6/f. 2, b. (c)’de öngörülmüştür. RKHK. m. 6’ya göre, “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*”. Maddenin devamında örnekleyici olarak sayılan kötüye kullanma hallerinden biri de (c) bendindeki “*Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınması...*” şeklinde kaleme alınan durumdur. Burada Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki düzenleme ile paralel bir durum söz konusudur. -Belirtelim ki burada işletmecinin aykırı davranışının yaptırımını da düzenlenmiştir. RKHK. m. 57 gereği, hâkim durumu kötüye kullanan, “*bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.*” Zararın tazmini ise RKHK. m. 58’e göre yapılacaktır. Maddenin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.*” Şayet işletmeciler aralarında anlaşmak suretiyle böyle bir duruma sebebiyet vermişlerse RKHK. m. 4/f. 1, b. (f)’de rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara örnek olarak gösterilen ve “*Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması...*” şeklinde ifade edilen durum ortaya çıkar ve RKHK. m. 56 gereği bu anlaşma ve kararlar geçersiz addedilir. Ek olarak RKHK. m. 58/f. 2’deki yaptırım da uygulanır. -Türk Telekom’un ADSL hizmetini sabit hat alınmasına bağlı kılması üzerine Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu 18.02.2009 t. ve 09-07/127-38 sayılı kararda şu ifadelerle yer verilmiştir: “*Türk Telekom’un 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinin (c) bendindeki “bir mal veya hizmetin satın alınmasının diğer mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlanması” uygulaması ve (d) bendindeki “Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan” uygulamalar içinde olduğu düşünülmektedir. Bu doğrultuda yukarıda detaylı olarak yer verildiği üzere, Türk Telekom’un geniş bant internet hizmetleri pazarında sahip olduğu hakim konumunu kullanarak, ses iletişimi pazarındaki gücünü korumaya çalıştığı, bunun sonucunda tüketici tercihleri ve faydasının negatif etkilenmesi yanında, mevcut İSS’ler (internet servis sağlayıcıları) ve GSM operatörlerinin de perakende pazardaki faaliyetlerinin olumsuz etkilenebileceği kanaatine varılmaktadır. -Türk Telekom’un tüketicilerden gelen taleplere rağmen devam eden rekabeti bozucu uygulamanın düzeltilmesine ilişkin bir adım atmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’ndan istenen görüş yazısına cevaben, halihazırda Türk Telekom tarafından kendilerine çıplak ADSL hizmeti sunulmasına ilişkin herhangi bir başvurunun bulunmadığı ifade edilmektedir. - Bu doğrultuda şikayete konu uygulamadan dolayı Türk Telekom hakkında soruşturma açılmasının uygun olabileceği kanaatine ulaşılmıştır. - Öte yandan, söz konusu ADSL hizmeti ile sabit telefon hizmetlerinin birlikte satılması uygulaması yeni bir uygulama olmayıp ADSL hizmetinin ilk sunulmaya başladığı yıl olan 2003’den bu yana devam etmektedir. Ancak, kullanıcılardan gelen çıplak ADSL talebi ilgili piyasada henüz yeni sayılabilecek bir durumdur. Türk Telekom’un yeni bir iş modeli ortaya koyarak bu talebe cevap vermesinin belli bir zaman alması olasıdır. Bu nedenle, söz konusu uygulamanın değiştirilmesi amacıyla Kanun’un 9(3). maddesi uyarınca Türk Telekom’a, ihlale ne şekilde son vereceğini açılacak bir yazı gönderilerek, önaraştırma sonucu tespit edilen rekabete aykırı durumun ortadan kaldırılmasının istenmesi yerinde görülmüştür”. Rekabet Kurulu kararında soruşturmaya gerek görmeyerek, RKHK. m. 9/f. 3’ün kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmış, “*yalın ADSL uygulamasının başlatılması ve bu suretle şikayet konusu uygulamaya son verilmesini teminen üç ay içerisinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na gerekli başvurunun yapılarak Rekabet Kurumu’na tevsik edilmesi hususlarında Türk**

yasal ve teknik olanakların bulunması” şartıyla⁵⁵ kabul edilebilir. Hükümün, “*Aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa*” şeklindeki ifadesi de bu şekilde düşünmeye cevaz verir gözükmektedir. Kaldı ki, teknik imkânların böyle bir talebi mümkün kılmaması durumunda sözleşme tek bir hizmete yönelik olarak kurulsu dahi konusu objektif olarak imkânsız olacağından kesin hükümsüz addedilecektir.

Yine maddeye göre örneğin bir mobil telefon veya internet hizmetine ilişkin olarak tüketici belli bir süre boyunca devam edecek tarzda bir sözleşme yapmaya zorlanamayacaktır⁵⁶. Tüketici aynı şekilde asgarî bir kullanım miktarı (söz gelimi en az 1000 dakika görüşme yapılması veya 10 GB veri transferi gibi) içeren bir şartla da bağlanamaz.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta TKHK. m. 5/f. 3’te yasaklanan hususun, hizmetin görülmesinin belli “koşullara” bağlanması olduğudur. Bu sebeple tüketiciye seçenekli olarak standart bir tarife sunulmasının yanında, asgarî veya azamî kullanım miktarı öngören (genellikle kampanyalarla cazip hale getirilen) tarifeler de sunulmuşsa, tüketicinin kullanım sınırları getiren bu tarifelerden birini tercih etmesi artık TKHK. m. 5/f. 3’e aykırılık teşkil etmeyecektir. Diğer bir ifadeyle işletmeci tüketiciye bu hizmetleri ayrı ayrı sunmak gibi bir alternatif tanıdığı müddetçe maddede belirtilen yasağın ihlal edilmesi söz konusu değildir. Bu sonuç yalnızca miktar ve süreye ilişkin koşullarda değil, yukarıda sözünü ettiğimiz bir hizmetin sunumu için başka bir hizmetin alınmasının şart koşulduğu durumlar için de geçerlidir⁵⁷.

Son olarak belirtelim ki, TKHK. m. 5/f. 3’teki düzenleme dışında elektronik haberleşme ile ilgili sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu çoğu durumda

Telekomünikasyon A.Ş. 'ye” süre verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. -Günümüzde yalnız ADSL. hizmeti, yaygın olmamakla birlikte, uygulanmaya başlamıştır.

⁵⁵ Bkz. YHGK., 13.05.1977 t., E. 1976/4-1976, K. 1977/480 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁶ TKHK. m. 5/f. 3’ün eski halinde “...*kendisi tarafından belirlenen (...) süresi kadar satın alınması (...) koşuluna bağlı kılamaz*” demek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmekteydi. 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda “*süre*” ifadesi kaldırılmıştır. Yeni metinde süre kısıtlamalarından açıkça bahsedilmese de benzer durum söz konusu olduğundan bu uygulamaların da eskiden olduğu gibi engellenmesi gerekir (Zevkliler, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 153). Gerçekten de kanunda yer alan “...*gibi koşullarla*” tabiri buna cevaz verir gözükmektedir.

⁵⁷ Karş. İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 423 dn. 95.

sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü de aslında fiilen kısıtlanmaktadır⁵⁸. Zira elektronik haberleşme alanında hizmet sunan işletmeci hazırladığı sözleşmeleri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na onaylatmakla yükümlüdür. Hatta Kurum bu sözleşmelerin bazı hükümlerini sözleşme kurulduktan sonra dahi değiştirebilmektedir⁵⁹. Bu çerçevede elektronik haberleşme alanında sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bazı ölçütlere bağlandığı söylenebilir⁶⁰.

C. Unsurları

1. Elektronik Haberleşme Hizmetinin Sağlanması

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinin temel unsurlarından ilki, elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasıdır. Elektronik haberleşme EHK. m. 3/h'de, *“Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla”* iletilmesi, gönderilmesi ve alınması olarak ifade edilmektedir. Yine aynı maddenin (j) bendinde *“Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulması”* elektronik haberleşme hizmeti olarak adlandırılmaktadır. Buna göre bir sabit telefon ve mobil telefon yoluyla haberleşme hizmetinde arama yapabilme ve arama kabul edebilme; kablolu veya dijital yayın hizmeti sözleşmelerinde taahhüt edilen kanalları izleyebilme; kablolu veya ADSL. internet hizmeti sözleşmelerinde ise vaad edilen dönemlerde internete erişebilme imkânının sağlanması işletmecinin iş görme borcunun konusunu oluşturacaktır. Ancak şunu da belirtelim ki, bu temel haberleşme hizmetlerinin içeriği son kullanıcının tercihlerine göre değişiklik gösterebilmekte ve yukarıda sayılan hizmetlerin biri veya birkaçı yahut tamamı sözleşme ile borçlanılabilmektedir. Örneğin, sabit telefon aboneliğinde hattın

⁵⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2010, s. 271.

⁵⁹ Ancak Kurumun yapacağı değişikliklerin tarafların iradesi yerine geçerek taraflar arasında yürürlüğe giren sözleşmenin içeriğine kendiliğinden dâhil olması söz konusu olmaz. Konu hakkında ayrıca bkz. aşağıda *“İdari Ön Denetim ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Sözleşme Üzerindeki Etkisi”* başlığı.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda *“Genel İşlem Koşulları İçeren Bir Sözleşme Olması ve Sonuçları”* ile *“Tarifeler”* başlığı.

milletlerarası görüşmelere veya 900'lü hatlara açılması; mobil telefon aboneliğinde görüntülü arama, görüntülü mesajlaşma, mobil internet, mobil e-posta veya kısa mesaj hizmeti; dijital yayın aboneliklerinde münferit sinema filminin gösterimi işletmecinin ifayla yükümlü olduğu bir edim haline gelebilir. İşletmeci, aboneyi bu hizmetlerden faydalandırmak için abonenin elektronik haberleşme şebekesine⁶¹ girmesine imkân sağlamaktadır.

Bunların yanında rehber hizmeti⁶², numarayı gösterme/saklama (CLIP/CLIR), müşteri hizmetleri⁶³ gibi temel haberleşme hizmetinin dışında yer alan bazı yan hizmetler de verilmektedir. Ancak bütün bu saydıklarımız temel haberleşme hizmetine bağlıdır ve temel haberleşme hizmeti sağlanmaksızın ifa edilemeyeceklerdir.

2. Ücret

Ücret, müşterinin elektronik haberleşme hizmetinden yararlanması karşılığında ödediği paradır. Abonelik şeklinde kurulmayan sözleşmelerde son kullanıcı her kullanımı için ayrı ücretlendirilir. Bu ücretlendirme, hizmetin sunumundan önce veya sonra yapılabilir. Örneğin bir ankesörlü telefonda telefon kartıyla yapılan görüşmenin ücreti hizmetin sunumundan önce ödenirken, call by call servisinde önce haberleşme hizmeti verilmekte daha sonra ücret ödenmektedir. Abonelik şeklinde kurulan sözleşmelerde ise abonenin ücret borcunu ifa etmesi uygulamada iki farklı usulde gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki ön ödemeli sistem diye adlandırılan ve abonenin borcunu hizmetin sunumundan önce peşin olarak ifa ettiği yöntemdir. Ön ödemeli sistemde hattın belli bir geçerlilik süresi bulunur ve bu geçerlilik süresinin korunması için hat'ta düzenli olarak para yüklenmesi gerekir. Aksi takdirde hat

⁶¹ EHK. m. 3/k'de elektronik haberleşme şebekesi, "Bir veya daha fazla nokta arasında elektronik haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağı" olarak tanımlanmaktadır.

⁶² EHSYY. m. 4/v'ye göre rehber hizmeti, "Abonelerine numara tahsis eden işletmecilerin rehberde yer almayı kabul eden abonelerine ilişkin Kurum tarafından belirlenen bilgilerinin basılı, elektronik veya teknolojik açıdan mümkün olan diğer yöntemlerle yayımlaması ile telefon dahil tüm yöntemlerle sunulan sorgulama hizmeti"dir.

⁶³ ESHKY. m. 3/l'de müşteri hizmetleri, "İşletmecinin sunmuş olduğu hizmetlere ilişkin olarak bilgilendirme ve yönlendirme konularında kullanıcılara yardımcı olan çağrı merkezi hizmetleri" şeklinde tanımlanmaktadır.

tamamen kapatılarak sözleşme sona erdirilir. Bu sona erdirme süreci de iki aşamada gerçekleşir. Hat'ta son yükleme yapıldıktan sonra belli bir süre (genellikle 180 gün) hat hem arama yapmaya hem de arama kabul etmeye açıktır. Bu belirlenen sürede hat'ta yükleme yapılmaması durumunda hat öncelikle arama yapmaya kapatılır; yani yalnızca çağrı almak mümkün olur. Bu aşama da belli bir süre (genellikle 90 gün)⁶⁴ yükleme yapılmaksızın geçirilirse hat tamamen kapatılır ve sözleşme feshedilir.

Bir diğer yöntem olan faturalı sistemde ise abonenin ödeyeceği ücret aynı şekilde belli olmak zorundadır. Ancak abonenin hizmetten ne miktarda yararlanacağı belli olmadığından, kullanıma göre değişecek olan ücret borcu belirli (genellikle aylık) dönemlerde hesaplanmaktadır. Bu hesap tarifelere göre tespit edilen belirli katsayıların (lira veya kuruş) kullanım süresiyle (genellikle bir aylık sürede gerçekleşen kullanım esas alınarak) çarpılması yoluyla yapılır. Başlangıçta alınan ön ödemenin yanında her ay ücretlendirme yapılarak karma bir sistem oluşturulmasına da bir engel yoktur. Abonenin elektronik haberleşme hizmetinden kaynaklanan ücret borcu çeşitli kalemleri içerebilir. Yine bu kalemlerin ücretlendirilmesi de kullanıma ve seçilen tarifeye göre değişecektir⁶⁵.

3. Elektronik Haberleşme Şebekesine Girişi Sağlayan Hattın Tahsis

Elektronik haberleşme hizmetinin ifası, son kullanıcılara tahsis edilen hat üzerinden yapılmaktadır. Elektronik haberleşme şebekesinin bir unsurunu oluşturan bu hat'ta, sabit telefon ve mobil telefon hizmetlerinde bir numara atanmakta ve böylece elektronik haberleşme ağına erişim imkânı sağlanmaktadır. Sabit telefon aracılığıyla verilen hizmetlerde ağa giriş için mutlaka somut bir hat gereklidir. Bu hat terminal cihazından (telefon, bilgisayar, faks vb.) telefon santraline kadar bir kablo tesisini zorunlu kılar. Öte yandan mobil telefon, kablosuz internet ve dijital yayıncılık hizmetlerinde bu şekilde kablolu somut bir hat bulunmamaktadır. Ancak bu hizmetlerin ifası için işletmeci, son kullanıcıya gerekli teknik aracın kullanımını

⁶⁴ Pasif abonelik dönemi olarak adlandırılan bu süre 29.09.2010 t. ve 2010/DK-10/565 K. sayılı BTK. kararı gereğince 3 aydan daha kısa olarak belirlenemez. Karar için bkz. (Çevrimiçi) http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2010%20DK-10-565.pdf, 01.07.2011.

⁶⁵ Bu konuda bkz. aşağıda "Tarifeler" başlığı.

devretmekle yükümlüdür. Mobil telefon hizmetlerinde bu araç SIM. karttır. Son kullanıcıya ait telefon numaralarına bağlı olarak çalışan ve kullanılan numaranın GSM. şebekesi tarafından tanınıp, son kullanıcıya işletmecinin şebekesine girme (örneğin ses veya verinin bu şebeke üzerinden aktarılması) olanağı sağlayan SIM. kartların mülkiyeti işletmeciye aittir. Son kullanıcılara ise sadece zilyetliği devredilmektedir. Dijital yayıncılıkta ise görüntü ve sesin televizyona aktarılması “dijital kutu” olarak adlandırılan aygıt aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Aynı şekilde bunların da mülkiyeti değil, sadece zilyetliği devredilir.

4. Tarafların Anlaşması

Tarafların elektronik haberleşme hizmetinin son kullanıcı tarafından ödenecek ücret karşılığında görülmesi konusunda anlaşmaları elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Haberleşme hizmetinin görülmesinin kendisi değil, bu hususta borç altına girilmesi sözleşmenin içeriğini teşkil eder. Hizmetin görülmesi ise sözleşmenin ifası aşamasını ilgilendirir ve sözleşmenin tamam olması için şart değildir. Bu sebeple elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi rızâ bir sözleşmedir.

II. Bölüm

Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Karakteristik Özellikleri

A. Hukukî Niteliği

1. Genel Olarak

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin aslî borcu son kullanıcının haberleşme hizmetinden yararlanmasını sağlamak şeklinde bir “iş görme” edimidir. İşletmecinin son kullanıcının maddî bir ihtiyacı olan temel haberleşme hizmetinin karşılanmasına yönelik olarak gerçekleştireceği davranışların tümü, iş görme edimini meydana getirecektir. Söz gelimi bir telefon işletmecisi müşterisine aralarındaki sözleşme çerçevesinde tipik olarak telefon ağına erişimi sağlamayı ve böylelikle giden ve gelen telefon bağlantıları kurmak yoluyla herhangi bir üçüncü kişi ile görüşme yapmasını sağlamayı borçlanır. Dolayısıyla telefon işletmecisinin aslî ediminin konusunu, telefon hizmetlerinden faydalandırmak amacıyla, elektronik haberleşme ağına erişimi sağlama oluşturmaktadır. Buna ek olarak internet, dijital platform ve mobil telefon ağlarında işletmeci veri aktarımı sağlamayı da borçlanır. Ayrıca telefon kullanıcılarına sadece yurtiçi mobil telefon ağlarına erişim değil ayrıca yurtdışı telefon ağlarına da erişim imkânı sağlanır ki, bu sonuncusu üçüncü kişi telefon işletmecisi tarafından da yürütülebilmektedir (uluslararası dolaşım⁶⁶). Bütün bu saydığımız durumlar işletmecinin olumlu davranışını gerektiren bir iş görme faaliyetidir. Aynı şekilde bir işin görülmesine hazır olmak dahi iş telâkki edildiğinden⁶⁷, işletmeci görüşme yapılmasa da her an ifaya hazır durumda bulunduğu sürece bir işin görüldüğü söylenebilecektir.

Öte yandan son kullanıcının borcu ise ücret olarak bir miktar paranın ödenmesinden ibarettir. Dolayısıyla sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından özel bir

⁶⁶ Bkz. aşağıda “Arabağlantı ve Dolaşım (Roaming) Sağlama Borcu” başlığı.

⁶⁷ Seza Reisoglu, **Hizmet Akdi, mahiyeti, unsurları, hükümleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 40.

önem arz etmemektedir. Ancak böylelikle elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin “karşılıklı borçlar içeren bir iş görme sözleşmesi” olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hizmet, istisna ve vekâlet sözleşmeleriyle yakınlık gösterir. Ayrıca elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin bazı yönleriyle kanunda düzenlenen adî kira sözleşmesine benzediği belirtilmektedir⁶⁸. Sonuç olarak elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin hukukî niteliğinin doğru olarak belirlenmesi kanunda düzenlenen bu sözleşmelerden farklarının ortaya konulmasını ve bunlardan birinin tüm unsurlarını içeren bir alt tür kabul edilebilip edilemeyeceğinin tespitini zorunlu kılar. Kuşkusuz ki bu konuda varılacak olan sonuçlar, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklara hangi hükümlerin ne ölçüde uygulanabileceğinin belirlenmesi bakımından da yol gösterici olacaktır.

2. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

a. Diğer İş Görme Sözleşmeleriyle Karşılaştırılması

İş görme sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran temel nokta bu sözleşmelerde taraflardan birinin aslî ediminin bir iş görme oluşudur⁶⁹. Bununla birlikte kanunda düzenlenen belirli tipteki iş görme sözleşmelerinde, iş görme unsuru haricinde bir takım ayırt edici unsurlara rastlamak da mümkündür. Örneğin hizmet sözleşmelerinin tümünde iş görme unsurunun yanında bir bağımlılık ilişkisi de mevcuttur.

⁶⁸ Seda Öktem Çevik, **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008, s. 40.

⁶⁹ Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009, s. 435; Göktürk Uyan, **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s. 35; Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 4.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, iş görmenin kapsamı hukukî işlem veya hukukî işlem benzeri ya da maddi fiilleri içine alacak kadar geniş olduğundan⁷⁰, iş görme sözleşmelerini birbirinden tefrik etmeye yarayan ayırt edici bir unsur belirlemek her zaman mümkün değildir⁷¹. Bilhassa tarafların sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilmeleri ve günümüzde hizmet sektöründe yaşanan gelişme ve çeşitlilik göz önünde tutulduğunda bu güçlük daha iyi anlaşılabilir.

Öğretide bu sözleşmeleri birbirinden ayırt edebilmek için, bünyelerinde barındırdıkları belirli unsurlar üzerinde özellikle durulmuş ve bazı ayırt edici ölçütler tespit edilmeye çalışılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki ortaya atılan bu ölçütlerin yanında, bazı durumlarda hâlin icabı ve somut ilişkideki taraf iradelerinden hareket edilmesinin daha isabetli olacağı ve sözleşmenin hukukî niteliğinin tâyin edilmesinde sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanmasının yerinde olacağının da göz önünde tutulması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁷².

Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet, istisna ve vekâlet sözleşmeleri birbirinden ayırt edilmesi en zor iş görme sözleşmeleri olarak zikredilmektedirler⁷³. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin hukukî niteliğinin de özellikle bu üç sözleşme kapsamında irdelenmesi gerekir.

(1). Hizmet Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

BK. m. 313/f. 1 hizmet sözleşmesini:

“Hizmet akdi, bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.”

⁷⁰ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989, s. 356; Uyan, **a.g.e.**, s. 36.

⁷¹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 435.

⁷² Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 40.

⁷³ Uyan, **a.g.e.**, s. 38.

şeklinde tanımlamaktadır⁷⁴. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin ilk bakışta bu tanımın kapsamına dâhil olduğu söylenebilir. Zira elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde hizmet sözleşmesinde olduğu gibi ücret karşılığı belli veya belli olmayan süre boyunca bir işin görülmesi söz konusudur. Görülen işin haberleşme hizmeti olması bu hususta herhangi bir önem arz etmez. Uygulamada bu sözleşmenin çoğunlukla “telefon aboneliği sözleşmesi”, “bireysel/kurumsal mobil telefon abonelik sözleşmesi”, “ADSL. abonelik sözleşmesi” vb. isimler altında kurulması da hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için tek başına engel teşkil etmeyecektir⁷⁵. Aynı şekilde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde ücret borcunun zamana (örneğin kotasız internet tarife paketleri) veya yapılan işin miktarına göre (telefon aboneliklerindeki standart tarifeler) değişebildiği göz önünde tutulduğunda ücret borcu bakımından da sözleşmeler arasında farklı bir yön bulunmadığı görülür. Şu halde açıktır ki iş görme ediminin niteliği ve ücret borcu bakımından iki sözleşme örtüşmektedir.

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran özellik ise işletmecinin edimini yerine getirirken iş sahibinden (son kullanıcıdan) bağımsız olmasıdır. Diğer bir ifadeyle işletmeci, işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatıyla bağlı değildir. Her ne kadar yürürlükteki Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesine ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz tanımında işçi-işveren arasındaki bağımlılık unsuru yer almasa da, öğreti⁷⁶ ve uygulamada⁷⁷ hizmet sözleşmesinin mevcudiyetinden söz edebilmek için işçi-işveren arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığı da aranmaktadır. Hatta bu bağımlılık ilişkisi hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel ölçüt olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Hizmet sözleşmesindeki bu

⁷⁴ Ayrıca bkz. TBK. m. 393/f. 1.

⁷⁵ Nitekim BK. m. 18/f. 1’e göre, “Bir akdin şekil ve şartlarını tâyinde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakikî ve müşterek maksatlarını gizlemek için kullandıkları tâbirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakikî ve müşterek maksatlarını aramak lâzımdır.” (Ayrıca bkz. TBK. m. 19/f. 1).

⁷⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 36. Reisoğlu’na göre, “hizmet akdi öyle bir akittir ki, işçi bir ivaz mukabilinde muayyen veya gayri muayyen bir zaman için iş gücünü işverenin emrine tahsis ve onun direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüt eder.”

⁷⁷ Y. 10. HD., 20.3.1990 t., E. 1990/2547, K. 1990/2749 (Hukuk Türk-İnternet); Y. 9. HD., 8.11.1984 t., E. 1984/8455, K. 1984/9548 (Hukuk Türk-İnternet).

⁷⁸ Pierre Engel, **Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que**

bağımlılık ilişkisi, işçinin işini işverenin talimatına uygun biçimde görmesi ve emeğini onun emrine tahsis etmesi anlamına gelen hukukî bir bağımlılığı ifade eder⁷⁹. Hâlbuki haberleşme hizmetinin görülmesi uzmanlığa dayalı yürütüldüğünden, konusunda uzman olan işletmecinin son kullanıcıdan hizmetin ne şekilde görüleceği hakkında talimat alması söz konusu olamaz⁸⁰.

İşletmecinin bağımsızlığı noktasında belirtilmesi gereken bir diğer husus, elektronik haberleşme hizmetinin iş sahibinin (son kullanıcının) işletmesinde görülmesi gibi bir imkânın bulunmamasıdır. Hizmetin işletmecinin alt yapısı kullanılarak görülmesi zarurîdir. Bu durum işletmeciye mekânsal bir bağımsızlık kazandırmasının yanında onun işin görülme biçimi konusundaki bağımsızlığını da pekiştirir. Oysa çoğu hizmet sözleşmesinde işçi iş sahibinin organizasyonuna katılmaktadır. Son kullanıcının hizmetlerin içeriğine yönelik bir “tercih”te bulunabilmesi de işletmecinin bağımsızlığına hâlel getirmez. Zira burada işin nasıl görüleceğine değil, hangi işlerin görüleceğine ilişkin bir “tercih” söz konusudur. Sonuç olarak elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin işin görülmesi noktasında son kullanıcıdan bağımsız olması onu hizmet sözleşmesinden ayırır.

(2). İstisna (Eser) Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesiyle istisna sözleşmesi özellikle işin görülme biçimi açısından benzer yönlerde sahiptir. Zira istisna sözleşmesinde iş görme edimi borçlusu olan müteahhit, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesindeki işletmeci gibi iş sahibinin emir ve talimatlarından bağımsız bir şekilde işi yürütecektir.

quelques contrats innommés, Berne, Editions Stämpfli+Cie SA, 1992, s. 272; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 35 vd; Yavuz, **a.g.e.**, s. 438; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, Turhankitabevi, 2010, s. 332. -TBK. m. 393/f. 1’de hizmet sözleşmesine ilişkin olarak verilen tanım işçi-işveren arasındaki bağımlılık ilişkisini de yansıtmaya sebebiyle daha isabetlidir. Maddeye göre hizmet sözleşmesi, “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

⁷⁹ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 309; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 38; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 332.

⁸⁰ Hatta işletmeci abonelik şeklinde kurulan sözleşmelerdeki hükmün tanıdığı yetki çerçevesinde, teknolojiye ilerlemenin gerekli kılması durumunda işin görülmesi usulünü son kullanıcının onayını almaksızın dahi değiştirebilir.

BK. m. 355'te istisna sözleşmesi:

“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”

şeklinde tanımlanmaktadır⁸¹. Hükümden de anlaşılacağı üzere istisna sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için tarafların bir ücret karşılığında bir eser meydana getirme konusunda anlaşmış olmaları gerekmektedir.

Öğretide istisna sözleşmesinde müteahhidin gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği bu eserin maddî bir varlığa sahip olmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır⁸². İstisna sözleşmesindeki eser kavramını maddî varlıklara hasreden görüşün kabul edilmesi halinde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini istisna sözleşmesi saymak mümkün olmaz. Öte yandan maddî olmayan edimleri dahi istisna sözleşmesine konu olabilecek bir eser olarak sayan görüşe katılırsa elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin istisna sözleşmesi sayılıp sayılamayacağına açıklığa kavuşturulması gerekir.

Kanaatimizce maddî olmayan sonuç taahhüdünün istisna sözleşmesine konu olabileceği kabul edilse bile, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi istisna sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü istisna sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden özellik bu sözleşmede belli bir yönde iş görme faaliyetinde bulunmanın değil, önceden belirtilmiş olan edim sonucunun borçlanılmış

⁸¹ Ayrıca bkz. TBK. m. 470.

⁸² Maddî bir varlığa sahip olması gerektiği görüşünde: Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 2, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 7; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 353. Maddî olmayan sonuç taahhütlerinin de istisna sözleşmesine konu olabileceği görüşünde: Engel, **a.g.e.**, s. 402, 403; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 3 dn. 13'te zikredilen yazarlar. Ayrıca bkz. YHGK. 18.11.2009 t., E. 2009/15-459, K. 2009/541 (YKD., C:36, S:12, Aralık 2010, s. 2205 vd.). Maddî olmayan sonucun ancak belli sınırlamalara tâbi olmak suretiyle istisna sözleşmesine konu olabileceği görüşünde: Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 21 vd.; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 7, 8; Yavuz, **a.g.e.**, s. 494, 495. Bu sınırlamalar özetle şunlardır; maddi olmayan sonucun içerik bakımından sonuç taahhüdüne elverişli olması ve sonucun belli ölçüde de olsa fiziksel olarak biçimlenmesinin mümkün olması.

olmasıdır⁸³. Bu sonucun ortaya çıkmaması müteahhidin borcunu ifa etmediği anlamına gelir. Sonucun elde edilmesi için zaman içinde yürütülen faaliyetler ise borcun ifası değil, ifa hazırlığı niteliğindedir⁸⁴. Bu sebeple eserin oluşturulması belli bir süre çalışmayı gerektirse de, istisna sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi değil, ani edimli bir borç ilişkisidir⁸⁵. Hâlbuki elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin aslî borcu belli bir sonucun elde edilmesi ve bunun son kullanıcıya teslimi değil, hizmetin belli bir süre boyunca sağlanmasıdır. Dolayısıyla elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi taraflar arasında her zaman sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Bu yüzden söz gelimi bir telefon görüşmesinin yarıda kesildiği veya sözleşme süresi henüz sona ermeden işletmecinin –yetkilendirmenin iptali gibi bir sebeple- hizmetin sağlanmasına devam edemediği durumlarda kısmî ifa söz konusu olur ve işletmeci bu oranda ücrete hak kazanır. Oysa istisna sözleşmesinde müteahhidin eseri yarıda bırakması kısmî ifa değil, hiç ifa etmeme oluşturur ve kural olarak müteahhit ücretin bir kısmını dahi talep edemez⁸⁶. Aynı şekilde istisna sözleşmesinin ani edimli borç ilişkilerine uygun olan hükümleri, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine olduğu gibi uygulanamaz.

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin istisna sözleşmesi olup olmadığı belirlenirken, tarafların sözleşmeyi yaparken amaçlarının belli bir süre boyunca haberleşme hizmetinin görülmesi mi yoksa bu süre herhangi bir önem arz etmeksizin belli bir sonucun elde edilip işin görülmesine son verilmesinin mi amaçlandığına da bakılabilecektir. İşaret etmek gerekir ki uygulamaya bakıldığında, iş görme süresinin önem taşımadığı elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine rastlanmaz. Kotalı tarife paketlerinde dahi bu kota dolduktan sonra hizmetin sunumuna farklı ücretlendirme üzerinden devam edilir. Kaldı ki kota doldurulduktan sonra hizmetin sunumuna son verilseydi bile, kotanın tamamının bir defada kullanılması gibi bir zorunluluk olmadığından, kota doldurulmadığı müddetçe hizmet sunumuna devam

⁸³ Turgut Öz, **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1997, s. 44; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 36, 39, 40.

⁸⁴ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 9; Öz, **Yönetim**, s. 44; Seliçi, **a.g.e.**, s. 26.

⁸⁵ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 12 vd.

⁸⁶ Öz, **Yönetim**, s. 44 dn. 116.

edilmesi gerekir. Bu müddet boyunca işin görülmesi ise niteliği itibarıyla ifaya hazırlık değil ifa kabul edileceğinden, yine süre unsuru önemini muhafaza edecektir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin sonuç taahhüt etmeye elverişli olmadığıdır. Örneğin bir telefon hizmeti sözleşmesine iş görme karakterini veren, işletmecinin sözleşme süresi boyunca bağlantının açılması ile sözleşmeyle belirlenen telefon ağına erişimi sağlamayı borçlanmasıdır. İş görmeye ilişkin bir diğer unsur ise bu ağa erişimin sağlanması aracılığıyla herhangi bir mobil telefon yahut sabit telefon kullanıcısı ile giden telefon bağlantısı kurulmasının borçlanmasıdır. Telefon ağının sınırlı teknik kapasitesi ve telefon görüşmelerinde karşılaşılabilecek engeller -söz gelimi kapsama alanından çıkmayarak- güven ilkesi gereği son kullanıcının, işletmecinin sözleşme kurmaya yönelik beyanında, telefon hattına başarıyla erişim ve giden telefon bağlantısı kurma sonucunu taahhüt ettiğini kabul etmesine olanak yoktur. Nitekim bu sektörde kullanılan sözleşme eklerinden ve teknik sınırlamalardan ötürü, ticari hayata hâkim olan ilkeler çerçevesinde de işletmecinin her koşulda ve daima hat'ta erişim sağlama ve bağlantı kurma sonucunu taahhüt ettiği söylenemeyecektir. Dolayısıyla son kullanıcı, işletmecinin sözleşme kurmaya yönelik beyanını ticari hayata hâkim olan dürüstlük kuralı ve güven ilkesi çerçevesinde ancak şu şekilde yorumlayabilir; işletmecinin sözleşmeyle üstlenmek istediği borç hatta erişim ve bağlantı kurma sonucu değil, yalnızca başarılı bir hatta erişim ve telefon bağlantısı kurma işidir. Bunun bir yansıması olarak telefon işletmecileri ile yapılan yetkilendirme sözleşmelerinde de işletmeciler müşterilerine % 100 başarıyla hizmet sağlama yükümlülüğü taahhüt etmemektedirler.

(3). Vekâlet Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Vekâlet sözleşmesinin kanunî tanımı BK. m. 386/f. 1'de yer almaktadır. Maddeye göre,

“Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.”

Öğretide bu tanımın eksik olduğu ve vekâleti diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayacak unsurları taşımadığı belirtilmektedir⁸⁷. Vekâlet sözleşmesinin varlığı için aranan zorunlu unsurları da ifade etmek bakımından şu şekilde bir tanım verilebilir:

“Vekâlet öyle bir sözleşmedir ki vekil, müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi belli ölçüde bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosuna ona ait olmamak üzere üstlenir⁸⁸.”

Böylece vekilin işi müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak görmesi, sonucun elde edilememesi rizikosunun müvekkile ait olması ve vekilin nispeten bağımsız olması hususlarını da yansıtan bir tanım yapılmış olur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, vekâlet sözleşmesinin uzun süre için kurulması veya sözleşmedeki ücretin süreye göre belirlenmesi mümkündür⁸⁹. Bununla birlikte süre kıstası vekâlet sözleşmesi bakımından ayırt edici bir unsur olmadığı gibi hizmet sözleşmesinin aksine, zorunlu bir unsur da değildir.

Vekâlet sözleşmesine ilişkin olarak yukarıda vermiş olduğumuz tanım değişik işlevleri olan birçok iş görme edimini kapsamaya elverişlidir. İlk bakışta elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin de vekâlet sözleşmesinin tanımına uyduğu düşünülebilir. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi de çoğu vekâlet sözleşmesi gibi sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁹⁰. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmeci, tıpkı vekil gibi, belli bir sonucun gerçekleştirilmesi değil, uzmanlık alanına giren bir işin görülmesi için bir süre boyunca amaca uygun, özenli

⁸⁷ Gümüş, **Borçlar Özel 2**, s. 238; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 355; Yavuz, **a.g.e.**, s. 608.

⁸⁸ Değişik tanımlar için bkz. Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 393; Gümüş, **Borçlar Özel 2**, s. 238; Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 36; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 356; Yavuz, **a.g.e.**, s. 608.

⁸⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 376, 377.

⁹⁰ Vekâlet sözleşmesinin genellikle sürekli bir borç ilişkisi doğuracağı görüşünde: Sarı, **a.g.e.**, s. 45 vd., özellikle s. 48. Vekâlet sözleşmesinin her zaman sürekli bir borç ilişkisi doğuracağı görüşünde: Gümüş, **Borçlar Özel 2**, s. 240.

faaliyette bulunma borcu altına girer. Bu işin görülmesi ise yine çoğu vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi bir ücret karşılığında üstlenilir.

Ancak hemen belirtelim ki, bu benzerliklere rağmen, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini vekâlet sözleşmesi sayıp vekâlet hükümlerinin tamamını doğrudan uygulamak isabetli olmayacaktır. Zira vekâlet sözleşmesindeki iş görme ediminden hareketle taraflar arasında özel bir güven ilişkisi bulunduğunu kabul eden kanun koyucu, vekâlete ilişkin hükümleri düzenlerken bu güven ilişkisine özgü hükümler de kabul etmiştir. Örneğin vekilin taahhüt ettiği edimi kural olarak bizzat ifa etmesi (BK. m. 390/f. 3), tarafların diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilmeleri (BK. m. 396), iş görme borcunun sadakat ve özenle ifa edilmesi (BK. m. 390/f. 2)⁹¹, taraflardan birinin ölümü, iflâsı veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona ermesi (BK. m. 397) hükümleri temelini taraflar arasındaki özel güven ilişkisinden alır⁹². Taraflar arasındaki güven ilişkisinin önemini yansıtan bu hükümlerin bir kısmı elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin niteliğine uymaz. Söz gelimi vekâlet sözleşmesinde taraflara diledikleri zaman keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyan emredici nitelikteki⁹³ BK. m. 396/f. 1 bu hükümlerden biridir. Zira sözleşme yapma zorunluluğu bulunan işletmecinin istediği zaman sözleşmeye son verebileceğinin kabulü tutarlı olmaz. O ancak haklı sebeplerle sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmeyi her zaman feshedebilme yetkisini sadece aboneye veren EHK. m. 50/f. 4, c. 3'ün emredici nitelikteki hükmü de bu sonucu destekler niteliktedir⁹⁴. Nitekim uygulamada elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi kurmak üzere işletmeciyile sözleşme görüşmelerine başlayan son

⁹¹ BK. m. 390/f. 2'nin, "*Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir.*" şeklindeki hükmünü, İBK. m. 398/f. 2'de olduğu gibi "sadakat ve özenle ifa" anlamında kabul etmek gerekir (Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 407).

⁹² Sarı, **a.g.e.**, s. 34, 35.

⁹³ BK. m. 396/f. 1'in, "*Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir.*" şeklindeki hükmünün emredici olduğu görüşünde: Engel, **a.g.e.**, s. 446; Gümüş, **Borçlar Özel 2**, s. 245, 246; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 623 dn. 60'ta zikredilen yazarlar; Uyan, **a.g.e.**, s. 123. Aksi fikirde: Sarı, **a.g.e.**, s. 115. Hükmün sınırlanabileceği durumlar ve bu konudaki çeşitli görüşler için bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 102 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 625 vd., özellikle s. 628-630. Ayrıca bkz. İlhan Helvacı, **Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010)**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 366, 367. -Ayrıca hüküm vekâlet sözleşmesinin ayırıcı bir özelliği olarak da görülmektedir (Gümüş, **Borçlar Özel 2**, s. 245, 246; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 375 dn. 72'de zikredilen yazarlar).

⁹⁴ Hükmün incelenmesi için bkz. aşağıda "*Olağan Fesih (Son Kullanıcı Tarafından Fesih)*" başlığı.

kullanıcı, asla işletmecinin her zaman ve gerekçesiz sözleşmeyi feshedebileceğini düşünmek istemez⁹⁵. Özellikle telefon hizmetlerinde son kullanıcı çoğu zaman uzun süreli ve kullandığı hat'ta ilişkin numaranın daima kendisine tahsis edildiği bir sözleşme yapmak niyetindedir.

Vekâlet sözleşmesinin karakterini yansıtan bir diğer hüküm⁹⁶ olan BK. m. 389/f. 1'e göre:

“Vekil, müvekkilinin sarîh olan talimatına⁹⁷ muhalefet edemez. Ancak hal icabına göre müvekkilden mezuniyet istihsaline imkân olmamakla beraber şayet imkân olup da istizan olursa idi müvekkilin muvafakat edeceği derkâr bulunan hususlarda, inhiraf edebilir.”

Hükümden ve yukarıda vekâlete ilişkin olarak verdiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere işin görülme usulü hususunda vekil nispeten bağımsız olmakla birlikte, bu bağımsızlık mutlak değil nispi bir bağımsızlıktır⁹⁸. Oysaki meslekî uzmanlığa sahip işletmecinin elektronik haberleşme hizmetinin nasıl görüleceği konusunda son kullanıcıdan talimat alması söz konusu olamaz. Hatta uygulamada kurulan sözleşmelerdeki hüküm gereği işletmeci teknolojiadaki değişikliklerin gerekli kıldığı durumlarda, işin ne şekilde görüleceğini son kullanıcının iradesine bağlı olmaksızın değiştirebilir. Demek ki, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmeci işin görülme biçimi hususunda mutlak bir bağımsızlığa sahiptir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus BK. m. 386/f. 2'nin, *“Diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur⁹⁹.”* şeklindeki hükmünün, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini vekâlet

⁹⁵ Karş. Öz, **Yönetim**, s. 50-51.

⁹⁶ Öz, **Yönetim**, s. 50.

⁹⁷ Talimat, müvekkilin vekâlet sözleşmesinin kurulmasından sonra vekile işin nasıl görüleceğini belirten tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır (Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 436).

⁹⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 374.

⁹⁹ BK. m. 386/f. 2, İBK. m. 394/f. 2 göz önünde tutularak, “diğer sözleşmeleri düzenleyen kanunî hükümlere girmeyen işlerde vekâlet hükümleri uygulanır.” şeklinde anlaşılmalıdır (Aral, **a.g.e.**, s. 398, 399; Yavuz, **a.g.e.**, s. 613).

sözleşmesi saymayı zorunlu kılıp kılmayacağıdır. Öğretide hâkim olan görüş¹⁰⁰ bu hükme rağmen yapılarına vekâlet hükümleri uygun olmayan ve kanundaki diğer tiplere de girmeyen iş görme sözleşmelerinin vekâlet hükümlerine tâbi olmayabileceğini ve iş görme sözleşmeleri alanında da isimsiz sözleşme kurmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Aksi düşünce, iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesinin geçerli olacağı sonucuna götürür ki, bunun da haklı olarak sözleşme özgürlüğü ilkesine ters düşeceği belirtilmektedir¹⁰¹. Sonuç olarak BK. m. 386/f. 2 kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinden yalnızca niteliği vekâlet hükümlerine uygun olanları kapsar¹⁰². Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi bahsettiğimiz yönleriyle, bu hükmün kapsamı dışında kalmaktadır.

b. Âdi Kira Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Âdi kira sözleşmesi BK. m. 248’de şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Âdi kira, bir akittir ki kiralayan onunla, kiracıya ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terketmeyi iltizam eder.”

Görüldüğü gibi âdi kira sözleşmesinde kiraya veren bir şeyin belirli bir süre kullanılmasını bir ücret karşılığında kiracıya devretmeyi taahhüt etmektedir¹⁰³. Kira sözleşmesinde kullanmanın ivaz karşılığında devredilmesi onu ariyet ve karzdan

¹⁰⁰ Aral, **a.g.e.**, s. 399; Burak Özen; “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan Cilt: I**, İstanbul, 2001, s. 620 vd.; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 352, 390, 410 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 384 vd.; Uyan, **a.g.e.**, s. 125. Aksi fikirde: Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 3. Aufl. Bern 1971**, Art. 394 N. 56, s. 79; Gümüş, **Borçlar Özel 2**, s. 249 ve dn. 1376’dan naklen. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uyan, **a.g.e.**, s. 116 vd.

¹⁰¹ Öz, **Yönetim**, s. 51; Özen, **a.g.m.**, s. 620; Uyan, **a.g.e.**, s. 118.

¹⁰² TBK. m. 502/f. 2’de bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir. Maddeye göre, “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” Kanaatimizce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, “*niteliklerine uygun düştükleri ölçüde*” şeklindeki ifadeyle birlikte, iş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşme olabileceği açık bir şekilde kabul edilmiştir.

¹⁰³ Âdi kira sözleşmesinin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 257 vd.; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2: Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri**, Üçüncü Tıpkı Basım’dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 11 vd.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 1, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 314 vd.

ayırmaktadır¹⁰⁴. Kiracı kullanmanın karşılığı olarak ödediği kira ücretini genellikle dönemsel olarak ifa eder. Fakat hemen belirtelim ki kiraya verenin kiralananı kiracıya kullandırma ve kullanıma elverişli bulundurma borcu sözleşme boyunca kesintisiz bir şekilde devam ettiğinden kira sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır¹⁰⁵. Zira sözleşmedeki aslî edimlerden birinin sürekli olması, o borç ilişkisini sürekli bir borç ilişkisi yapmaya yetecektir¹⁰⁶. Dolayısıyla sürekli borç ilişkisi doğurmaları bakımından kira sözleşmesi ve elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi benzeşmektedir.

Âdi kira sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedebilmek için ortada kiracıya kullanımı devredilebilecek olan bir kiralananın bulunması şarttır. Bu kiralananın maddî varlığı olan bir taşınır veya taşınmaz eşya olması gerekmektedir¹⁰⁷. Sabit telefon, ADSL., kablolu yayın vb. hizmetlerde maddî varlığı olan somut bir hat bulunmaktadır. Mobil telefon hizmetlerinde ve bazı dijital yayın hizmetlerinde ise bu nitelikte somut bir hat olmadığından dolayı kiraya konu olabilecek maddî varlığı olan bir hat bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu hizmetlerin görülebilmesi için verilen “SIM. kart” veya “dijital kutu” gibi nesnelere maddî varlığı olan birer eşyadır. Bu eşyaların mülkiyetinin işletmecide kalması ve sözleşme sona erdikten sonra bunların işletmeciye geri verilmesi ortada adî kira sözleşmesinin olduğu ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, kanaatimizce elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi âdi kira sözleşmesi olarak görülemez. Zira kira sözleşmesinde kiralananın zilyetliği kiracıya devredildikten sonra, artık kiraya verenin aracılığına gerek kalmaksızın kiracı kiralananı kullanabilecektir. Hâlbuki elektronik haberleşme hizmetlerinde işletmecinin aktif katılımı olmaksızın son kullanıcı hattan faydalanamayacaktır. Yani son kullanıcı kendisine tahsis edilen hattı tek başına kullanamaz. İşletmecinin de sürekli olarak olumlu bir edimde bulunması gerekir. Oysa kira sözleşmesinde kiralanan kullanıma uygun bir şekilde bulundurulduğu müddetçe, kiracı tarafından kiraya verenin aracılığı olmadan

¹⁰⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel I/2**, s. 14.

¹⁰⁵ Gümüş, **Borçlar Özel 1**, s. 312.

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 10; Seliçi, **a.g.e.**, s. 5 vd.

¹⁰⁷ Hasılat kiralalarında ise bir hak, tabii veya hukukî semereler veya bir malvarlığı da sözleşmenin konusunu oluşturabilir (Gümüş, **Borçlar Özel 1**, s. 313; Tandoğan, **Borçlar Özel I/2**, s. 3 vd.).

kullanılabilecektir. Buna göre kira sözleşmesindeki kiralananı kullanıma uygun bulundurma borcu da işletmecinin hat tahsisi borcuna tam olarak tekabül etmez. Zira işletmeci hattı ayıpsız bir şekilde teslim etse ve sözleşme süresi boyunca da o şekilde bulundursa dahi, son kullanıcının tek başına hattı kullanarak haberleşme ağına girmesi ve başarılı bir bağlantı gerçekleştirmesi mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde kira sözleşmesinin belli sürelerle uymak kaydıyla taraflarca sona erdirilebilmesini öngören düzenleme (BK. m. 262) de hattın iptaline yönelik olarak uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi adı kira sözleşmesinden bu yönüyle de ayrılmaktadır.

3. İsimli Bir Sözleşme Olması ve Uygulanacak Kurallar

Sözleşmeler kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre “isimli sözleşmeler” ve “isimsiz sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenen sözleşmelere isimli sözleşmeler denmektedir¹⁰⁸. Bunların unsurları, özellikle esaslı unsur ve aslî edimleri kanunlarda özel olarak yer almaktadır¹⁰⁹. İsimli sözleşmeler ise Borçlar Kanunu veya diğer herhangi bir kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmeyen sözleşmelerdir¹¹⁰. Buna göre bir sözleşmenin kanunda yalnızca adının zikredilmiş olması onu isimli bir sözleşme haline getirmeye yetmez¹¹¹. Aslıolan onun esaslı unsurlarının ve tipini belirleyen aslî edimlerinin yani tarafların hak ve borçlarının hükme bağlanmış olup olmadığıdır¹¹².

İsimli sözleşmeler iki ana başlık altında incelenebilir. Şayet bir isimli sözleşme tamamen veya kısmen kanunda öngörülen sözleşme tiplerinden hiç birinde bulunmayan unsurlardan meydana geliyorsa kendisine özgü yapısı olan sözleşme söz konusu olur¹¹³. Kanunun farklı sözleşme tiplerinde öngörmüş olduğu unsurların

¹⁰⁸ Fikret Eren, “İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Ankara, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008, s. 85.

¹⁰⁹ Eren, a.g.m., s. 85.

¹¹⁰ Eren, a.g.m., s. 86.

¹¹¹ Aral, a.g.e., s. 49; Engel, a.g.e., s. 677; Eren, a.g.m., s. 86.

¹¹² Eren, a.g.m., s. 86.

¹¹³ Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 12.

kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi halinde ise karma sözleşme karşısında bulunulur¹¹⁴.

Bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi onun asli edimlerinin tespitini zorunlu kılar¹¹⁵. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin aslî edimleri hat tahsisi ve bağlantı kurma (arama yapma ve kabul etme) işidir. Hat tahsisi borcu kira sözleşmesiyle, bağlantı kurma ise iş görme sözleşmeleriyle benzerlik göstermektedir. Şu ana kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hattın kullanımının işletmecinin aracılığı olmaksızın gerçekleştirilememesi elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini kira sözleşmesinden ayırır. Diğer yandan bağlantı kurma işi, kanunda düzenlenen herhangi bir iş görme sözleşmesi kapsamına dâhil edilemez. Dolayısıyla karşılıklı borçlar içeren bir iş görme sözleşmesi olan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi, kanunda düzenlenen diğer iş görme sözleşmeleri çerçevesine sokulamayacağı gibi, kanunda düzenlenmiş birden fazla sözleşmenin karakteristik edimlerini birleştiren karma bir sözleşme de sayılamaz. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi kendisine özgü yapısı olan bir isimsiz sözleşmedir. Elektronik Haberleşme Kanunu'nda bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin yer alması, onu isimli bir sözleşme haline getirmeyecektir. Nitekim Kanun'da elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin esaslı unsurları düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerini ifade etmek üzere yer verdiği "*abonelik sözleşmeleri*"ne ilişkin hükümler de bu durumu değiştirmez. Zira bu hükümlerde tarafların hak ve borçları ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmelere hangi kuralların uygulanacağı sorunu elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi için de söz konusu olacaktır. Bu tür sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözümü, bu sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması suretiyle gerçekleştirilir. Kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin yorumlanması kanunda düzenlenen sözleşmelerin yorumlanmasından farklı

¹¹⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 12.

¹¹⁵ Karş. Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s. 41 vd. ve s.100. Ancak hemen belirtelim ki, sözleşmenin hukukî niteliğinin tespitinde ayırt edici olan, sözleşmeyle güdülen amaç da olabilir (Kuntalp, **a.e.**, s. 60, 61).

değildir¹¹⁶. Buna göre sözleşmeyi kuran taraf iradeleri güven ilkesine göre yorumlanır ve tarafların irade beyanları makul ve dürüst bir muhatabın bu beyana vermesi gereken anlama göre değerlendirilir¹¹⁷. Yapılan yorum sözleşme hükümlerinde uyumsuzluğa uygulanacak bir kural bulunmadığı sonucuna götürürse, sözleşme boşluğu karşısında bulunulur ve bu boşluk sözleşmenin tamamlanması suretiyle doldurulmalıdır¹¹⁸. Hâkim ilke olarak ilk planda kanunda bir yedek hukuk kuralı bulunup bulunmadığını araştırarak ve şayet tamamlayıcı nitelikte bir yedek hukuk kuralı varsa, sözleşmedeki boşluğu bu kural ile dolduracaktır¹¹⁹. Bu noktada Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki yedek hukuk kuralları dikkate alınır. Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri kendisine özgü yapısı olan sözleşmenin amacına uygun düştüğü takdirde doğrudan uygulanır. Bu şekilde boşluğun doldurulması mümkün olmazsa hâkim tarafların farazî iradelerine başvuracaktır. Ancak kanunda öngörülen yedek hukuk kuralı, kendisine özgü yapısı olan sözleşmeye uymuyor ve bu sebeple uygulanmaya elverişli olmaktan çıkıyorsa, hâkim doğrudan doğruya tarafların farazî iradelerine başvurmak imkânını kazanır¹²⁰.

Sözleşmedeki boşluk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmeyen bir soruna ilişkinse ve tarafların farazî iradelerinden de bir sonuca varılamıyorsa hâkim, MK. m. 1/f. 2 gereğince önce örf ve âdet hukukuna göre, bu yoksa boşluğu hukuk yaratarak bizzat koyacağı kurallarla doldurma yoluna giderek uygulanacak kuralı belirleyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, isimli sözleşmelere ait kuralların doğrudan değil ancak kıyasen ve hâkimin hukuk yaratması faaliyeti sırasında uygulanabileceğidir¹²¹. Zira kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin kanunda düzenlenen sözleşmelerle birebir ilişkisi kurulamaz.

¹¹⁶ Aral, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁷ Aral, **a.g.e.**, s. 55; Gümüş, **Borçlar Özel 1**, s. 29.

¹¹⁸ Aral, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 153; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 339.

¹²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 339-340.

¹²¹ Aral, **a.g.e.**, s. 57; Eren, **a.g.m.**, s. 100; Gümüş, **Borçlar Özel 1**, s. 29; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 13.

B. Karakteristik Özellikleri

1. Genel İşlem Koşulları İçeren Bir Sözleşme Olması ve Sonuçları

a. Genel İşlem Koşulları

Hukukumuzda genel işlem koşulları ve bunların denetlenmesi hususunda uzun yıllar düzenleme açığı bulunmaktaydı. Bu açığı kapatmaya yönelik ilk kanunî düzenleme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 4822 sayılı ve 06.03.2003 tarihli Kanun'la eklenen “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” kenar başlıklı 6. madde hükmüdür. Ancak bu düzenleme sadece tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirdiğinden bu açığı kısmî olarak kapatabilmiştir.

Bu durumu dikkate alan kanun koyucu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu¹²², nun 20-25. maddelerinde genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere yer vermiş ve böylece genel işlem koşullarının denetlenmesinin uygulama alanını tüketicilerle sınırlı olmaktan çıkartmıştır. Bu düzenlemelerden biri olan TBK. m. 20/f. 4 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

Kuşkusuz ki yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmetini yürüten işletmecilerle kurulan sözleşmeler de madde kapsamında ele alınabilecektir. Hükümdeki *niteliklerine bakılmaksızın* ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kanun veya yetkili makamlardan aldıkları izinle hizmetlerini yürüten kişi veya kurumlarla

¹²² Kanun no: 6098, Kabul tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011, S: 27836.

yapılan sözleşmeler mutlak surette genel işlem koşullarının emredici düzenlemelerine tâbi tutulmuştur¹²³.

Yürürlükteki mevzuat genel işlem koşullarının tanımına dair bir hüküm içermemektedir. TBK. m. 20/f. 1, c. 1’de öğretide yapılan tanımlara paralel olarak genel işlem koşulları şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir¹²⁴ .”

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerine bakıldığında, uygulamada istisnasız genel işlem koşullarından oluşan, yani işletmeci tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanıp son kullanıcılara sunulan ve son kullanıcının içeriğine etki edemediği standart sözleşmeler şeklinde kuruldukları görülür. Bu koşullara ilişkin olarak gerek Elektronik Haberleşme Kanunu’nda gerekse de Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği’nde çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Elektronik Haberleşme Kanunu’ndaki düzenlemeler tüketici olsun veya olmasın bütün son kullanıcıların taraf olduğu sözleşmelere uygulanabilecektir. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte genel işlem koşullarıyla ilgili olarak burada yer alan düzenlemeler de hizmeti alan bütün son kullanıcılar için uygulama alanı bulur. Buna karşılık Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuatındaki hükümler yalnızca tüketici olan son kullanıcıların taraf olduğu sözleşmelere tatbik edilebilecektir.

¹²³ Madde gerekçesinde, “sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kurumların hazırladıkları sözleşmeler, her durumda tip sözleşme olarak kabul edilmekte, böylece mutlak surette genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine bağlı tutulmuş olmaktadır. Genel işlem koşullarının tâbi olduğu emredici düzenleme açısından sözleşme ve koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, uygulama farklılığı doğurmayacaktır.” demek suretiyle bu husus ifade edilmiştir.

¹²⁴ Karş. Aslan, a.g.e., s. 300; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2003, s. 71; Tekinay v.d., a.g.e., s. 156; Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s. 61.

b. Genel İşlem Koşullarının Yargı Yoluyla Denetlenmesi

(1). Sözleşmenin Bir Parçası Olup Olmadığının Denetlenmesi¹²⁵

Genel işlem koşullarından oluşan bir sözleşmenin denetiminde her şeyden önce bu koşulların sözleşmeye dâhil olup olmadığına bakılır¹²⁶. Zira bu koşulların sözleşmeye dâhil olmaması halinde artık son kullanıcı açısından bağlayıcılığı kalmayacağından diğer denetim aşamalarına geçilmesine gerek kalmayacaktır.

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Son kullanıcıya bu hükümler hakkında bilgi edinme imkânının verildiği ve son kullanıcının da bu koşulları açıkça kabul ettiği durumlarda açık benimseme söz konusudur¹²⁷. Bazı durumlarda ise sözleşme kurulurken son kullanıcı genel işlem koşullarının varlığı hususunda açıkça uyarılmamış olsa dahi BK. m. 1/f. 2'nin "*Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımnî dahi olabilir.*" hükmü gereği örtülü irade beyanıyla da genel işlem koşullarının taraflar arasındaki sözleşme içeriğine girebileceği kabul edilmektedir¹²⁸. Buna göre dürüstlük kuralı çerçevesinde, işletmecinin bu koşulları sözleşmeye dâhil etmek isteğinin son kullanıcı tarafından anlaşılabilirliği veya gerekli özeni gösterseydi anlayabileceğinin söylenebilmesi halinde genel işlem koşulları sözleşme içeriğine girecektir¹²⁹. Yani son kullanıcı bir bakıma genel işlem koşulları olmadan sözleşme yapmak istiyorsa bunu karşı tarafa bildirme külfeti altındadır¹³⁰.

¹²⁵ Öğretide bu denetim aşamasına bağlayıcılık denetimi (bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 105) veya yürürlük denetimi (bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 81; Çınar, **a.g.e.**, s. 67) de denmektedir.

¹²⁶ Atamer, **a.g.e.**, s. 81; Baki İlkay Engin, "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 79; Havutçu, **a.g.e.**, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 232.

¹²⁷ Atamer, **a.g.e.**, s. 99; Havutçu, **a.g.e.**, s. 109 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 232.

¹²⁸ Atamer, **a.g.e.**, s. 100 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 235; Havutçu, **a.g.e.**, 118 vd.

¹²⁹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 119, 122; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 235.

¹³⁰ Havutçu, **a.g.e.**, s. 122. Örtülü benimseme aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi pasif kalınarak yani susarak da ortaya çıkabilir (Atamer, **a.g.e.**, s. 100). Söz gelimi yapılan icabı açıkça kabul etmeksizin kendi edimini yerine getiren kişi bakımından aktif şekilde gerçekleştirilmiş bir örtülü benimseme söz konusu olur (Atamer, **a.g.e.**, s. 100-101; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 235). Buna karşılık henüz görüşmelerin başında karşı tarafa sözleşme metni önceden verilip açıkça sözleşmenin bu şartlar altında yapılacağı bildirilirse, daha sonra bu şartlardan bahsetmeden

Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesinde bu saydığımız yollara hemen hemen rastlanılmamaktadır. Çoğu zaman karşı taraf bilgisine sunulan genel işlem koşullarını okumaz. Bu gibi durumlarda genel işlem koşullarının global benimseme ile sözleşmeye dahil olduğu kabul edilmektedir¹³¹. Ancak şu noktaya da işaret etmek gerekir ki, işletmecinin son kullanıcıya genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme fırsatını sunmuş olma yükümlülüğü bakidir. Zira global benimsemenin varlığı için son kullanıcı genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olma imkânı olduğu halde, bunu kullanmamış olmalıdır.

Uygulamada elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinin kişisel bilgi, ek hizmetlere ilişkin olarak yapılan seçimler ve genel işlem koşullarının da bulunduğu farklı eklerden¹³² veya bölümlerden¹³³ oluşan formlardan oluştuğu görülür. Sözleşmeler bu formların her birinin son kullanıcıya imzalatılması suretiyle kurulmaktadır. Koşulların ayrı bir kâğıtta veya ek formda olduğu durumlarda açık bir

sözleşmenin kurulması halinde, pasif kalınarak yani susularak genel işlem şartları sözleşmeye dahil edilmiş olur (Atamer, **a.g.e.**, s. 100; Havutçu, **a.g.e.**, s. 120-121; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 234-235). Fakat belirtelim ki sözleşmenin kurulmasından sonra bazı yeni genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmek istenmesi halinde artık ortada akdedilmiş bir sözleşmenin bulunduğu ve susmanın örtülü benimsemenin varlığına işaret etmeyeceği belirtilmektedir (Atamer, **a.g.e.**, s. 101; Havutçu, **a.g.e.**, s. 121). Bu sonuç elektronik haberleşme abonelikleri için durumda kabul edilemeyecektir. Zira Elektronik Haberleşme Kanunu'nda konu hakkında özel bir düzenleme öngörülmektedir (Bu husustaki açıklamalarımız ve EHK. m. 50/f. 4'ün irdelenmesi hakkında bkz. aşağıda "Sözleşme Koşullarında Değişiklik Yapılması" başlığı). Ayrıca işaret etmek gerekir ki örtülü benimseme yolunun tüketici sözleşmelerinde uygulanabilirliği tartışmalıdır. Tartışmalı olmayan husus bu şekilde bir benimsemenin tüketici sözleşmelerinde her zaman uygulanamayacağıdır. Bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre bir tarafını tüketicilerin oluşturduğu sözleşmelerin karşı tarafında, genel işlem koşullarından oluşan bir sözleşme yapması alışılmış olan bir banka, sigorta şirketi vb. bir kişi varsa örtülü benimseme aracılığıyla şartların sözleşmeye gireceği kabul edilebilir (Bu görüşte: Havutçu, **a.g.e.**, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 235). Kuşkusuz ki, elektronik haberleşme hizmeti veren bir işletmeci de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

¹³¹ Atamer, **a.g.e.**, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 236. -Aslında bu durumda da bir açık benimseme söz konusudur. Zira tüketicinin irade beyanı şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak tüketici neyi kabul ettiği konusunda tam bir bilgiye sahip değildir. Dolayısıyla açık benimseme yoluyla genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi bilinçli kabul veya global kabul şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. Buna göre tüketicinin tam bir bilgi sahibi olduğu durumlarda bilinçli kabul; içerik hakkında bir fikir sahibi olmadığı hallerde ise global kabul söz konusudur (Havutçu, **a.g.e.**, s. 111 vd.).

¹³² Örnek olarak bkz. Türk Telekom Telefon Aboneliği Sözleşmesi, Turkcell Mobil Telefon Bireysel Abonelik Başvuru ve Sözleşmesi.

¹³³ Örnek olarak bkz. Avea Abonelik Sözleşmesi, Vodafone Tip GSM. Abonelik Sözleşmesi.

yollamayla birlikte imzanın bu yollamayı da kapsamı¹³⁴ ve bu koşulların karşı tarafa verilmesi aranmalıdır¹³⁵. İşletmeciler bu hususlara riayet etmektedirler.

İşaret etmek gerekir ki, son kullanıcının bilgilendirilmesi hakkında EHK. m. 49/f. 2’de bir düzenlemeye yer verilmişse de bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımının ne olacağı belirtilmemiştir. Öte yandan TBK. m. 21’e göre;

*“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları **yazılmamış sayılır.***

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

Maddenin ilk fıkrasından da anlaşılacağı üzere, son kullanıcıya genel işlem koşullarını öğrenme imkânının tanınmaması durumunda yalnızca onun aleyhine olan hükümlerin geçersizliği söz konusu olacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin niteliğiyle bağdaşmayan alışılmışın dışındaki koşulların sözleşme içeriğinden sayılmayacağı belirtilmiştir. İkinci fıkraya giren türden bir koşulun söz konusu olması halinde karşı tarafa bunu öğrenme imkânının verilmesi sonucu değiştirmeyecektir. Benzer bir düzenlemeye EHSTHY. m. 17/f. 3’te de rastlamaktayız¹³⁶.

¹³⁴ Bilgehan Çetiner, “Telefon Aboneliği Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Korunması”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63-64, İstanbul, 2009, s. 75.

¹³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 232, 233.

¹³⁶ EHSTHY. m. 17/f. 3’e göre; “Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, abonenin hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki sözleşme şartları, sözleşme kapsamına dahil sayılmaz.”

(2). Yorum Yoluyla Denetim

Yürürlük denetimi, bir genel işlem koşulunun sözleşme içeriği haline gelip gelmediğinin tespit edilmesi; yorum ise, genel işlem koşulunun sözleşmeye dâhil olduktan sonra ne anlam taşıdığıının belirlenmesi ile alakalıdır. Bir başka deyişle yorum yoluyla denetime, hükmün sözleşmeye alınıp alınmaması değil, hükme verilmesi gereken anlam konusunda bir uyuşmazlık çıkması halinde başvurulacaktır¹³⁷. Dolayısıyla yalnızca yürürlük denetiminden geçip sözleşmenin parçası haline gelen kayıtlar yoruma tabi tutulabilirler¹³⁸.

Tüketici sözleşmelerindeki hükümlerin yorumlanmasıyla ilgili olarak TSHŞY. m. 6/f. 4'te "belirsizlik ilkesi" olarak anılan¹³⁹ kurala yer verilmiştir. Aynı kurala elektronik haberleşme alanında akdedilen tüketici sözleşmelerine uygulanabilecek olan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde de rastlanmaktadır. "*Haksız şartlar ve sözleşmenin yorumu*" kenar başlıklı EHSTHY. m. 17/f. 1'in son cümlesine göre, "*...Abonelik sözleşmesinde yer alan kaydın açık ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınmamış olması halinde (...) abone lehine yorum esastır.*"¹⁴⁰ Elektronik Haberleşme Kanunu'nda yorum denetimine ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Bununla birlikte TBK. m. 23'te zikri geçen yönetmeliklerdeki düzenlemelerle örtüşen bir hüküm yer almaktadır.

Öğretide belirsizlik ilkesinin bir yorum kuralından ziyade, hâkime belirsizlik halinde hangi yorumu tercih etmesi gerektiğini gösteren ve hukuk politikasına dayalı bir

¹³⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 148.

¹³⁸ Atamer, **a.g.e.**, s. 124; Çınar, **a.g.e.**, s. 108; Havutçu, **a.g.e.**, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 239.

¹³⁹ Bu ilke öğretide "açık olmama kuralı" (Havutçu, **a.g.e.**, s. 151) veya "belirsizlik halinde yorum ilkesi" (Çınar, **a.g.e.**, s. 114) şeklinde de zikredilmektedir. Ayrıca "belirsizlik ilkesi" şeklinde bkz. Yeşim M. Atamer, "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 300.

¹⁴⁰ Öğretide de bir hükmün anlamı hakkında diğer yorum araçlarıyla bir neticeye varılamadığı takdirde, sözleşmeyi düzenleyen taraf aleyhine yorum yapılması gerektiği kuralının (in dubio contra stipulatorem) genel işlem koşullarından oluşan sözleşmelerde tartışmasız uygulanması gerektiği belirtilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 239). Gerçekten de genel işlem koşullarını tek taraflı olarak hazırlayıp karşı tarafa sunanın, bu kayıtların ne anlama geldiğinin belirlenememesi tehlikesini de üzerine alması gerekir.

değer hükmü olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹. Ancak şu kesindir ki bu değer hükmü, genel işlem koşulunun ne anlama geldiğinin tespitinde bir yol gösterici görevi görür¹⁴².

Belirsizlik ilkesinin yanında özellikle sorumluluğu sınırlandıran veya tamamen kaldıran genel işlem koşulları ile yetkili mahkeme şartı gibi hükümlerin dar yorumlanarak da karşı tarafın korunabilmesi mümkündür¹⁴³.

(3). İçerik Denetimi

i. İdari Ön Denetim ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Sözleşme Üzerindeki Etkisi¹⁴⁴

Genel işlem koşullarının idari yolla denetlenmesi ve ancak resmi makamca onaylanan hükümlerin sözleşmelerde kullanılmasına izin verilmesi de düzenleyenin karşısında yer alan tarafın korunmasında başvurulan yöntemlerden biridir. Böylece ilgili makamın yapacağı inceleme sonucunda uygun görülmeyen koşullar sözleşmelerde kullanılmayacak ve tehlike baştan önlenebilecektir¹⁴⁵. Bütün genel işlem koşulları bakımından böyle bir sisteme başvurulmasının hukukun gelişmesini engelleyeceği¹⁴⁶, irade özerkliğinden taviz verilmesine yol açacağı¹⁴⁷, ayrıca bürokratik engellerin bu sistemin işlemlerini güçleştireceği¹⁴⁸ ileri sürülmektedir¹⁴⁹.

¹⁴¹ Atamer, **a.g.e.**, s. 136; Atamer, **a.g.m.**, s. 301; Havutçu, **a.g.e.**, s. 152. Belirsizlik ilkesi uygulanmadan önce sözleşme şartı yorumlanmaya çalışılır. Bu yorum sonucunda birden çok anlama gelmesi veya anlamının belirlenememesi nedeniyle herhangi bir yoruma üstünlük tanınmıyorsa, düzenleyen aleyhine yorum tercih edilecektir. Bu sebeple belirsizlik ilkesi doğrudan uygulanamayan yani tâli bir ilke olarak görülmektedir (Atamer, **a.g.e.**, s. 136; Çınar, **a.g.e.**, s. 115).

¹⁴² Havutçu, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁴³ Atamer, **a.g.e.**, s. 140-142; Çınar, **a.g.e.**, s. 117; Havutçu, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁴⁴ Kurumun sözleşmeye müdahalesinin tarifeler (yani son kullanıcının ücret ödeme borcu) üzerindeki etkisi için ayrıca bkz. aşağıda “*Tarifeler*” başlığı.

¹⁴⁵ Atamer, **a.g.e.**, s. 51; Havutçu, **a.g.e.**, s. 49; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 239.

¹⁴⁶ Havutçu, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁴⁷ Atamer, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁴⁸ Havutçu, **a.g.e.**, s. 49; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 239.

¹⁴⁹ İdari ön denetim sisteminin eleştirisi ve tüketicinin menfaatlerini en iyi kendisinin koruyacağı yönünde bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 51-54.

Ancak şunu da belirtelim ki, idari denetimden geçen genel işlem koşullarının yargısal denetime tâbi tutulmasına bir engel yoktur¹⁵⁰. Bu sebeple elektronik haberleşme alanında akdedilen abonelik sözleşmelerinin idari denetime tâbi tutulmasında bir sakınca görmediğimiz gibi, yargı denetiminin iş yükünün de hafifleyeceği göz önüne alındığında bunun bir zorunluluk olduğunu dahi söyleyebiliriz. Zira neredeyse her gün yeni bir elektronik haberleşme hizmeti çeşidi ile karşılaşmamız ve bunlara ilişkin olarak hazırlanan sözleşmelerin teknik ve hukuki ayrıntıları da göz önünde tutulduğunda, ülke nüfusunun büyük bir kısmını yakından ilgilendiren bu sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların en aza indirilebilmesi bakımından böyle bir denetim sisteminin varlığı şarttır.

Nitekim Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan mevzuatta, Kurumun son kullanıcılarla yapılacak sözleşmelere ilişkin denetim yetkisini nasıl kullanacağı, bunun kapsamı ve niteliği ile sınırlarının ne olacağına dair düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu hükümlerden biri olan EHK. m. 6/g'de Kurum'un görev ve yetkilerinden birisinin:

“Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum¹⁵¹ yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dahil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak.”

olduğu belirtilmektedir. Söz konusu hükümde Kurumun ilgili piyasada denetim yetkisine ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır. Bunun dışında ayrıca Kuruma belirli konulara ilişkin özel denetim yetkisi veren kanun hükümlerine de

¹⁵⁰ Atamer, **a.g.e.**, s. 51; Havutçu, **a.g.e.**, s. 49-50; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 240.

¹⁵¹ EHK. m. 3/z-(kk)'ya göre spektrum, “Elektronik haberleşme amacıyla kullanılan, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların frekans aralığını” ifade eder.

rastlanmaktadır. Örneğin, Kuruma işletmeciler arasındaki rekabetin korunmasına ilişkin denetleme yetkisi veren EHK. m. 13/f. 2, b. (c)'nin,

“İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde; Kurum, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapar ve uygulamaları denetler.”

şeklindeki hükmü bu kapsamda ele alınabilir. Kurum bu bağlamda, gerek işletmeciler arasında akdedilecek arabağlantı sözleşmelerinde ve gerekse de son kullanıcılar ile akdedilecek sözleşmelerde yer alan işletmeciler arasındaki rekabeti engelleyici hükümleri denetleyerek bunlara ilişkin düzenleyici işlemler tesis edebilir. Örneğin piyasada hâkim konumda bulunan bir işletmeci tarafından herhangi bir şebeke içi tarife ücretinin çok düşük belirlenmiş olması halinde, diğer işletmecilerin bu fiyatla rekabet edebilmesi mümkün olamayacaktır. Kurumun bu durumda EHK. m. 13/f. 2, b. (b) ve (c) uyarınca ilgili işletmeciden rekabeti engelleyici durumun ortadan kaldırılması için gerekli tedbirleri almasını talep edebilmesi ve buna riayet edilmemesi halinde işletmeciye idari para cezası uygulayabilmesi mümkündür.

Son kullanıcılar ile akdedilen sözleşmeler bakımından öne çıkan bir diğer hüküm ise EHK. m. 50/f. 2'de yer almaktadır:

“Kurum, re'sen veya şikâyet üzerine abonelik sözleşmelerini işletmecilerden isteyebilir, inceler ve değiştirilmesi uygun görülen hususları işletmeciye bildirir. İşletmeciler Kurum düzenlemelerine uygun olarak gerekli değişiklikleri belirtilen sürede yapmakla yükümlüdür.”

Belirtelim ki, EHK. m. 50/f. 2'de öngörülen idari denetimin, işletmeciler tarafından hazırlanan sözleşmelerin son kullanıcılara sunulmasından önceki safhada gerçekleşecek bir ön denetimle sınırlı olmadığı görülmektedir. Buna göre Kurumun daha önce kendi onayladığı ve bunun üzerine işletmeciler tarafından son kullanıcılarla akdedilen sözleşmelerin metni haline gelmiş olan sözleşme hükümlerini dahi, re'sen veya şikâyet üzerine yeniden inceleyerek, değiştirilmelerini

isteyebilmesi mümkündür. Ancak burada altı çizilmesi gereken önemli nokta, Kanun'un bu konuda verdiği yetkinin hiçbir zaman Kurumun tarafların iradesi yerine geçecek şekilde karar almasını kapsamadığıdır. Bir başka ifadeyle, Kurum re'sen veya şikâyet üzerine yaptığı inceleme üzerine sözleşme hükümlerinin hükümsüzlüğüne karar verip, söz konusu hükümlerin yerine yeni hükümler getiremez. Zira sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin genel ilkeler uyarınca sözleşmeler akdedilirken olduğu gibi değiştirilirken de tarafların buna uygun irade beyanları gereklidir. Kanaatimizce işletmeci ve son kullanıcı arasında hükümlerini doğurmaya başlayan bir sözleşmede Kurumun değişiklik talep etmesi halinde, bu değişikliğin gerçekleşebilmesi için son kullanıcının yukarıda saydığımız benimseme yöntemlerinden biriyle bu değişikliğe rıza göstermiş olması gerekir. Şayet Kurum değişiklik kararını son kullanıcının şikâyeti üzerine almışsa, şikâyette bulunan son kullanıcının rızasının bulunduğu kabul edilebilir.

Kurum tarafından tespit edilen aykırılıkların ilgili işletmeci tarafından gerekli tedbirler alınmak suretiyle giderilmemesi halinde, Kurumun işletmeciye idari müeyyide uygulaması mümkündür (EHK. m. 60). Ancak şu noktaya da işaret etmekte fayda görüyoruz ki, Kurumun kendi onayladığı bir sözleşme dolayısıyla işletmeciden önceden herhangi bir değişiklik talebinde bulunmaksızın bir yaptırım uygulaması hakkaniyete uygun olmayacaktır. İşletmeci, ancak Kurumun talep ettiği değişikliği gerçekleştirmezse, yaptırımın haklı bir gerekçesi oluşacaktır.

ii. Yargısal İçerik Denetimi

EHK. m. 50/f. 3'te içerik denetiminde esas alınabilecek olan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre:

“Abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler geçersizdir¹⁵².”

¹⁵² “Haksız Şartlar ve Sözleşmenin Yorumu” kenar başlıklı EHSTHY. m. 17/f. 1, c. 1'e göre, “İşletmecinin aboneyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak abonelik sözleşmesi, taahhütname

Hükümden anlaşılacağı gibi dengesizliğin derecesinin tespiti noktasında dürüstlük kuralından yararlanılacaktır. Ancak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek nitelikte bir dengesizliğin varlığı halinde ilgili sözleşme hükmünün geçersizliğine hükmedilebilir. Bu derecede bir dengesizliğin bulunup bulunmadığını belirlemek için hâkimin izlemesi gereken yol EHSTHY. m. 17/f. 2’de gösterilmiştir. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, kendisinden ayrılmış kanuni düzenlemenin temelinde yatan asli düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşme doğasından gelen temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyor, bu kaydın dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak abone aleyhine olduğu kabul edilir”.

Görüldüğü üzere dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde bir dengesizliğin olup olmadığının tespiti için ilk yapılması gereken, değerlendirilen koşulun kanunun hangi tamamlayıcı hükmünün yerini aldığına bakmaktır. Diğer bir ifadeyle öncelikle, uyumsuzluğun konusu olan koşul olmasaydı hangi kanun hükmünün uygulanacağını belirlenmesi gerekir¹⁵³. Hemen ardından taraf menfaatlerini adil bir şekilde dengelediği varsayılan bu hüküm ile sözleşmede öngörülen hüküm karşılaştırılacaktır¹⁵⁴. Burada hâkimin yapması gereken, yalnızca doğrudan

veya kampanyalara koyduğu ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler geçersizdir.” Ayrıca bkz. TBK. m. 25. -TBK. m. 25 ve EHK. m. 50/f. 3’te, EHSTHY. m. 17/f. 1’den farklı olarak müzakere konusu yapılmamış sözleşme hükümlerini denetleme imkânı tanınmamıştır. Yani elektronik haberleşme alanında müzakere konusu yapılmamış kayıtların denetlenmesi sadece tüketiciler bakımından kabul edilmiştir. Bunun pratik önemi, müzakere edilmemiş bir koşulun içerik denetimine tâbi olması için genel işlem koşulları içinde yer alıp almadığının incelenmesinin gerekmemesidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **a.g.m.**, s. 296-297 ve s. 296 dn. 17). Ancak hemen belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte elektronik haberleşme alanında son kullanıcıyla kurulan sözleşmeler bakımından bu ayırım önemini kaybedecektir. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere TBK. m. 20/f. 4, sundukları hizmeti yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüten kuruluşların hazırladıkları sözleşmelerin, *niteliklerine bakılmaksızın* denetime tâbi olacağını hüküm altına almıştır.

¹⁵³ Atamer, **a.g.m.**, s. 305 ve 309-310; Engin, **a.g.m.**, s. 95; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 248.

¹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 248.

uygulanacak hükümleri değil, kıyasen uygulanacak hükümleri de dikkate almaktır¹⁵⁵. Yapılan bu karşılaştırma sonucunda kanun hükmünün temelinde yatan aslı düşünceden ayrılan veya “sözleşmenin doğasından gelen temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandıran” kayıtlar, dürüstlük kuralına aykırı olarak taraflar arasındaki dengeyi bozduğu takdirde geçersiz olacaktır¹⁵⁶. Ancak bu karşılaştırmanın yapılması esnasında hâkimin dikkat etmesi gereken bazı noktalar vardır. Şöyle ki, TSHŞY. m. 6/f. 3 gereği,

“Şartların haksızlığının taktirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz”¹⁵⁷.

Hükümden edim ve karşı edim yükümlülükleri arasındaki fiyat dengesine ilişkin kontrolün içerik denetimi dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.

Buna ek olarak TSHŞY. m. 6/f. 2’de,

“Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır.”

¹⁵⁵ Atamer, **a.g.m.**, s. 305. Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri her türlü sözleşme tipi için uygulama alanına sahip olduğundan her zaman göz önünde tutulması gerekir (Atamer, **a.g.m.**, s. 305-306). Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerine ilişkin olarak ayrıca Elektronik Haberleşme Kanunu da dikkate alınacaktır. –Atamer’e göre isimsiz bir sözleşmenin söz konusu olduğu durumda, kıyasen uygulanacak bir hüküm bulunmaktaysa sorun yoktur. Zira bu durumda yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda çözüme gidilir. Ancak özellikle kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde kıyasen tatbik edilecek bir hükme rastlanmadığı durumlarda hâkim MK. m. 1/f. 2’ye göre kanun koyucu yerine geçerek kendisi kural koyacaktır. Bunu yaparken de yargı kararları ve öğretideki görüşlerden faydalanır (Atamer, **a.g.m.**, s. 306-307). Sonuç olarak öncelikle sözleşmeye uygulanabilecek bir hükmün tespiti ve daha sonra karşılaştırmanın yapılması usulünün, her türlü sözleşme ilişkisi için geçerli olduğunu söylemek yanlış olmaz.

¹⁵⁶ Bu konuda ayrıca bkz. Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 249 dn. 76.

¹⁵⁷ Öte yandan Kurum fiyatlar üzerinde azami veya asgari sınırlar belirleyebilir. Kurumun bu yetkisi Elektronik Haberleşme Kanunu’ndan kaynaklanmaktadır.

denmektedir. Yani bir şartın haksızlığına karar verilirken sözleşmedeki bütün hükümlerin birbirleriyle karşılaştırılması ve tüketici aleyhine tespit edilen bir dengesizliğin başka bir hükümle telafi edilip edilmediği de değerlendirilmelidir¹⁵⁸. Ancak öğretide bunu yaparken tüketicinin aleyhine ve lehine olan hükümler arasında işlevsel bir bağın olması ve her iki düzenlemenin de aynı soruna ilişkin kaleme alınmış olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁹.

İçerik denetimi neticesinde sözleşmedeki bir takım hükümlerin hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağı sonucuna varılamayacaktır (BK. m. 20/f. 2, c. 1). Ayrıca BK. m. 20/f. 2, c. 2'ye dayanarak, hükümsüz addedilen kayıt olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı şeklindeki bir iddianın, yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebileceğinin kabulü isabetli olur. Nitekim EHSTHY. m. 17/f. 4'te,

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

denmek suretiyle, elektronik haberleşme alanında bu yönde bir çözümün benimsendiği açıkça ifade edilmiştir. Maddedeki “sözleşme içeriği düzenlemelere göre tayin edilir.” tabiriyle kastedilen, kısmî hükümsüz olan sözleşmedeki boşluğun yerini tamamlayıcı hükümlerin alacağıdır¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Aslan, **a.g.e.**, s. 310-311; Atamer, **a.g.m.**, s. 312.

¹⁵⁹ Atamer, **a.g.m.**, s. 312.

¹⁶⁰ “Basit kısmî hükümsüzlük” halinde sözleşme geçersizlikten etkilenen hükümler haricinde kalan hükümlerle -bunlar başka bir hükümle telafi edilmeksizin- ayakta kalır (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 601). “İçerik değiştirici kısmî hükümsüzlük”te ise öncelikle emredici bir kural varsa o uygulanır. Aksi takdirde boşluk tamamlayıcı bir kuralla doldurulacaktır (Kocayusufpaşaoğlu, **a.e.**, s. 602-603). Şayet her ikisi de yoksa hâkim tarafların farazî iradelerini göz önünde tutarak boşluğu dolduracaktır (Kocayusufpaşaoğlu, **a.e.**, s. 603).

(4). Sözleşmelerdeki Bazı Koşulların Değerlendirilmesi

Uygulamada mobil telefon hizmetine abonelik sözleşmelerinin hemen hemen tamamında işletmecinin kendi belirlediği ve abonelerine usulünce duyurduğu sebeplerle, aboneye fatura gönderilmeksizin ve bir sonraki ayın faturasından mahsup edilmek kaydıyla aboneden “ara ödeme” talebinde bulunabileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde bu sözleşmelerde ara ödemenin yapılmaması halinde hattın ödeme yapılincaya kadar görüşmeye kapatılabileceği de hüküm altına alınmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ara ödemenin ne sebeple alındığı kullanılan sözleşme metinlerinden net bir şekilde anlaşılmamaktadır. Kanaatimizce “ara ödeme”, özel hukuk alanındaki hizmet, istisna, vekâlet gibi iş görme sözleşmelerinde iş görenin ileride doğacak masraf ve ücret alacaklarına mahsuben ödediği “avans” kavramıyla yakınlık göstermektedir¹⁶¹. Dolayısıyla da bu koşul işletmeciye, göreceği hizmet karşılığında ileride muaccel olacak akdî bir alacağına mahsuben önceden bir miktar paranın kendisine ödenmesini talep hakkının tanındığı şeklinde değerlendirilebilir. Burada abonenin korunması amacıyla hüküm dar yorumlanmalı ve bize göre şu şekilde anlaşılmalıdır: İşletmeci, ancak işin görülmesi için zarurî olan hallerde veya -örneğin hattın normalin oldukça üzerinde kullanılması gibi bir sebeple- ücret alacağının tehlikeye düştüğü durumlarda ara ödeme talebinde bulunabilir. Diğer yandan öğretide bu hükmün bir haksız şart teşkil ettiği ve kesin hükümsüz olacağı da belirtilmektedir¹⁶².

Yine uygulamada sözleşme örneklerinde rastlanan bir diğer koşul ise mücbir sebep, bakım-onarım çalışmaları, işletmecinin faaliyetlerinin durdurulması vb. sebeplerle hizmetin hiç ya da gereği gibi yerine getirilememesi durumunda işletmecinin sorumluluğunu kaldıran hükümdür. Öğretide özellikle bakım-onarım çalışmaları gibi içeriği geniş kavramların, işletmeciye verdiği hizmeti tek taraflı olarak durdurma imkânı vererek abonenin işletmecinin aslî borcunun ifasını talep hakkını tehlikeye

¹⁶¹ Karş. Tandoğan, **Borçlar Özel I/2**, s. 347-348; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 593-594.

¹⁶² Çetiner, **a.g.m.**, s. 87.

düşürebilecek nitelikte oldukları ve haksız şart teşkil edecekleri belirtilmektedir¹⁶³. Kanaatimizce bu gibi durumlarda da yapılacak bir yorum denetimiyle hükmün kapsamına girecek bakım-onarım çalışmalarının daraltılması yoluyla abonenin menfaatlerini korumak mümkündür. Ancak hükmün işletmeciden kaynaklanan sebeplerde dahi onun sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde kaleme alınması durumunda haksız şart olarak görülmesi ve kesin hükümsüz addedilmesi gerekecektir.

Son olarak şunu da ekleyelim ki, bazı aboneliklerde sözleşmenin taraflardan birince feshedilene kadar geçerli olacağı belirtilmektedir. Konuyla ilgili olarak Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği Ek-1'in (d) bendinde haksız şart örneklerinden birisi de *"İşletmeciye haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir abonelik sözleşmesini herhangi bir uyarıda bulunmaksızın sona erdirme ya da değiştirme hakkı tanıyan kayıtlar"* şeklinde ifade edilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanaatimizce sözleşmeyi haklı bir sebep olmaksızın dilediği zaman feshedebilme hakkını yalnızca aboneye veren EHK. m. 50/f. 4'ün son cümlesi emredici niteliktedir. Hükmün zıt anlamından çıkan sonuca göre işletmeci sözleşmeyi dilediği zaman feshedemeyecektir. Zira burada hükmün amacı sözleşmenin hangi tarafının haklı sebep olmaksızın fesih hakkına sahip olduğunun tespit edilmesidir¹⁶⁴. Bu sebeple yönetmelik ekinde belirtildiğinin aksine işletmeciye aboneyi uyarmak şartıyla dahi, haklı bir sebep olmadıkça sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmaz. Diğer yandan böyle bir şartın haksızlığının değerlendirilmesine de gerek yoktur. Zira emredici hükme aykırılık zaten kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır.

2. Çerçeve Sözleşme Niteliği Taşınması

Çerçeve sözleşme tarafların gelecekte yapmaya niyetli oldukları sözleşmelerin bir takım şartlarını ileride yapılacak olan bu sözleşmelerde yer almak üzere önceden

¹⁶³ Çetiner, **a.g.m.**, s. 86.

¹⁶⁴ Karş. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 62.

belirledikleri sözleşmedir¹⁶⁵. Çerçeve sözleşmenin kurulmasıyla taraflar ileride sözleşme akdetme yükümlülüğü altına girmezler¹⁶⁶. Aynı şekilde bu sözleşmeden temel edim yükümlülükleri de doğmaz¹⁶⁷. Bununla birlikte çerçeve sözleşmelerde temel edimlerin belirlenmiş veya belirlenebilir şekilde saptanmamış olması borçlar hukuku ilkelerine aykırılık teşkil etmemektedir. Aslında bu husus çerçeve sözleşmenin doğasından kaynaklanan ve onu klâsik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran temel nokta olarak görülür¹⁶⁸. Ekleyelim ki bu yönüyle dahi çerçeve sözleşme tarafların ortak iradelerinin bir ürünüdür ve her ne kadar “*sözleşmeler şemasında bağımsız bir tip*”¹⁶⁹ olarak kendine yer bulamasa da, iki taraflı hukukî işlem şeklinde ortaya çıkan sözleşmesel bir bağ oluşturmaktadır¹⁷⁰. Sonuç olarak çerçeve sözleşmenin de bir sözleşme olduğu noktasında tereddüt edilmemelidir¹⁷¹. Bu sözleşmede taraflar ileride akdetmeye niyetli oldukları sözleşmelerin ana hatlarını çizmektedirler. Dolayısıyla çerçeve sözleşme ileride akdedilecek sözleşmenin tür ve içeriğine göre bir şekle bürünür. Bu da tarafların somut olaya göre değişebilecek irade ve ihtiyaçları doğrultusunda belirlenecektir. Yani çerçeve sözleşme bir bakıma

¹⁶⁵ Karş. Halil Akkanat, “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 276; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 112; Nami Barlas, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999, s. 808-809.

¹⁶⁶ Akkanat, **a.g.m.**, s. 276; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 112. –Öte yandan çerçeve sözleşmenin ileride sözleşme yapma borcu doğuran bir ön sözleşme ile birlikte akdedilebileceği de kimi yazarlarca kabul edilmektedir (Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 112 dn 61. Ayrıca karş. Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 32 dn. 63). -Farklı yönde: Barlas, **a.g.m.**, s. 814 vd., özellikle s. 822. Yazara göre ileride münferit sözleşmeler akdetme yükümlülüğünün doğmaması çerçeve sözleşmenin onu ön sözleşmeden ayıran karakteristik özelliklerindedir ve şayet “*çerçeve sözleşmede taraflar için böyle bir akdetme yükümlülüğü öngörülyorsa, artık ortada –çerçeve sözleşme görünümünde olsa da- bir ön akid vardır ve ön akid karakteri daima baskın durumdadır.*” (Barlas, **a.g.m.**, s. 822).

¹⁶⁷ Akkanat, **a.g.m.**, s. 277; Barlas, **a.g.m.**, s. 813. –Bununla birlikte çerçeve sözleşmede taraflar açısından yan edim yükümü niteliğini taşıyan bazı kayıtlara rastlanabilir (Barlas, **a.g.m.**, s. 810 ve özellikle dn 6.).

¹⁶⁸ Akkanat, **a.g.m.**, s. 277; Barlas, **a.g.m.**, s. 813.

¹⁶⁹ Barlas, **a.g.m.**, s. 818.

¹⁷⁰ Barlas, **a.g.m.**, s. 818.

¹⁷¹ Akkanat, **a.g.m.**, s. 278.

kendisinden sonra yapılacak bu münferit sözleşmelerle¹⁷² tamamlanmakta ve onlara göre biçimlenmektedir¹⁷³. Bu sebeple de belli tipler halinde kategorize edilmezler¹⁷⁴.

Uygulamada akdedilen elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerine bakıldığında, sözleşme koşulları ve abonenin kişisel bilgileriyle tercihlerinin yer aldığı farklı eklerden oluştuğu görülmektedir. Aslı edimlerin belirlendiği kısımlar abonenin tercihlerinin yer aldığı bölümdür. Genel işlem koşullarından oluşan ve sözleşme koşullarının yer aldığı ekte ise yetkili yargı yeri, borca aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin şartlar vb. unsurlar yer alır. Bu son bahsettiğimiz, yani aslı edimin yer aldığı ve abonenin tercihleri dışındaki bölüm, çerçeve sözleşme niteliğinde olan bölümdür. Buna göre abone başta kararlaştırılmamış olan bir ek hizmetten daha sonra mesaj gönderme, müşteri hizmetlerini arama, online işlem vb. bir yöntemle faydalanmak istediğinde taraflar arasında yeni bir sözleşme akdedilmiş olur. Sürekli borç ilişkisinin devamı boyunca gerçekleşecek bu münferit sözleşmeleri yapıp yapmamakta taraflar serbesttirler¹⁷⁵. Ancak yapmaları halinde bu münferit işlemler başlangıçta imzalanan çerçeve sözleşmenin hükümlerine göre şekillenecektir¹⁷⁶.

Ayrıca işaret edelim ki genel işlem koşulları ve çerçeve sözleşmeler arasında yakın ilişki bulunmakla beraber, bunlar farklı kurumlardır¹⁷⁷. Genel işlem koşulları sözleşmenin taraflarından birinin gelecekte benzer sözleşmelerde kullanmak üzere tek taraflı düzenlediği normlardır. Çerçeve sözleşme ise tarafların ortak iradesinin ürünüdür¹⁷⁸. Bununla birlikte çerçeve sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde genel işlem koşullarının kullanılmasına da bir engel yoktur¹⁷⁹. Fakat tarafların bu hususu

¹⁷² Bu sözleşmelere öğretide uygulama sözleşmeleri de denmektedir (Bu doğrultuda bkz. Akkanat, **a.g.m.**, s. 276; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 112).

¹⁷³ Akkanat, **a.g.m.**, s. 278; Barlas, **a.g.m.**, s. 809-810; Eren, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁷⁴ Barlas, **a.g.m.**, s. 809-810.

¹⁷⁵ Buna karşılık belirtmek gerekir ki işletmecinin TKHK. m. 5/f. 2 ve dürüstlük kuralı gereği sözleşme akdetme zorunluluğu bulunduğundan, abonenin talebi halinde ek hizmetin verilmeyeceği şeklinde bir irade beyanında bulunamayacaktır.

¹⁷⁶ Atamer, **a.g.e.**, s. 96.

¹⁷⁷ Barlas, **a.g.m.**, s. 810-811. Ayrıca bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 95-96.

¹⁷⁸ Barlas, **a.g.m.**, s. 811.

¹⁷⁹ Atamer, **a.g.e.**, s. 95-96; Barlas, **a.g.m.**, s. 811.

açıkça düzenlemiş olmaları gerekmektedir. Genel işlem koşullarını haiz metin içinde ileride kurulacak sözleşmelerde de belirli hükümlerin uygulanacağını belirtilmesi halinde, global benimseme yoluyla bir çerçeve sözleşme meydana geleceği öğretide kolaylıkla kabul edilmemektedir¹⁸⁰. Öte yandan temelde sürekli bir borç ilişkisi bulunmaktaysa, hangi tür işlemlere uygulanacağını somutlaştırılmış olması kaydıyla çerçeve sözleşmenin yürürlük kazanacağı belirtilmektedir¹⁸¹. Elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerinde taraflar sözleşme koşullarının temel haberleşme hizmeti ve ek hizmetlere uygulanacağını belirtmekle bu somutlaştırmayı gerçekleştirmektedirler. Dolayısıyla taraflar arasında haberleşme hizmetlerine ilişkin olarak akdedilecek münferit sözleşmelere çerçeve sözleşme hükümleri uygulanabilecektir. Son olarak belirtelim ki bu çerçeve ilişkideki hükümlerin karşı tarafın (abonenin) lehine olması kaydıyla BK. m. 6 (zımnî kabul) yoluyla değiştirilebileceği kabul edilmektedir¹⁸².

¹⁸⁰ Bu konuda bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 96 ve dn. 78'de zikredilen yazarlar.

¹⁸¹ Atamer, **a.g.e.**, s. 96-97.

¹⁸² Atamer, **a.g.e.**, s. 97.

III. Bölüm

Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Özellikler

A. Şekli

Elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerinin şekline ilişkin biri Elektronik Haberleşme Kanunu, diğeri ise Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde olmak üzere iki ayrı düzenleme bulunmaktadır.

EHSTHY. m. 14/c. 1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Abonelik sözleşmelerinin yazılı şekilde en az on iki punto ile hazırlanması ve aboneye yükümlülük getiren hususların açık ve anlaşılabilir şekilde siyah koyu harflerle belirtilmesi zorunludur.”

Öncelikle belirtelim ki sözleşmenin ifa edilmesiyle ilgili bir kavram olan aboneliği herhangi bir sözleşme tipi öngörmeksizin şekle tâbi tutmak isabetli olmamıştır. Bu sebeple Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikteki bu düzenlemenin “abonelik şeklinde ifa edilen elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi yazılı şekle tâbidir.” olarak anlaşılması gerekir.

Diğer yandan şu hususun da önemle belirtilmesi gerekir ki, Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde bir sözleşmenin yazılı şekle tâbi tutulmuş olması, yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olarak kabulü için yeterli görülmez. Zira geçerlilik şekli olarak yazılı şekil şartı ancak kanunla getirilebilir¹⁸³. Ancak kanunun açıkça bir şekil şartı öngörmüş olması halinde bu şeklin nasıl gerçekleştirileceğinin tüzük veya yönetmelikle düzenlenebilmesi mümkündür¹⁸⁴.

¹⁸³ BK. m. 11'e göre “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir. -Kanunun emrettiği şeklin şumul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tâyin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.” Maddedeki “kanun” ifadesinin tüzük ve yönetmelikleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 221 dn. 15e. Ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 116-117.

¹⁸⁴ Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 221.

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin şekline ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla yönetmelikte yer alan bu yazılı şekil ancak bir ispat aracı olarak görülebilir.

Nitekim münhasıran abonelik şeklindeki elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerini düzenleyen EHK. m. 50/f. 1'e bakıldığında da herhangi bir yazılı şekil şartı öngörülmediği anlaşılmaktadır. Maddeye göre:

“(1) Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeyle sözleşme yapma hakkına sahiptir. Abonelik sözleşmelerinde asgari olarak elektronik haberleşme hizmeti sağlayan işletmecinin adı ve adresi, sunulacak hizmetler, teklif edilen hizmet kalitesi seviyeleri ve ilk bağlantının gerçekleştirilebilme süresi, sunulacak bakım ve onarım hizmetlerinin çeşitleri, uygulanacak tarifelerin içeriği ve tarifelerdeki değişiklikler hakkında güncel bilgilerin hangi yollardan öğrenilebileceği, sözleşmenin süresi, sona ermesi ve yenilenmesine ilişkin koşullar, işletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalite seviyesinin sağlanamaması halinde tazminat ya da geri ödemeye ilişkin işlem, abone ile işletmeci arasında uzlaşmazlık çıkması halinde uygulanacak çözüm yöntemleri gibi bilgilere yer verilir.”¹⁸⁵.

Kurulan sözleşmelerde maddede belirtilen unsurlara yer verilmemiş olması halinde Kurumun idari para cezası uygulaması söz konusu olabilecektir.

Ayrıca işaret edelim ki TKHK. m. 6/f. 6, “...11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir...” şeklinde bir hüküm içermektedir. Ancak m. 11/A'da abonelik sözleşmelerinin yazılı olarak akdedileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmenin geçerliliğinde şekil serbestisi kural olduğundan ve yazılı şekil şartının

¹⁸⁵ Maddede bu bilgiler örnekleyici olarak sayılmıştır. Bu husus, “...**asgari olarak (...)** gibi bilgilere yer verilir.” ifadelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, “**asgari olarak**” ve “**gibi**” ibareleri bu sayılanların haricindeki bilgilere de sözleşmede yer verilebileceğine işaret etmektedir.

açıkça düzenlenmesi gerektiğinden bu hükümden ne elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerinin ne de diğer aboneliklerin yazılı şekil şartına tâbi olduğu sonucuna varılabilir.

B. Sözleşme Koşullarında Değişiklik Yapılması

Kural olarak işletmecinin sözleşme koşullarında değişiklik yapmak istemesi halinde, yeni sözleşme şartlarının sözleşmeye dâhil olması için yukarıda yürürlük denetimi başlığı altında bahsetmiş olduğumuz açık veya global benimseme yöntemlerinden birinin varlığı aranacaktır.

Öte yandan uygulamaya bakıldığında son kullanıcılarla akdedilen sabit telefon ve mobil telefon hizmeti aboneliklerinde işletmecilerin sözleşme hükümlerini ve bununla birlikte tarife içeriklerini tek taraflı değiştirebileceğine dair bir hükme yer verdikleri görülmektedir. Sözleşmelerde yer alan bu hükme göre işletmeci değişiklikler yürürlüğe girmeden belli bir süre önce aboneleri bilgilendirmekle yükümlüdür. Yapılan bilgilendirme aboneye sözleşmeyi feshetme hakkının bulunduğu ve tarafların birbirine tazminat ödemekle yükümlü olmayacağı bilgisini de içerecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşmeye koydukları bu hüküm, kanunî bir dayanağı bulunmadığı sürece ne yürürlük denetiminden ne de içerik denetiminden kurtulabilir. Zira işletmeci yalnızca abonenin lehine olan değişiklikleri tek taraflı olarak yapabilecektir. Abonenin menfaatine aykırı olan değişiklikler ise onun rızası alınmadıkça sözleşmeye dâhil olamazlar. İşletmeciye bu yetkinin verildiği düzenlemeye EHK. m. 50/f. 4 hükmünde rastlamaktayız. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“İşletmeci tarafından abonelik sözleşme koşullarında değişiklik yapıldığının aboneye bildirilmesinden¹⁸⁶ sonra, abone herhangi bir

¹⁸⁶ Bu bilgilendirmenin nasıl yapılacağı kanunda veya yönetmelikte açıkça belirtilmemekle beraber, doğrudan aboneye yönelik bir bilgilendirmenin aranacağı anlaşılmaktadır. Nitekim Kurul’un verdiği bir kararında da bu husus göze çarpmaktadır. 16.09.2009 t. ve 2009/DK-07/477 sayılı Kurul Kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: *“Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin 28.07.2009 tarih ve*

tazminat ödemededen sözleşmeyi feshedebilme hakkına sahiptir. İşletmeciler, sözleşmede yapılacak değişiklikler yürürlüğe girmeden en az bir ay önce abonelerini bilgilendirmekle ve söz konusu değişikliklerin abone tarafından kabul edilmemesi halinde abonelerin herhangi bir tazminat ödemededen sözleşmeyi fesh edebilme haklarının bulunduğunu bildirmekle yükümlüdürler.”¹⁸⁷.

Maddede elektronik haberleşme alanındaki abonelik sözleşmelerinin içeriğinin değiştirilmesi; diğer bir ifadeyle genel işlem koşullarının içeriğe dâhil edilmesine ilişkin olarak bir istisnaya yer verilmektedir. Hükümde işletmeci tarafından yapılan değişikliklerin abone tarafından kabul edilmemesi halinde aboneye sözleşmeyi tazminatsız fesih hakkı tanınmıştır. Demek ki işletmeci tarafından tek taraflı olarak yapılan bir değişiklikten sonra abonenin önünde iki seçenek vardır: Ya sözleşmeyi feshedecektir ya da işletmeci tarafından yapılan değişiklikleri kabul edecektir. Kanun koyucunun yalnızca abonenin sözleşmeyi feshetme hakkından bahsetmesi ve bu hususta bilgilendirilmesini araması bize göstermektedir ki, abonenin elinde sözleşmeyi eski haliyle yürürlükte tutmak gibi bir imkân bulunmamaktadır. Dolayısıyla abonenin fesih beyanında¹⁸⁸ bulunmaması durumunda bu şartların

615 sayılı yazısı ile Kurumumuz onayına sunduğu StandartHatt, HesaplıHatt, YazlıkHatt, ŞirketHatt, KonuşkanHatt kapsamında sunulan indirimli görüşme uygulamasının ve HesaplıHatt kapsamında sunulan ücretsiz görüşme uygulamasının tüketici mağduriyetlerinin yaşanmamasını teminen abonelere gerekli bilgilendirmelerin (fatura ekinde en az bir defa gönderilecek ayrı bir bilgilendirme yazısı ve abonenin yapacağı bir görüşme öncesinde en az bir defa tümüyle dinlemesini temin edecek şekilde sesli mesaj ile uyarmak suretiyle) yapılması ve bilgilendirmenin yapılmasından itibaren 1 ay sonra kaldırılmasının uygun bulunduğu...”.

¹⁸⁷ Benzer bir hüküm de EHSTHY. m. 18/f. 6’da yer almaktadır. Maddeye göre, “İşletmeciler sözleşmede yapılacak değişiklikler yürürlüğe girmeden en az bir ay önce abonelerini bilgilendirmekle yükümlüdür. İşletmeci tarafından abonelik sözleşme şartlarında **abone aleyhine** bir değişiklik yapıldığının aboneye bildirilmesinden sonra, abone herhangi bir tazminat ödemededen sözleşmeyi feshedebilme hakkına sahiptir. İşletmeciler söz konusu değişikliklerin kabul edilmemesi halinde abonelerin herhangi bir tazminat ödemededen sözleşmeyi feshedebilme haklarının bulunduğunu abonelere bildirmekle yükümlüdür”. Kanundakinden farklı olarak Yönetmelikteki düzenlemede yalnızca abone aleyhine olan değişikliklerin bildirileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yapılacak bir yürürlük denetimi sonucunda da abonenin menfaatine aykırı hükümler rızası alınmaksızın sözleşmeye dâhil sayılmayacağından aynı neticeye varılacaktır. Ancak bir değişikliğin abonenin menfaatine aykırı olup olmadığı işletmeci tarafından değerlendirilemeyeceğinden kanunda ifade edildiği gibi her türlü değişikliğin aboneye bildirilmesi yerinde olacaktır.

¹⁸⁸ Fesih beyanı karşı tarafa ulaşması gerekli bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğundan (Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 153; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 153, 155; Seliçi, **a.g.e.**, s. 115; Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 200) işletmecinin bu beyana bir cevapta bulunmasına gerek yoktur. Ayrıca

susarak (örtülü benimseme ile) sözleşme içeriğine dâhil olacağı kabul edilmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle kanun koyucu burada istisnai olarak genel işlem koşullarının abonenin açık bir irade beyanı olmaksızın sözleşme içeriğine girebileceğini kabul etmiş olmaktadır. Bu durumda abonenin yollayacağı ret beyanı sözleşmenin feshedilmesi olarak yorumlanacaktır. Zira maddede sözleşme değişikliğinin haklı bir fesih sebebi olduğu kabul edilmiş; bununla birlikte aboneye bu değişiklikler olmaksızın sözleşmeyi devam ettirme imkânı tanınmamıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, öğretilerde savunulan bir görüşe göre¹⁸⁹ Borçlar Kanunu'nda gönderilmesi gerekli irade beyanlarının varma ile hüküm ifade edeceğini belirten bir düzenleme olmadığından, bunların ne zaman hüküm ifade edeceği muamelenin mahiyeti ve tarafların menfaatine göre değerlendirilmelidir. Buna göre bir muamelede beyan sahibinin korunması amaçlanmakta ise gönderme yetecektir. Şayet muhatap korunmak isteniyorsa varma hatta yerine göre öğrenme gereklidir. Haklı sebeple fesih dürüstlük kuralına göre sözleşmeyle bağlı kalması kendisinden beklenemeyecek tarafı bu bağdan kurtarmayı amaçladığına göre, bu gibi hallerde fesih beyanının gönderilmesi ile birlikte muamelenin hüküm ifade edeceği belirtilmektedir¹⁹⁰. Kanaatimizce bu çözüm maddede aboneye tanınan fesih hakkının mahiyetine uygun değildir. Zira kanun koyucu bu değişikliklerin yürürlüğe girmeden 1 ay önce abonelere bildirilmesini öngörmüştür. Dolayısıyla bu akdî bağdan kurtulmak isteyen abonenin, henüz haklı sebep oluşmadan sözleşmeyi feshetme fırsatı vardır. Bu sebeple maddede belirtilen haklı sebep hallerinde fesih beyanının “varması” gereklidir. Öte yandan işletmeci aboneye bu beyanını e-posta, kısa mesaj vb. bir yolla yapabilme imkânını sağlamalıdır.

Ayrıca işaret edelim ki uygulamada işletmeci ve aboneler arasında akdedilen sözleşmelerin bazılarında belli bir geçerlilik süresi öngörülmektedir. Abone süre

belirtmek gerekir ki abonenin mutlaka “*sözleşmeyi feshediyorum*” gibi bir beyanda bulunması da şart değildir. Sözleşme değişikliklerini kabul etmediği dürüstlük kuralı gereğince anlaşılabiliriyorsa sözleşmeyi feshettiği sonucuna varılabilecektir (Karş. Seliçi, **a.g.e.**, s. 115-116). Ancak şüphe halinde zimni feshin olmadığı sonucuna varılacaktır (Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 200).

¹⁸⁹ M. Kemal Oğuzman, **Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 130.

¹⁹⁰ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 130. Aksi fikirde: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 155. Yazara göre kanunda aksi belirtilmedikçe varma gereklidir.

sona ermeden belli bir müddet önce sözleşmeyi feshedeceğini bildirmezse sözleşmenin devam edeceği kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla şayet işletmeci abonenin önceden seçtiği tarifinin içeriğinde bir değişiklik yapmak isterse, abonenin bunları açıkça bildirmek suretiyle kabul etmeme hakkı mevcuttur ve sözleşmeyi feshetmeye zorlanamaz. Bu durumda belirlenen sürenin sonuna kadar o sırada tâbi olunan tarifinin (ya da sözleşme hükümlerinin) eski haliyle yürürlükte kalacağı kabul edilmeli ve abone fesih hakkını dilerse hemen dilerse de sözleşme süresi sonunda etkili olacak şekilde kullanabilmelidir. Aksi takdirde işletmecinin istediği zaman aboneyi sözleşmeyi feshe zorlayabileceği gibi bir sonuç çıkar ki, bu ne sözleşme yapma zorunluluğuyla ne de sözleşmeyi istediği zaman feshetme hakkını sadece aboneye tanıyan hükmün son cümlesiyle bağdaşır. Buna karşılık abone hiçbir beyanda bulunmazsa, bu durumda değişikliklere razı olmuş demektir.

Yine bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da taahhütlü bir tarifinin bulunup bulunmadığıdır. Taahhütlü tarifinin bulunduğu durumda her iki taraf da tarifinin uygulanacağı süre ile bağlı olmakla birlikte, örneğin ücrette indirimle gidilmesi gibi abonenin lehine olan bir değişiklik sözleşmeye dâhil edilebilir. Ancak abone işletmeciyi böyle bir harekete zorlayamaz. Aynı şekilde işletmeci de aboneyi yeni tarifeye uymaya zorlayamayacaktır.

Şu noktanın da altını çizelim ki işletmecilerin abonelik sözleşmelerine koydukları; değişikliklerin *makul bir süre* öncesinde abonelere bildirileceği şeklindeki ifade Elektronik Haberleşme Kanunu'nda belirtilen 1 aylık süreden daha geç olarak kararlaştırılmaz. Süreye ilişkin bu hüküm emredicidir. Nihayet işletmecinin sözleşmeye dâhil etmek istediği değişikliklerin başta Kurum tarafından yapılacak ön denetim olmak üzere içerik denetiminden geçeceği de unutulmamalıdır.

C. Mesafeli Sözleşme Olarak Kurulması

Tüketicinin sözleşmelerin kurulması sırasında özel bir korumaya tabi tutulması esas itibarıyla iki noktada önem taşır: bir taraftan sözleşmenin içeriği, diğer taraftan sözleşmenin kurulmasına ilişkin özel durumlar. İlki genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler bakımından ön plana çıkmakta iken; Mesafeli Sözleşmelere

Dair Yönetmelik daha çok sözleşmenin nasıl kurulduğu ile yakından ilgilidir. MSDY. m. 2'ye göre ilgili yönetmelik hükümleri:

“...yazılı, görsel ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan, malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi ya da ifası kararlaştırılan sözleşmelere uygulanır.”

Bu tanımda mesafeli sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayan en önemli unsur, tarafların sözleşmeyi fiziksel olarak “karşı karşıya” gelmeksizin “iletişim araçlarıyla” yapmış olmalarıdır. Ayrıca öğretilerde bazı yazarlarca¹⁹¹ malın veya hizmetin organize bir uzaktan satış veya hizmet sağlama sistemi ile sağlanmış olması da aranmaktadır. Bu şartlara ek olarak mesafeli sözleşmenin varlığından söz edebilmek için sözleşmenin karşı tarafında bir tüketicinin yer alması gerektiği de hükümden çıkarılabilecektir.

Elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerine taraf olan son kullanıcının sözleşmenin devamı süresince uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla gireceği borç ilişkilerini somutlaştırmak adına örnek olarak şu haller anılabilir:

- Söz gelimi abonelerin reklam, ilan, arama, mesaj vb. bir yolla tarifeler hakkında bilgilendirildikleri ve bu yapılan bilgilendirmeler doğrultusunda yine benzer yollarla¹⁹² uygulanan tarifeyi değiştirebildikleri sıkça görülen bir durumdur.
- Belli bir numaraya mesaj yollamak suretiyle mobil telefonlara internet aboneliği alınabilmektedir. Dijital yayıncılık hizmetinde belli bir filmin

¹⁹¹ Mehmet Demir, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 25; Emrehan İnal, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 77. Aksi fikirde: Alev Erten, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009, s. 176; Ümit Gezder, **Mesafeli Sözleşmeler**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s. 40.

¹⁹² Uygulamada bunun en yaygın örneği abonenin belli bir tarife paketine karşılık gelen kelimeyi, işletmeci tarafından kendisine bildirilen bir numaraya kısa mesaj olarak yollaması şeklinde gerçekleştirilen tarife değişikliğidir.

televizyon karşısından ücret karşılığında izlenmesi de verilebilecek bir başka örnektir.

- Aynı şekilde içerik sağlayıcıya¹⁹³ ödenen belli bir ücret karşılığında ses veya görüntü dosyasının kısa mesaj veya internet yoluyla cep telefonlarına indirilebilmesi mümkündür¹⁹⁴.

Yukarıda vermiş olduğumuz örneklerden ilki tarifenin belirlendiği sözleşmenin değiştirilmesine yönelik bir işlemdir. İkinci ve üçüncü örnekte ise yeni bir sözleşmenin kurulması söz konusudur. Son örnekte ise işlemin sürekli borç ilişkisi çerçevesinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği içerik sağlayıcının abonelik şeklinde kurulan sözleşmenin karşı tarafını oluşturan işletmeci olup olmamasına göre değişecektir. Şayet içerik sağlayıcı abonelik sözleşmesinin tarafı değilse, mesafeli sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabileceğinde şüphe yoktur. Zira burada mesafeli sözleşmenin varlığının kabulü için aranan şartlar gerçekleşmiştir.

Buna karşılık diğer hallerde bayide önceden akdedilmiş bir sözleşme bulunduğundan *karşı karşıya gelmeme* şartı oluşmamıştır. Tarife değişikliği ve ek hizmetlerin yürürlüğe girmesi gibi münferit sözleşmeler yeni bir sözleşme akdi olarak görülebilse dahi, çerçeve sözleşmenin bu münferit sözleşmelerin içeriğine kendiliğinden dâhil olması ve çerçeve sözleşme hükümlerinin bayide imzalanması, *karşı karşıya gelmeme* şartının oluşmasına engel olacaktır. Dolayısıyla mesafeli sözleşme hükümlerinin sürekli borç ilişkisi çerçevesindeki ek hizmet ve değişikliklerde doğrudan uygulama alanı bulacağı sonucuna varılamaz. Kanaatimizce bu gibi durumlarda mesafeli sözleşme hükümleri ancak kıyasen uygulanabilir. Nitekim mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasındaki temel amaç tüketicinin konu hakkında bilgi ve tecrübe sahibi olmamasının yanında malı görmemesi veya

¹⁹³ İçerik sağlayıcı, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “Tanımlar” kenar başlıklı 3. maddesinde, “internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁹⁴ Belirtelim ki içerik sağlayıcı abonelik sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan işletmeci olabileceği gibi, sürekli borç ilişkisi dışındaki başka bir işletmeci de olması mümkündür. Bununla birlikte elektronik haberleşme hizmeti veren işletmeciler kendi abonelerine müzik dinleme, oyun oynama veya film izleme (indirme) gibi hizmetleri tarife paketleri halinde de sunabilmektedirler. Ayrıca bu paketlere haftalık veya aylık abone olunması da mümkündür.

hizmet hakkında bir fikir edinememiş olmasındır¹⁹⁵. Bu sebeple abonenin bayiye gitmeden iletişim araçlarıyla gerçekleştirdiği hukukî işlemlere mesafeli sözleşme hükümlerinin bu hususlar dikkate alınarak ve ancak kıyasen uygulanabileceği kanısındayız.

¹⁹⁵ Karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 216-217.

IV. Bölüm

Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinden Doğan Borçlar

A. İşletmecinin Borçları

1. Elektronik Haberleşme Hizmetini Sağlama Borcu

İşletmecinin sözleşmeden kaynaklanan aslı borcu elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasıdır. Bu borç, hem son kullanıcıyla kurulan sözleşmelerde hem de Kurumla kurulan yetkilendirmeye ilişkin sözleşmelerde yer almaktadır. İşletmecinin bu borcu, aynı zamanda elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine tipini veren borçtur. Zira, diğer tarafın asli borcu sözleşmelerin birçoğu için geçerli olan belirli bir miktar paranın ödenmesinden ibarettir.

Borcun içeriği ise sözleşmenin konusunu oluşturan elektronik haberleşme türüne göre değişecektir. Söz gelimi telefon hizmeti sözleşmelerinden kaynaklanan aslı borç, gelen ve giden telefon bağlantılarını kurma ve buna bağlı yan borçlar olabileceken, dijital yayın sözleşmesinden doğan borç belli kanalların izlenmesini sağlama hizmeti şeklinde ortaya çıkar. Yine mobil telefon hizmetinin sağlanmasına yönelik olarak kurulan sözleşmede hizmetin konusunu birden çok edim oluşturur; örneğin telefon bağlantısı kurmanın yanında, mobil telefonda internete erişimin sağlanması ile kısa mesaj iletim borcu da yüklenilmektedir. Neticede hangi tür elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi olursa olsun işletmecinin borcunun genel çerçevesini EHK. m. 3/h'de tanımlanan¹⁹⁶ elektronik haberleşme kavramı oluşturur. Teknolojinin getirdiği gelişmeler sonucunda bu hizmetlerin çeşitlilik göstereceği kuşkusuzdur.

İşletmecinin borcunu ifa ederken riayet etmesi gereken ve bütün elektronik haberleşme hizmeti sözleşmeleri için geçerli olan bazı temel esaslar bulunmaktadır. Bunlardan ilki bu hizmetlerin kesintisiz olarak görülmesi gerekliliğidir. Bu husus EHSTHY. m. 12/f. 1'de,

¹⁹⁶ Bkz. yukarıda “*Elektronik Haberleşme Hizmetinin Sağlanması*” başlığı.

“Mücbir sebepler dışında işletmeciler tarafından hizmetin kesintisiz olarak sürdürülmesi esastır.”

şeklinde ifade olunmaktadır. Yine işletmecilerle yapılan yetkilendirme sözleşmelerinde de verilecek hizmetin sözleşme süresince günde 24 saat görülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte işletmeci EHSTHY. m. 12/f. 2’ye göre faturanın son ödeme tarihinde ödenmemesi halinde hizmetin sunumunu kısıtlamaya veya tamamen durdurmaya yetkilidir. Ancak sözleşmenin feshi halleri hariç, ödeme yapıldıktan sonra en geç yirmi dört saat içinde hizmetin sunumuna devam edilecektir. Buna ek olarak hizmetin mutlak kullanım düzeyinin çok üzerinde olduğunun tespiti ve hukuka aykırı ya da hileli bir faaliyetin varlığı konusunda haklı bir şüphenin bulunması durumlarında da son kullanıcıya bilgi verilerek hizmetin sunumunu kısıtlamak veya durdurmak mümkündür (EHSTHY. m. 12/f. 3, b. (a) ve (b)). Fakat bu yola sadece tüketicinin menfaatinin korunması amacıyla başvurulabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, son kullanıcının rızası alındığı sürece hizmetin belli dönemlerde görüleceğine dair bir sözleşme yapılabilmesine de imkân vardır.

İşletmecinin elektronik haberleşme hizmetini sağlama borcunu ifa etmemesi durumunda borçlu temerrüdü hükümleri (BK. m. 101 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi aynı zamanda karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğundan son kullanıcı, koşulları varsa BK. m. 106 vd. hükümlerinde öngörülen seçimlik haklara da sahip olacaktır. Ancak hemen belirtelim ki borçlu temerrüdüne ilişkin bu hükümler ani edimli borç ilişkileri esas alınarak düzenlenmişlerdir. Abonelik şeklinde kurulan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi gibi ifanın belli bir süre devam edeceğinin kararlaştırıldığı sürekli borç ilişkilerinde bu hükümlerin uygulanmasında bazı farklılıklar görülür. Öncelikle sürekli borç ilişkilerinde edimlerin ifasına başlanmışsa sözleşmeden dönme değil, ileriye etkili fesih söz konusu olacaktır. Fesih üzerine son kullanıcı olumlu zararının tazminini isteyebilir¹⁹⁷. Diğer yandan aynen ifa ve gecikme tazminatının talep

¹⁹⁷ Ayrıca bkz. TBK. m. 126. İşletmecinin temerrüdü halinde son kullanıcının fesih hakkının sınırlandırılabilmesine ilişkin olarak bkz. aşağıda “*Olağanüstü Fesih*” başlığı.

edilebilmesi hakkı çoğu durumda kullanılmayacaktır. Zira geçmiş döneme ait sunulmayan hizmetin aynen ifası artık son kullanıcı bakımından faydasız kalmıştır¹⁹⁸.

2. Arabağlantı ve Dolaşım (Roaming) Sağlama Borcu

İşletmecinin haberleşme hizmetini sağlama borcu sadece kendi müşterileri arasındaki iletişimi sağlamakla sınırlı değildir. Elektronik haberleşme sektöründeki işletmeci sayısı birden fazla olduğundan, hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi için farklı işletmecilerin son kullanıcıları arasında da iletişimin sağlanması zorunludur¹⁹⁹. Sektördeki farklı işletmecilerin son kullanıcıları arasındaki iletişim, işletmecilerin aralarında akdettikleri arabağlantı sözleşmesi çerçevesinde sağlanmaktadır. EHK. m. 3/e’de arabağlantı:

“Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı”

şeklinde tanımlanmaktadır. EHK. m. 16/f. 2’ye göre:

“...tüm işletmeciler, talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler. Tarafların anlaşamamaları halinde Kurum, işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirebilir.”

Her ne kadar arabağlantı sözleşmeleri işletmeciler arasında akdedilen bir özel hukuk sözleşmesi mahiyetinde²⁰⁰ olsa da Elektronik Haberleşme Kanunu taraflar arasındaki

¹⁹⁸ Bu durumda son kullanıcı fesihle birlikte olumlu zararının tazminini istemek için mehil vermek zorunda da değildir (BK. m. 107/b. (2)).

¹⁹⁹ Şerafettin Ekici, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 112.

²⁰⁰ Ali Ulusoy, “Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arasındaki İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği”, **AÜHFD.**, C: 50, S: 2, 2001, s. 151, 158.

müzakerelerin sonuç vermemesi üzerine Kurumun bu sözleşmelere müdahale edebileceğini öngörmektedir. Bu müdahalenin konusunu, işletmecilere sözleşme yapma zorunluluğu getirmek oluşturmaktadır. Zira farklı işletmecilerin kullanıcıları arasında iletişimin sağlanması bir arabağlantı sözleşmesi akdedilmesini gerekli kılmaktadır. Kurumun müdahale yetkisi bununla da kalmayıp, tarafların arabağlantı ücretine ilişkin anlaşma sağlayamamaları halinde bu ücreti bizzat belirleme yetkisini²⁰¹ de içermektedir (EHK. m. 20/f. 2)²⁰².

İşletmeciler ayrıca ulusal ve uluslararası dolaşım hizmeti vermekle de yükümlüdürler. EHK. m. 3/z-(üü)'de ulusal dolaşım,

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

olarak tanımlanmaktadır. Elektronik Haberleşme Kanunu'nda yapılan tanım *ulusal dolaşım* başlığı altında yapılmaktaysa da, abonenin yurt dışına çıkması halinde farklı

²⁰¹ Örnek olarak bkz. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Tarifeler Dairesi Başkanlığı'nın 10.02.2010 tarih ve 2010/DK-07/88 sayılı kararı, (Çevrimiçi) (http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2010%20DK-07-88.pdf), 01.07.2011.

²⁰² “Belirtilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; GSM işletmecileri yönünden roamingin, bir GSM abonesinin, kendi şebekesinin kapsam alanı dışında bulunan aynı GSM abonesine, başka bir GSM şebekesinin altyapısından yararlanarak bağlantı kurabilmesini, ara bağlantı ise, bir GSM şebekesi abonesinin, diğer şebekenin abonesini arayabilmesi için iki şebeke arasında kurulan bağlantıyı ifade ettiği, işletmeciler yönünden hem ara bağlantı hem de roamingin, belli koşullar altında birer yükümlülük olduğu, ara bağlantı konusunda nasıl bir yönetmelik çıkarılacağına Kanun'un 10. maddesinde daha ayrıntılı düzenlenmişken, roaming hususunda sadece roamingin herhangi bir işletmeci için zorunlu olabilmesinin, bu roaming talebinin makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan mümkün olmasına bağlandığı, bunun dışındaki ayrıntıların tamamen yönetmeliklere bırakıldığı, diğer yandan, Telekomünikasyon Kurumu'na, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak bu konuda görevli işletmelerin mevzuata uygun olarak faaliyetlerini yürütmelerini denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde Kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak, bu tedbirlerden birisi olarak da işletmeciler arasında ara bağlantı ve ulusal dolaşım konularında ortaya çıkabilecek ihtilafları çözümlenmek, ayrıca Kurum'a telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili olarak sektörün faaliyetlerini tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak hususlarında görev ve yetki verildiği anlaşılmaktadır.” (Danıştay 13. Dairesi, 13.12.2005 t., E. 2005/1716, K. 2005/5892 (Kazancı İçtihat Bankası)).

ülkelerde mukim işletmecilerce sağlanan uluslararası dolaşım gündeme gelecektir²⁰³. Buna göre işletmeci abonesine sağladığı hizmeti doğrudan kendi kurduğu sistem üzerinden değil, ancak aynı ülke sınırları içindeki başka bir işletmecinin ağından sağlıyorsa ulusal dolaşım söz konusu olmaktadır²⁰⁴. Abonenin yurtdışına çıkması halinde, işletmecinin yabancı bir işletmecinin şebekesi üzerinden sağladığı hizmetler ise uluslararası dolaşım olarak adlandırılmaktadır²⁰⁵. Uluslararası dolaşım farklı ülkelerde hizmet veren işletmecilerin aralarında akdettikleri sözleşmeyle sağlanmaktadır²⁰⁶. Abone yurtdışında bir görüşme yapması durumunda yabancı ülkedeki işletmeci yerli işletmeciye bir fatura göndermekte ve yerli işletmeci de hem kendi gördüğü hizmeti hem de yabancı işletmecinin hizmetinin bedelini abonesine yansıtmaktadır²⁰⁷.

Belirtmek gerekir ki, uluslararası dolaşıma ilişkin olarak Elektronik Haberleşme Kanunu'nda Kuruma herhangi bir müdahale yetkisi tanınmamaktadır. Oysaki EHK. m. 6/t' de Kurumun görevleri arasında,

“Ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dahil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esasları belirlemek ve mevzuatın öngördüğü düzenlemeleri yapmak, elektronik haberleşme sağlanması amacıyla imzalanan anlaşmaların rekabeti kısıtlayan, mevzuata ve/veya tüketici menfaatlerine aykırı hükümler içermemesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak”

sayılmaktadır. Dolayısıyla Kurum ulusal dolaşım konusunda son kullanıcıların menfaatlerini de göz önünde tutarak düzenleme yapmaya ve bu düzenlemelere aykırılık halinde müdahalede bulunmaya yetkili iken, uluslararası dolaşıma ilişkin benzer bir yetkiye sahip değildir. Bu alanda işletmeciler arasında belirlenen tarifeler

²⁰³ Hüseyin Altaş, Nurcihan Dalcı, “AB Uluslararası Dolaşım (Roaming) Tüzüğü Hakkında Bir Değerlendirme,” **Telekom Dünyası Dergisi**, Ağustos 2010, s. 66 (Makale için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.telekomdunyasi.com/dergi.php?id=78>, 01.07.2011).

²⁰⁴ Altaş, Dalcı, **a.g.m.**, s. 66.

²⁰⁵ Altaş, Dalcı, **a.g.m.**, s. 66.

²⁰⁶ Altaş, Dalcı, **a.g.m.**, s. 66.

²⁰⁷ Altaş, Dalcı, **a.g.m.**, s. 66.

tamamen serbest piyasa koşulları içerisinde tarafların anlaşması ile oluşmaktadır ve çoğu zaman yüksek hizmet bedelleri olarak son kullanıcılara yansımaktadır.

Bu bağlamda uygulamada karşılaşılan önemli hukuki sorunlardan bir tanesi de özellikle ülkemizin sınıra yakın yerlerinde yaşayanların, yurtdışına çıkmamış olmalarına rağmen, yabancı baz istasyonlarını kullanmalarından dolayı yüksek meblağları içeren faturalarla karşılaşabilmeleridir. Bu gibi durumlarda yurt dışına çıkmadığını ortaya koyan son kullanıcılar, seçtikleri tarifeleri aşan söz konusu ücretlerden sorumlu tutulamayacaklardır. Zira uluslar arası dolaşıma bağlı olarak son kullanıcıya faturalandırılan ücret, ancak onun fiilen yurt dışında bulunduğu süre içerisinde yabancı işletmeci vasıtasıyla aldığı hizmet nedeniyle doğmaktadır. Son kullanıcı ülke içerisinde iken, her nerede olursa olsun, işletmeci ona şebeke içi tarife ücreti dışında ancak arabağlantı ücretlerini yansıtabilir. Ayrıca belirtelim ki, elektronik haberleşme sektöründe eşitlik ilkesi hâkimdir²⁰⁸. Buna göre işletmeci eşit konumdaki kişileri farklı ücretlendirmeye tâbi tutamaz. Bir başka ifadeyle İstanbul’da yaşayan bir son kullanıcı ile bir sınır kasabasında yaşayan son kullanıcı aynı hizmetten eşit koşullarda faydalanabilmelidir.

3. Bilgilendirme ve Aydınlatma Borcu

Haberleşme hizmetlerine hâkim olan ilkelere bir tanesi de açıklık ve şeffaflık ilkesidir²⁰⁹. Buna göre işletmeciler, sundukları elektronik haberleşme hizmetlerine erişim ve bu hizmetlerin kullanımı ile ilgili olarak gerekli bilgileri, talep olmaksızın tüm kullanıcılara sunmak ve bu bilgilere kolayca ulaşabilmelerini sağlamakla yükümlüdürler. Nitekim pozitif hukukumuzda bu ilkenin kapsamını belirleyen ve somutlaştıran düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrası,

²⁰⁸ EHK. m. 4/d’ye göre, “*Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması*” gereklidir.

²⁰⁹ Bunun dışında evrensellik ilkesi, serbest rekabet ilkesi ile eşitlik, süreklilik ve adaptasyon ilkeleri haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde hâkim olan diğer ilkelere aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 113 vd.

“İşletmeciler, özellikle hizmetler arasında seçim yapılırken ve abonelik sözleşmesi imzalanırken tüketicilerin karar vermelerinde etkili olabilecek hususlar ile dürüstlük kuralı gereği bilgilendirilmelerinin gerekli olduğu her durumda talep olmaksızın tüketicileri bilgilendirir”

hükümünü içermektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere işletmecilerin bilgilendirme borcu yalnızca haberleşme sözleşmesinin kuruluşu aşamasıyla sınırlandırılmamış ayrıca sözleşmenin devamı sırasında da işletmecinin dürüstlük kuralından doğan bilgilendirme borcunun bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca Kanun, Kuruma son kullanıcı ve tüketicilerin azami faydayı elde edebilmeleri ve hizmetlerin şeffaflık ilkesine uygun olarak sunulabilmesi için abonelerin bilgilendirilmesine yönelik olarak işletmecilere yükümlülükler getirebilme yetkisi tanımıştır (EHK. m. 49/f. 1). Bu yetki dâhilinde Kurum, Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği 6. madde ve devamı hükümlerinde şeffaflık ve bilgilendirme ilkesini somutlaştıran birtakım yükümlülükler getirmiştir.

Bu yükümlülükleri şu şekilde sıralayabiliriz:

1. İşletmeciler, asgari şu bilgileri talep olmaksızın tüm kullanıcılara sunmak zorundadırlar (EHSTHY. m. 6):

“a) İşletmecinin adı, ünvanı ve adresi,

b) Sunulacak hizmete ilişkin olarak; hizmetin tanımı ve kapsamı, hizmete erişim ve hizmetin kullanımı konusunda genel hüküm ve şartlar, hizmet içi uygulanacak tarifeler ve varsa abonelik paketleri, tarifelerin içerdiği vergi türleri ile bu vergilerin tarifeler hesaplanırken tarifelere yansıtılma oranı, doğru tüketici algısının oluşması amacıyla tarifelerin yalnızca tüm vergiler dahil değeri, işletmeciler tarafından varsa abonelere tazminat verme ve geri ödeme yapma şartları, varsa sunulan bakım/onarım hizmetlerinin çeşitleri, asgari sözleşme süresini de içerecek şekilde standart sözleşme şartları,

c) Tüketici şikâyetleri çözüm mekanizmaları.”

2. Özel içerikli hizmetler sunan işletmeciler, hizmetin ücretine ve süresine ilişkin olarak tüketiciyi doğru, ücretsiz ve açık bir biçimde bilgilendirmekle yükümlüdürler. Ayrıca abonelerin hatlarının, 900 alan koduna kapalı olması esastır ve hatları ancak yazılı talepleri üzerine bu hizmete açık hale getirilebilecektir (EHSTHY. m. 7/f. 4)²¹⁰.

3. İşletmeciler, kampanya şartları, süresi, hedef kitlesi ve benzeri hususlar hakkında tüketicileri basın, yayın organları ve/veya internet siteleri üzerinden açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür (EHSTHY. m. 8/f. 1).

4. İşletmeciler, tarife değişikliklerini abonelerine değişiklik yürürlüğe girmeden makul bir süre önce kısa mesaj, arama ve/veya posta ile duyurmakla yükümlüdür (EHSTHY. m. 9/f. 1). Uluslararası dolaşım hizmetinden yararlanan durumlarda, asgari olarak ses ve kısa mesaj hizmetini kapsayan uluslararası tarife bilgisi aboneye kısa mesajla bildirilmelidir (EHSTHY. m. 9/f. 4).

İşletmecilerin Yönetmelik ile belirlenen bu bilgilendirme yükümlülüklerine uymamaları halinde ilk etapta, yine aynı Yönetmeliğin 23. maddesinde yapılan atıf nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik²¹¹ hükümlerinde öngörülen idari para cezaları ve diğer yaptırımlar gündeme gelecektir. Bununla birlikte anılan bilgilendirme yükümlülüklerinin ihlali aynı zamanda sözleşme görüşmelerinde işletmecinin kusurlu davranışı teşkil ettiği ölçüde *culpa in*

²¹⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki, Yargıtay'a göre 900'lü hatlar konusunda bilgilendirmenin yapılmadığı ve bu konuda abonenin onayının alınmadığı durumlarda müterafık kusur olduğu kabul edilmeli ve ücret borcunda indirimle gidilmelidir (Y. 13. HD., 17.10.2006 t., E. 2006/10336, K. 2006/13705; Y. 13. HD., 02.11.2004 t., E. 2004/7794, K. 2004/15750 (Kazancı İçtihat Bankası)). Ancak işaret edelim ki, bu kararlar Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde verilmiştir. Kanaatimizce EHSTHY. m.7/f. son'un açık hükmü gereği abonenin onayı alınmadan açık tutulan 900'lü hat hizmetine ilişkin olarak ancak uzun müddetli kullanımın olduğu hallerde ve MK. m. 2 gereğince ücret talebinde bulunulabilir.

²¹¹ RG. 05.09.2004, S: 25574.

contrahendo sorumluluğunun doğmasına da neden olabilecektir²¹². Buna göre işletmeci, bu yükümlülüklerine aykırı davranarak açıklaması gereken hususları açıklamaması veya yanlış yahut eksik bilgilendirmesi nedeniyle son kullanıcıya bir zarar verirse, sözleşmenin müzakeresi safhasında kusurlu davranan taraf olarak diğerinin zararını tazmin etmesi gerekecektir²¹³.

Nihayet şunu da belirtelim ki, bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmenin genel işlem koşulu niteliğindeki bir hükmüne ilişkin ise, bu yükümlülüğün sözleşmenin kurulması aşamasında ihlal edilmesi aynı zamanda söz konusu hükmün sözleşmenin parçası olamaması sonucunu da doğurabilecektir.

4. Belirli Kalitede Hizmet Sunma Borcu

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinde işletmecinin sonuç taahhüdünde bulunmadığını daha önce de ifade etmiştik²¹⁴. Ancak bu durum, işletmecinin belli bir hizmet kalitesi standardının altında hizmet sunabileceği anlamına gelmemektedir. Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 52. maddesine göre işletmeciler, Kurum tarafından hizmet kalite seviyesine ilişkin belirlenen ölçütlere uymakla yükümlü tutulmuşlardır²¹⁵. Kurum, bu konuda EHK. m. 6/u'ya göre:

“İlgili kanun hükümleri dahilinde, evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetletirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemek.”

²¹² Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun haksız fiil hükümlerine mi yoksa borca aykırılık hükümlerine mi tabi olacağı tartışmalıdır. Öğretide ve uygulamada *culpa in contrahendo* teorisi olarak da adlandırılan hâkim görüş buna borca aykırılık hükümlerinin (BK. m. 96 vd.) uygulanmasını benimsemektedir (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 323, 324).

²¹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 322, 323.

²¹⁴ Bkz. yukarıda “*İstisna (Eser) Sözleşmesiyle Karşılaştırılması*” başlığı.

²¹⁵ Ayrıca bkz. Evrensel Hizmet Kanunu m. 3/d.

yetkisine sahiptir. Bu yetkisine binaen Kurumun çıkardığı Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği²¹⁶, nde haberleşme hizmetinin türüne göre tespit edilen belirli hizmet kalitesi ölçütleri bulunmaktadır. Söz gelimi bir sabit telefon hizmetine ilişkin olarak bağlantı süresi, arıza giderme süresi, geçerli arıza sayısının toplam kullanılan abone hattı sayısına oranı, aramanın kurulma süresi gibi veriler²¹⁷ ilgili Yönetmelik ekinde hedeflenen değerlerde olmalıdır. Aynı şekilde mobil telefon veya internet servis sağlayıcılığı hizmeti gibi farklı elektronik haberleşme hizmet türlerine yönelik de belli ölçütler getirilmiştir. Örneğin arama başarısızlık oranı, kısa mesaj tamamlanma oranı, veri aktarım hızı, bağlantı süresi vb. kıstaslar hizmet kalitesinin işletmeci tarafından sağlanıp sağlanmadığı hususunda göz önünde tutulur.

Kurum re'sen veya şikâyet üzerine bu standartlara uyulup uyulmadığını denetlemeye yetkilidir (EHSKY. m. 8). İşletmeciler bu denetlemeyi mümkün kılacak hizmet kalitesi ölçütlerine dair ölçüm raporlarını belirli periyotlar halinde herhangi bir talep olmasa dahi Kuruma göndermekle yükümlüdürler (EHSKY. m. 7/f. 1). Kurum, işletmecinin bir raporlama döneminde bir veya daha fazla hizmet kalitesi hedef değerini tutturamadığını tespit etmesi halinde, bunu internet sitesinde 1 ay süreyle duyurur (EHSKY. m. 9/f. 1).

Kurum tarafından ölçümlere ilişkin olarak kayıt altına alınan bu raporlar elektronik haberleşme hizmeti verme borcunun ifası bakımından ayrıca şu şekilde bir öneme sahiptir: Bu raporlar işletmecinin elektronik haberleşme hizmetini gereği gibi ifa edip etmediğinin, bir başka ifadeyle kötü ifasının söz konusu olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulabileceklerdir. Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği'nde belirlenen standartlara aykırı hizmet sunulması halinde işletmecinin borcunu gereği gibi ifa etmemiş olduğu kabul edilebilecektir²¹⁸. Bu durumda

²¹⁶ RG. 12.09.2010, S: 27697.

²¹⁷ Ayrıca bkz. Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği Ek-1, Ek-2 ve Ek-3.

²¹⁸ EHSKY. m. 5'e göre, "(1) İşletmeciler, yetkilendirme kapsamında ve ilgili mevzuatta belirtilen hizmet kalitesine ilişkin hükümlere uymakla ve hizmetin kesintisiz olarak sunulması için gereken özeni göstermekle yükümlüdür. -(2) Evrensel hizmet yükümlüsü sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler Ek-1'deki, GSM mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler Ek-2'deki, internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerden tebliğ veya Kurul kararı ile belirlenenler Ek-3'teki, son

işletmecinin, BK. m. 96 vd. hükümlerine göre²¹⁹ son kullanıcıya karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır²²⁰.

5. Sadakat Borcu

İşletmecinin, son kullanıcının haberleşme faaliyetini doğrudan ele alması, sahip olduğu teknik imkânlarla özel hayatının gizliliğine doğrudan müdahale imkânına sahip olabilmesi, üstelik bu durumun uzun süre devam etmesi karşısında, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin sadakat borcu olarak adlandırabileceğimiz genel bir koruma yükümlülüğünün²²¹ bulunduğu söylenebilecektir. Bu genel yükümlülüğün içeriğinin ayrıca sır saklama ve haberleşmenin gizliliğini sağlama yükümlülüğü şeklinde somutlaştırılması mümkündür. Genel olarak gizli tutulmasında son kullanıcının çıkarı bulunan ve başkalarına açıklanması onun için maddi veya manevi bir zarar tehlikesi doğuran bilgiler bu kapsamdadır²²².

Bu noktada belirtmek gerekir ki, elektronik haberleşme hizmetlerinin niteliği gereği işletmecinin koruma yükümlülüğü özellik arz etmektedir. Zira işletmecinin sır saklama ve haberleşmenin gizliliğini sağlama yükümlülüğü, onun yürüttüğü iş dolayısıyla son kullanıcıların başkaları tarafından bilinmesini istemeyeceği özel

kullanıcılara hizmet veren bütün işletmeciler Ek-4'teki ölçütlere ilişkin hedeflere uymakla ve verileri Kuruma göndermekle yükümlüdür."

²¹⁹ Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuatında son kullanıcı ve işletmeci arasındaki hukukî ilişkileri düzenleyen birçok hüküm yer almakla birlikte, bu hükümlere uyulmaması halinde –EHK. m. 60'da Kuruma tanınan işletmecilere idari para cezası verebilme yetkisini saymazsak- herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Buna karşılık Alman Elektronik Haberleşme Kanunu m. 44'e bakıldığında elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin bu Kanun ve Kanun'a dayalı çıkarılan yönetmeliklerdeki hükümleri kasıtlı yahut ihmal sonucu ihlal etmeleri halinde, kullanıcıya zararlarının tazmini amacıyla doğrudan tazminat ödemekle yükümlü tutuldukları görülmektedir. Kullanıcılar ayrıca ihlal edici davranışın sona erdirilmesi amacıyla harekete geçebileceklerdir. Kanaatimizce sözleşmesel sorumluluk kapsamında Türk Hukuku açısından da BK. m. 96 vd. hükümlerinden aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

²²⁰ Bundan ayrı olarak EHSTHY. m. 9/f. 3 gereği, "İşletmecinin bir takvim yılı içinde iki defa aynı veya farklı hizmet kalitesi ölçütlerine ilişkin herhangi bir hedef değeri sağlayamaması veya ikinci fıkraya göre Kurum tarafından verilen süre içerisinde gerekli düzeltmeleri yapmaması veya bilgi ve belgeleri vermemesi durumunda 5/9/2004 tarihli ve 25574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır."

²²¹ Kavram hakkında ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 12 vd.

²²² Karş. Tandoğan, **Borçlar Özel II**, s. 452.

bilgilerini öğrenecek bir konumda olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu Elektronik Haberleşme Kanunu'nda bu yükümlülüğün esaslarının somutlaştırılması için Kuruma düzenleme yapma yetkisi vermiştir (EHK. m. 51). Kurumun bu yetki kapsamında çıkardığı Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik²²³, te öngörülen tedbirler çerçevesinde koruma yükümlülüğünün açıklığa kavuşturulduğu ve belirli bir hukuki güvenliğin sağlandığı söylenebilir.

Bu bağlamda Yönetmeliğin 3. maddesine göre, korunması öngörülen kişisel bilgiler ve veriler, *“tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi”*dir. Yönetmelik ile bu bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin sağlanmasına yönelik esaslar ve işletmeciler tarafından alınması gereken tedbirler ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir. Bu çerçevede öncelikle Yönetmeliğin 8. maddesinde yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, iletişimin üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaklanmaktadır. İşletmecinin bu bilgileri kaydetmesi ve saklaması ise ancak yürüttüğü hizmet amacına yönelik olması şartıyla mümkündür. Bunun dışında kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin sağlanmasına yönelik olarak Yönetmelikte öngörülen belli başlı diğer tedbirler şunlardır:

1. Belirli bir hizmetin sunumu için kişisel bilgilerini işletmeciye veren kullanıcı ve aboneler, bu bilgilerinin işlenmesi için verdikleri izinleri her zaman geri alabilirler (KİGKY. m. 9/f. 1)
2. Trafik verilerini²²⁴ işleme yetkisi yalnızca işletmecinin yetkisi altındaki kişiler ile telekomünikasyon hizmetlerinin faturalama ve trafik idaresi, müşteri hizmetleri, yolsuzluk tespitleri, elektronik telekomünikasyon

²²³ RG. 06.02.2004, S: 25365.

²²⁴ KİGKY. m. 3'e göre trafik verisi, *“Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi”* ifade eder.

hizmetleri pazarlama veya katma değerli hizmet ile görevli kişilere münhasırdır (KİGKY. m. 10).

3. Aboneler talepleri doğrultusunda ayrıntılı veya ayrıntısız fatura alma hakkına sahiptir (KİGKY. m. 12).

4. İşletmeci, aramayı yapan abonesine basit bir yöntemle ve ücretsiz olarak her arama için arayan hattın kimliğinin açıklanmasını engelleme olanağını tanımakla yükümlüdür (KİGKY. m. 13).

5. Arayan hattın kimliğinin gizlendiği durumlarda; işletmeci abonenin isteğine bağlı ve ücretsiz olarak gelecek aramaların aboneye ulaşmasını engellemenin yanında bu imkândan aboneleri ücretsiz olarak haberdar etmekle de yükümlüdür (KİGKY. m. 14).

6. Abone ve kullanıcılarla ilgili yer verileri²²⁵ abonelerin aksi yönde başvuruları olmadığı takdirde ve sadece abone ve kullanıcıların isimsizleştirildiği veya katma değerli bir hizmetin sağlanması için gereken kapsam ve sürede işlenebilir. İşletmeci bu verilerin içeriği ve ne amaçla işlendiğini abonelere bildirmelidir. Aboneler bu verilerin işlenmemesi için her zaman talepte bulunabilirler (KİGKY. m. 15).

7. Abonenin kötü niyetli veya rahatsızlık verici aramalara maruz kalması halinde, bunların takibi amacıyla abone tarafından yapılan başvuru üzerine, arayan abonenin kimliğini içeren bilgiler, ilgili mevzuata göre erişilebilir olacak şekilde 1 (bir) yıl süreyle saklanmalıdır (KİGKY. m. 18).

8. Aboneler, yazılı ve elektronik abone rehberlerine kayıtları yapılmadan önce, bu rehberlerin yayınlanma amaçları hakkında ücretsiz olarak bilgilendirilmelidirler (KİGKY. m. 19).

²²⁵ KİGKY. m. 3'e göre yer verisi, "Kamuya açık telekomünikasyon hizmeti kullanıcısına ait bir telekomünikasyon cihazının coğrafi konumunu belirleyen şebekede işlenen her türlü veriyi" ifade eder.

9. İşletmeciler kişi müdahalesi olmadan çalışan fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi otomatik arama sistemlerini, hiçbir şekilde siyasi propaganda amacıyla kullanamazlar. Otomatik arama sistemlerinin doğrudan pazarlama amacıyla kullanılması durumunda kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkının ücretsiz ve kolay bir yolla sağlanması gereklidir. Doğrudan pazarlama amacıyla gönderilen ve kimin adına haberleşme yapıldığı hususunda göndericinin kimliğini saklayan veya alıcının bu iletişimin sonlandırılması konusunda talepte bulunabileceği bir adresin yer almadığı elektronik mektupların gönderilmesi abonenin bu yöndeki talebi halinde engellenir (KİGKY. m. 20).

İşletmecinin bu yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde kendisine idari para cezası ve diğer müeyyideler uygulanabileceği gibi, abonelerine ait kişisel bilgileri ve sırları onların rızası dışında ifşa etmesi halinde cezai sorumluluğu da doğabilecektir. Ayrıca bu bilgilerin açıklanması suretiyle kişilik hakları ihlal edilen son kullanıcı, haksız fiil hükümlerine göre (BK. m. 41 vd.) uğradığı maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebilecektir. Öte yandan işletmecinin kişisel bilgilerin gizliliğini koruma yükümlülüğü aynı zamanda onun sözleşmeden doğan sadakat borcu kapsamında değerlendirildiğinden, buna aykırı davranışı ile son kullanıcıya verdiği zararlardan borca aykırılık hükümlerine göre (BK. m. 96 vd.) de sorumlu olacaktır. Dolayısıyla burada son kullanıcının yarışan taleplerinden bahsedebilmek mümkündür.

B. Son Kullanıcının Borçları

1. Kararlaştırılan Ücreti Ödeme Borcu

Son kullanıcının sözleşme ile kararlaştırılan ücreti ödeme borcu onun sözleşmeden doğan aslî borcudur.

Son kullanıcının ücret ödeme borcu çerçevesinde ele alınacak ilk husus ücretin kapsamına nelerin gireceğidir. Bu konuda uygulamada istisnasız her sözleşmede son kullanıcıya, içeriği ve koşulları işletmeci tarafından önceden tayin edilmiş belirli

ücret tarifelerinden birisini seçme imkânı tanındığı ve son kullanıcı tarafından seçilen tarifenin sözleşmede gösterildiği görülmektedir. Son kullanıcının sözleşmenin başında veya sözleşme kurulduktan sonra seçtiği tarifeye göre, tarifenin içeriğini oluşturan kalemlerin birim fiyatları değişebilmektedir.

a. Ücretin Belirlenmesine İlişkin Genel Kurallar

Esasında ücret belirleme konusunda kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olacaktır. Yani tarafların elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde son kullanıcıya sunulan hizmetlerin ne şekilde ücretlendirileceğini gabin hakkındaki hükümler çerçevesi içinde ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe tayin etmeleri mümkündür²²⁶. Ancak taraflardan birinin (işletmecinin) şartlarını diğer tarafa kabul ettirmesiyle kurulan iltihaki (katılınan veya katılmalı) sözleşmelerde²²⁷ nitelikleri itibarıyla, zayıf tarafı aşırı fiyatlandırmalara karşı korumak veya rekabetin korunması gibi nedenlerle azamî veya asgarî fiyat belirlenmelerine gidilebilmektedir. Nitekim Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında tarifelerin düzenlenmesinde²²⁸ uyulacak olan kurallara yer verilmiştir. Fıkranın (a) bendine göre *işletmeciler, uygulayacakları tarifeleri, ilgili mevzuat ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde serbestçe*

²²⁶ Karş. Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 86.

²²⁷ İltihaki sözleşme manasına gelmek üzere kitlesel, formüler veya sıklıkla standart sözleşme deyimleri de kullanılmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 232. Ayrıca karş. Dénéreáz Luisier, **a.g.e.**, s. 133 dn. 4). Buna karşılık öğretilerde hangi durumlarda iltihaki sözleşmenin söz konusu olduğu hususunda görüş birliği mevcut değildir. Bir görüş, iltihaki sözleşmeleri sadece bütün hükümleri genel işlem koşullarından oluşan sözleşmelere hasretmektedir (Bu görüşte; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 21). Diğer bir görüşe göre ise sözleşmenin bir bölümünde genel işlem koşullarına atıf yapılmış olması onu iltihaki sözleşme yapmaya yetecektir (Bu görüşte: Dénéreáz Luisier, **a.g.e.**, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 229. Karş. De Raemy, **a.g.e.**, s. 57 vd.). Üçüncü bir görüş ise yalnızca hukukî veya fiilî bir tekele ya da devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak elektrik, su, telefon vb. bir kamu hizmetinin verilmesine yönelik olan ve başvurana herkesle sözleşme yapma mecburiyetinin bulunduğu sözleşmelerin iltihaki sözleşme olabileceğini belirtmektedir (Bu görüşte: Atamer, **a.g.e.**, s. 7; Havutçu, **a.g.e.**, s. 14; Zevkililer, Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 159). Şu noktaya dikkat çekmekle yetiniyoruz ki, bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin elektronik haberleşme alanında akdedilen abonelik sözleşmelerinin iltihaki bir sözleşme olduğundan şüphe edilmemelidir. Zira sözleşmedeki kişisel bilgiler ve bazı abone tercihlerine ilişkin bölümler haricinde, bu sözleşmelerin bütün hükümleri genel işlem koşullarından oluşmaktadır. Bununla birlikte işletmeci elektronik haberleşme hizmetini ancak devletten yetkilendirme aldıktan sonra sunmak hakkına sahip olabilir.

²²⁸ Benzer bir düzenleme için bkz. TY. m. 7.

belirleyebileceklerdir. Bununla birlikte fıkranın (b) bendinde etkin piyasa gücüne²²⁹ sahip işletmecilere yönelik olarak Kurumun “*tarifelerin onaylanması, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin yöntemleri ve tarifelerin alt ve üst sınırları*”²³⁰ ile bunların uygulama usul ve esasları”na ilişkin olarak düzenleme yapabileceği ifade edilmektedir. Aynı şekilde EHK. m. 13/f. 2, b. (c)’de Kurum etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere karşı, “*fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli*” düzenleme ve denetleme yapmaya da yetkili kılınmıştır²³¹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Elektronik Haberleşme Kanunu’nda ve etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yönelik olarak çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler ile bu İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik²³²,te, bu işletmecilere ek yükümlülükler getirilmesinin temel nedeni olarak rekabetin korunması gösterilmektedir. Nitekim bu husus bahsi geçen yönetmeliğin 1. maddesinde²³³ de açıkça ifade edilmektedir. Gerçekten de piyasaya yeni giren ve elektronik haberleşme hizmeti sunmak isteyen bir işletmecinin gerekli altyapısı olmadan bu hizmeti vermesi ve piyasaya hâkim durumdaki işletmecilerle rekabet etmesi imkânsızdır. Bu sebeple etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler, piyasaya yeni giren ve Kurumdan geçerli bir

²²⁹ EHK. m. 3/r’de belirtildiği üzere etkin piyasa gücü, “*İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkan sağlayan ekonomik gücü*” ifade eder. Elektronik Haberleşme Kanunu’nda bahsi geçen “*etkin piyasa gücü*”nün Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’daki karşılığı “*hâkim durum*”dur. Nitekim RKHK. m. 3’te yapılan tanımda da bu husus açıkça gözler önüne serilmektedir. Maddeye göre hâkim durum; “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*”dür.

²³⁰ Ayrıca bkz. TY. m. 9.

²³¹ Etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin tarife kontrolüne tabi olmanın yanında birçok ek yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler ile bu İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinde sayılmaktadır. Biz burada aboneleri yakından ilgilendirmesi bakımından sadece tarifelere ilişkin olanına yer veriyoruz.

²³² RG. 01.09.2009, S: 27336.

²³³ “*Bu Yönetmeliğin amacı, etkin rekabet ortamının sağlanması için elektronik haberleşme sektöründe pazar analizleri yaparak ilgili pazarın rekabet seviyesini analiz etmek, buna bağlı olarak etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin ve bu işletmecilerin tabi olabileceği yükümlülüklerin belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*”

yetkilendirme alan işletmecilerle sözleşme akdetmek ve onlara altyapılarını kullandırmak zorundadır. Sınırlı sayıda işletmecinin hâkim olduğu bir piyasada rekabetin korunması mümkün değildir. Dolayısıyla da elektronik haberleşme hizmeti veren işletmeci sayısının artırılması için etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere diğer işletmecilerle sözleşme yapma zorunluluğu, tarife denetimine tâbi olma vb. ek yükümlülükler getirilmesi sözleşme özgürlüğünün ihlali teşkil etmez. Öte yandan belirtelim ki ülkemizde henüz böyle bir rekabet ortamı tesis edilememiştir. Etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler pazarın büyük bir kısmına hâkim konumdadırlar.

Etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin Kurum tarafından belirlenen üst sınıra uymaması halinde ücretin azamî haddi aşan kısmının kesin hükümsüz olacağı sonucuna varmak isabetli olacaktır. Bu durumda daha önce azamî sınırı aşan tarifeye göre ödenen ücretlerin sebepsiz zenginleşme davası ile geri alınması da mümkündür²³⁴. Ayrıca belirtelim ki, işletmeci BK m. 20/f. 2'ye dayanarak sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağını da iddia edemez²³⁵. Bunun haricinde Kurum, düzenlemelerine uymayan işletmeciye para cezası uygulamaya da yetkilidir. Söz konusu durumda gündeme gelebilecek bir diğer hukuki sorun, işletmecinin bu uygulamasının rekabet hukuku kurallarını ihlal niteliği taşımasıdır. İşletmecinin, rekabeti engelleyici davranışlarının tespiti halinde Kurum tarafından yahut da Rekabet Kurumuna yapılacak şikâyet üzerine bu Kurumca idari para cezası müeyyidesine maruz kalması söz konusu olabilecektir. Yine aynı durumda, zarar gören diğer işletmeciler ile müşterilerin de zararlarının tazminini isteyebilmeleri mümkündür.

²³⁴ Karş. Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 89-90.

²³⁵ TTK m. 1466'ya göre, "*Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, bătıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salâhiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi alınır. Bu hallerde Borçlar kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.*" Maddenin ticarî olmayan işlemlerde de uygulanacağı yönünde bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel I/1**, s. 90. Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 11.12.1978 t., E. 1978/5246, K. 1978/5544 (Kazancı İçtihat Bankası).

EHK. m. 13 vd. ile Kurumun 12.11.2009 tarihli Tarife Yönetmeliği²³⁶ ve EHSTHY. m. 9 hükümlerindeki ücret tarifelerine ilişkin düzenlemelerin ayrıntılı olarak irdelenmesine geçmeden önce şunun da altını çizelim ki, elektronik haberleşmelere ilişkin sözleşmeler esas itibarıyla özel hukuk ve borçlar hukukuyla ilgili olmalarına karşın, bu alanda kamu hukuku düzenlemelerine sıkça rastlanmaktadır. Özellikle Kuruma sözleşme içeriklerine müdahale imkânı içeren geniş kapsamlı yetkiler tanındığı görülmektedir. Bu düzenlemelerin temel amacı ise Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 1. maddesinde, “*elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi*” şeklinde ifade edilmektedir. Buradan çıkan sonuç elektronik haberleşme sektörünün henüz gelişimini tamamlamamış bir sektör olduğu; bu sektörde faaliyet gösterebilmenin ileri teknoloji yatırımları gerektirmesi ve bunun da yüksek maliyet oranlarını beraberinde getirmesi ve yine yetkilendirme alınması zorunluluğu nedeniyle sektörün az sayıda işletmeciye açık olması; tüketicinin bilgisizliği ve tecrübesizliği nedeniyle daha etkin korunmaya ihtiyaç duyulması nedenleri ile kamu hukuku düzenlemelerinin belki de en fazla etkili olduğu özel hukuk alanlarından birisinin elektronik haberleşme sözleşmeleri hukuku olduğudur. Yine bu bağlamda en yoğun müdahalenin yaşandığı alan ise abonelik sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin parçasını oluşturan ücret tarifeleridir.

b. Tarifeler

İşletmecilerin, abonelik tarzında ifa edilecek elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi akdedilirken abonenin seçimine sunduğu ücret tarifelerinin içeriğini belirleme noktasında tamamen özgür olduğu söylenemez. Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan birçok yönetmelikte işletmecinin ücret tarifelerini hangi esaslara göre belirleyeceği veya bir başka ifadeyle bu tarifelerin Kurum tarafından denetlenirken hangi usul ve esaslara uyulacağı ayrıntılı biçimde

²³⁶ RG. 12.11.2009, S: 27404.

düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerin gerek lafızları itibarıyla, gerekse kamu düzenini ilgilendiren yönleri nedeniyle emredici hukuk kaideleri içermekte oldukları görülmektedir. Bu durumun öncelikli sonucu işletmeci ile son kullanıcı arasında akdedilecek sözleşmede bu hükümlerin aksine düzenlemelere yer verilmesi halinde bunların BK. m. 19, 20 hükümleri gereği kesin hükümsüz olmasıdır. Ayrıca işletmecilerin bu hükümlerin aksine davranış ve uygulamalarının tespiti halinde, bunlar için idari para cezaları da öngörülmüştür (EHK. m. 60).

Ücret tarifelerine ilişkin ele alacağımız ilk hüküm EHK. m. 13/f. 1’de yer alan ve tarife kavramının kapsamını belirleyen hükümdür. Buna göre tarife, abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti, hat kirası ve benzeri değişik ücret kalemlerinden birisi veya birkaçı olarak tespit edilebilir. Kanun, m. 13/f. 2, b. (a)’da tarifelerin kural olarak işletmeci tarafından serbestçe tayin edilebileceğine vurgu yapmakla birlikte, bunu ilgili mevzuat ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmama şartına bağlamıştır.

Kurumun ücret tarifelerine ilişkin denetleme, inceleme ve düzenleme yapma yetkisi, Kanun ve ilgili yönetmeliklerde, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren her işletmeci için değil, yalnızca pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler ve bunların belirledikleri tarifeler için öngörülmüştür. Bu ayırım ile güdülen amacın, rekabet edebilme gücü daha zayıf işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerden ayrı tutularak, bunlara bir takım ek yükümlülüklerin getirilmesi, böylece sektörün tam bir rekabet ortamı içerisinde faaliyetini sürdürmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Kurumun, işletmeciler tarafından uygulanacak tarifelere ilişkin düzenlemeleri yaparken göz önünde bulundurmak zorunda olduğu ilkeler, EHK. m. 14’te ve yine Tarife Yönetmeliği m. 5’te de yer almaktadır. Her ne kadar bu düzenlemelerin muhatabı Kurum gibi görünse de, sonuç itibarıyla bu ilkeler yoluyla inceleme ve denetlemeye tabi tutulacak olan tarifeler işletmeciler tarafından hazırlandığından, bunların da aynı ilkeleri göz önünde tutarak tarifelerini oluşturmaları gerekecektir.

Bu bağlamda öncelikle tarifelerde belirlenen ücretlerin *makul* olması zorunludur (EHK. m. 14/f. 2, b. (a), TY. m. 5/f. 1, b. (a)). Haberleşme ücretlerinin makul olup

olmadıklarının tespiti, piyasa koşulları ve son kullanıcıların genel alım gücü dikkate alınarak belirlenebilecektir. Bu noktada temel hareket noktası mümkün olduğunca herkesin haberleşme hizmetlerinden faydalanmasına imkân sağlamak olmalıdır. Bu aynı zamanda Anayasa'nın 22. maddesi ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün de gerçekleştirilebilmesi açısından önem arz etmektedir.

Tarifeler belirlenirken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, benzer konumdaki son kullanıcılar arasında haklı olmayan nedenlerle ayırım gözetilmemesi, tarifelerin adil ve şeffaf olmasıdır (EHK. m. 4/f. 1, b. (d) ve 14/f. 2, b. (b), TY. m. 5/f. 1, b. (b)). Bu konuda kanunen tanınan ve haklı neden oluşturabilecek istisnalardan biri, Evrensel Hizmet Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen ihtiyaç sahiplerine mahsus, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleridir. Bahsi geçen düzenlemede, düşük gelirli, özürllü ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların, kapsamına elektronik haberleşmenin de girdiği evrensel hizmetten yararlanabilmesi için, uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirlerin alınabileceği öngörülmektedir. Ancak uygulamada işletmeciler tarafından hazırlanan tarifeler incelendiğinde kısmen bu kapsama giren tarifelere rastlanmakla birlikte (örneğin kamu çalışanları tarifesi, öğrenci tarifesi vb.), benzer meslek grupları arasında ayırım yapan ve bunlardan bazılarının sosyal yönden zayıf durumda olmamalarına rağmen belirli avantajlar sağlayan tarifelere de rastlamak mümkündür (örneğin özel eczacı tarifesi, basın tarifesi gibi). Öte yandan bu tarifelerin de Kurumun belirlediği üst ve alt sınırlara uymak kaydıyla geçerli olduklarında şüphe yoktur.

Tarifelerin belirlenmesine ilişkin Kanunda öne çıkan diğer prensipler ise, tarifelerin; rekabetin engellenmesine, bozulmasına veya kısıtlanmasına neden olacak şekilde belirlenmemesi ve tüketici menfaatlerini gözetmesidir (EHK m. 14/f. 2, b (d) ve (g), TY. m. 5/f. 1, b. (d) ve (g)). Bu kapsamda Tarifeler Yönetmeliği, Kuruma etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler tarafından oluşturulacak tarifeleri, belirli düzenlemelere tabi tutma yetkisi tanımıştır (TY. m. 6).

Bunlardan ilki, Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenen ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler tarafından uygulanacak tarifeler ve uygulanan

tarifelerde yapılacak her türlü değişikliğin, yürürlüğe girmelerinden belirli bir süre önce Kuruma bildirilmesi zorunluluğudur. Kurum, kendisine bildirilen bu tarife yahut tarife değişikliklerini, Yönetmeliğin 7. maddesinde belirlenmiş olan ilke ve esaslar çerçevesinde incelemeye tabi tutacaktır. Buna göre Kurum, tarifeleri özellikle aşırı fiyatlar içermemeleri; rekabetin kısıtlanmasına neden olacak fiyat indirimlerini ihtiva etmemeleri; son kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmamaları ve makul ve teknik açıdan mümkün olduğu ölçüde, son kullanıcıların hizmet bileşenleri arasında seçim yapabilmelerini sağlayacak kadar ayrıştırılmış olmaları yönünden denetleyecektir.

Kurumun Yönetmeliğin 7. maddesi çerçevesinde değerlendirmeye tabi tuttuğu tarifelere alt ve/veya üst sınır getirme yetkisi bulunduğu gibi (TY. m. 9); bunları maliyet esasına göre (TY. m. 10) ve/veya tavan fiyat esasına göre (TY. m. 12) onaylama yetkisi de bulunmaktadır. Kurum tarafından incelenen ve onaylanan bu tarifeler işletmeciler tarafından kamuoyuna duyurulduktan sonra yürürlüğe girecektir (TY. m. 14). Tarifelerin kamuoyuna duyurulması noktasında da Yönetmelik belirli kriterler öngörmektedir (TY. m. 14). Buna göre tarifeler, ilgili hizmetin özellikleri ve tarifelere ilişkin hükümler ile birlikte son kullanıcıların ve tüketicilerin kolay anlayabileceği şekilde ilan edilmeli ve tarifeler ile ilgili bilgiler açık ve anlaşılabilir bir şekilde sunulmalıdır. Son kullanıcıları ve tüketicileri aldatıcı, yanıltıcı veya tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici kamuoyu duyurusu yapılması yasaklanmıştır.

İşletmecilerin, gerek Elektronik Haberleşme Kanunu ve gerekse Tarife Yönetmeliği'nde yer alan esaslar dâhilinde tarife oluşturmaması ve/veya tarife değişikliklerinin bu esaslara aykırı olması halinde daha önce de belirtildiği üzere söz konusu tarife yahut tarife değişikliğini içeren sözleşme hükmü kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle, BK. m. 19, 20'ye göre kesin hükümsüz olacaktır. Bu durumda tarafların sözleşme ilişkisine geçerli bir tarife üzerinden devam etmeleri veya hükümsüzlüğün tarife değişikliğine ilişkin olması halinde önceki tarifenin geçerli olması mümkündür. Öte yandan Kurum, her türlü tarifeyi ve bu tarifelerin kapsam, süre ve koşullarını tüketici hakları ve rekabetin korunması açısından

izlemeye ve re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye ve gerekli tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır. Tarife Yönetmeliği'nin 15. maddesinde Kurumun alabileceği tedbirler şu şekilde sıralanmıştır:

“a) Tarifenin veya tarifeye ilişkin genel hükümlerin düzeltilmesinin sağlanması,

b) Tarifenin uygulanmasının geçici olarak durdurulması,

c) Tarifenin yürürlükten kaldırılması”.

Görüldüğü üzere Kurum, tarifelerin oluşturulması aşamasında olduğu kadar bunların uygulanması aşamasında da sözleşme serbestisi ilkesini sınırlayan oldukça önemli yetkilere sahiptir. Ancak Kurumun da bu yetkilerini kanunun kendisine tanıdığı takdir yetkisi çerçevesinde kullanırken, rekabetin ve tüketici menfaatlerinin korunması amacını aşan ve serbest piyasa koşullarını olumsuz yönde etkileyecek işlem ve düzenlemelerden de kaçınması zorunludur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kurumun düzenlemelerine uymayan işletmeciye idari para cezası uygulama yetkisi tarifelere ilişkin düzenlemeleri de kapsamaktadır²³⁷. Bununla birlikte her idarî işlem gibi Kurumun tarifelere ilişkin işlem ve düzenlemeleri de idari yargının denetimine tabidir.

c. Ücretin Kapsamı ve Hesaplanması

Sözleşmede kararlaştırılan tarifenin içeriğine göre, işletmecinin vereceği hizmetlerin karşılığında abonenin ödeyeceği ücretin kapsamı ve hesaplanması da farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Bu konuda uygulamada mevcut tarifelerden yola çıkarak şu şekilde bir sınıflandırma yapabiliriz:

²³⁷ “Telekomünikasyon Kurumu'na onaylatılması gereken tarife değişikliğinin onaylatma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle, davacı şirkete bir önceki yıl cirosunun %1'i oranında idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.” (Danıştay 13. Dairesi 22.02.2006 t., E. 2005/6376, K. 2006/1131 (Kazancı İçtihat Bankası)).

(1). Götürü ücret

Tarafların, işletmecinin göreceği tüm işler için önceden belirlenmiş bir bedelin ödenmesini kararlaştırmaları halinde, götürü ücret içeren bir tarife söz konusu olacaktır. Kural olarak götürü ücret içeren tarifenin kararlaştırılmış olması halinde abone kararlaştırılan götürü tutardan ne az ne de fazla bir ücret ödemek durumundadır. Ancak bu tip tarifelerde götürü ücret ile birlikte bu ücretin karşılığı işletmecinin aboneye sağlayacağı haberleşme hizmetinin süre (“her yöne 1200 dk”) veya sağlanacak elektronik veri miktarı (“aylık 4 GB kotalı”) yönünden sınırlandırıldığı durumlara da rastlamak mümkündür. Bu durumda abonenin tarifede öngörülen süreyi aşacak şekilde haberleşme hizmetinden faydalanması veya kotayı aşan elektronik veri iletiminde bulunması halinde, aşan kısım, zamana ve miktara göre ücretlendirilmektedir. Ancak böylesi durumlarda ilgili tarifeye ilişkin son kullanıcı bilgilendirilirken, süre yahut kota sınırlandırması ile bu sınırlamanın aşılması halinde ücretlendirilmeye ilişkin esaslara ilişkin de son kullanıcının bilgilendirilmesi zorunludur. Aynı şekilde hizmetten faydalanma süresi içerisinde son kullanıcının süre yahut kota aşımı halinde işletmeci tarafından kısa mesaj, email yahut sesli arama yoluyla bilgilendirilmesi de, onun EHSTHY. m. 12/f. 4’te de hüküm altına alınan bir borcu olarak kabul edilebilecektir²³⁸.

(2). Zamana ve Miktarı Göre Ücretlendirme

İşletmecilerin uygulamada belirledikleri tarifelerin içeriklerinden birisi de ücretin verilen haberleşme hizmetinin süresine ve miktarına göre hesaplanmasıdır. Bu durumda tarife, abonman ücreti, sabit ücret ile zamana ve miktara göre tespit edilmiş konuşma yahut kullanım ücretinden oluşacaktır. Ücretin zamana göre belirlendiği durumlarda hesaplamada “dakika” esasına mı dayalı yoksa “saniye” üzerinden mi hesaplama yapılacağı yine tarife içeriğinde belirtilmelidir.

²³⁸ EHSTHY. m. 12/f. 4 şu şekilde kaleme alınmıştır: “Ses, kısa mesaj, veri ve benzeri hizmetlerin sunulduğu kullanım miktarı sınırlı tarifeler kapsamında hizmet sunulan aboneler, kullanım miktarına ilişkin sınıra ulaşıldığında mobil telefon işletmecileri tarafından kısa mesaj yöntemi ile diğer işletmeciler tarafından çağrı merkezi, elektronik ileti ya da aboneye daha kolay ulaşılacak bir yöntem aracılığıyla bilgilendirilir. Bilgilendirme kapsamında işletmeci bilgilendirmenin güncelliği hakkında bilgi verir.”

Zamana ve miktara göre ücretlendirmede hesaplamanın nasıl yapıldığının işletmeci tarafından son kullanıcı için düzenlenecek faturada gösterilmesi de zorunludur. Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesine göre işletmeci tarafından düzenlenecek faturada mobil telefon hizmeti aboneliklerinde şebeke içi, şebeke dışı, uluslararası gibi ve sabit telefon hizmeti aboneliklerinde şehiriçi, şehirlerarası, uluslararası gibi yararlanılan her bir hizmetin toplam ücreti ile ayrıntılı faturada ayrıca mobil ve sabit telefon hizmeti aboneliklerinde aramanın yapıldığı tarih ve saat, her bir arama için arama süresi ve arama ücreti ile mobil ve sabit telefon hizmeti aboneliklerinde toplam arama sayısı ve toplam konuşma süresi, veri iletim yönteminde ise, veri aktarımının boyutu, süresi ve ücreti belirtilmek zorundadır. Böylelikle son kullanıcıya her ay konuşma süresi veya veri aktarım miktarı ile bunların toplam ücretlerinin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Ücretin yine konuşma zamanına yahut veri aktarım miktarına göre hesaplandığı bir diğer sistem ise ön ödemeli sistemdir (faturasız hat). Bu sistemde son kullanıcı işletmecinin daha sonra sunacağı hizmetin bedelini önceden ödemekte ve yine seçtiği tarifedeki koşullarda yaptığı ödeme ile sınırlı olmak üzere daha sonra işletmecinin sunacağı haberleşme hizmetlerinden faydalanabilmektedir. Dikkat edilecek olursa burada ücretin götürü belirlenmesi söz konusu değildir; hizmet bedeli yine kullanım süresi (dakika veya saniye) ve miktara göre belirlenmekte, ancak faturalı hatlardan farklı olarak toplam ücret hizmetin sunumundan önce işletmeciye ödenmektedir. Dolayısıyla burada esasen ödeme zamanına ilişkin bir ayırım söz konusudur. Öte yandan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği m. 20/f. 5'e göre mobil işletmeciler, ön ödemeli hatlarda her bir hizmetin kullanımını müteakip almış oldukları hizmete yönelik kullanım miktarı, kullanım tutarı ve kalan tutarı gösteren bilgiyi ücretsiz olarak sağlamakla yükümlüdür.

(3). Sabit Ücret

Sabit ücret, Elektronik Haberleşme Kanunu'nda tarifelerin içeriğinde yer alan ücret kalemlerinden birisi olarak belirlenmiştir (EHK. m. 13/f. 1). Sabit ücretin

işletmecilerin abonelerden hattın kullanımına bağlı olmaksızın talep edebildiği ücret olarak tanımlanması mümkündür. Bu ücret son dönemlerde özellikle hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan davalar nedeniyle çok sayıda hukukî uyuşmazlığa sebebiyet vermiştir. Uyuşmazlıkların merkezinde bu ücretin hangi hizmetin karşılığı olarak ödendiğine ilişkin belirsizlik yatmaktadır.

Öncelikle şunu belirtelim ki yüksek yargı mercileri arasında sabit ücretin talep edilebilmesinin hukuka aykırı olmadığı yönünde görüş birliği mevcuttur. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun Ek 18. maddesinin sonuna 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'la eklenen fıkrada yer alan "sabit ücret" sözcüklerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal isteminde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 10.02.2004 tarihli kararında²³⁹, sabit ücretin mobil telefon hatlarının hiç konuşma yapılmadan gelen aramalar için kullanılmasının sağlanması amacıyla yapılan işletme maliyetinin karşılığında alındığı gerekçesiyle, iptal istemini reddetmiştir. Aynı şekilde Yargıtay da vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında²⁴⁰ şu ifadelerle yer vermiştir:

"...sabit ücret yasa ile belirlenen bir ücrettir. (...)Sabit ücretin, yapılan görüşmeler dışında, abonenin telefon görüşmesini sağlamak üzere bütün yıl boyunca telefon hattının görüşmeye hazır tutulması için, işletmeci şirket tarafından yapılan enerji tüketimi, teknik donanımı, bakım ve yönetim ile personel çalıştırılmasından doğan masrafların karşılığı olduğu, bu uygulamanın yurt dışındaki telekom firmalarının da yapıldığı, daha önce Dairemizce temyiz incelemesi yapılan dava dosyalarından bilinmektedir. Sabit ücretin alınmaması, bu kalem masrafların konuşma ücretlerine yansıtılması da aboneler arasında adaletsizlik yaratacaktır. Zira çok konuşandan bu masraflar çok fazla olarak alınacak, az konuşandan az, başkasını aramayan, arandığında konuşan aboneden ise, hiç sabit ücret alınmaması sonucunu doğuracaktır. Bu sonuç hakkaniyete uygun olmadığı gibi adil ve yasada öngörülen ücretin belirlenme kurallarına uygun değildir. O nedenle, telefon abonesi olan herkesin, hiç başkalarını aramasa, telefonla hiç konuşmasa dahi, hattın kendisine

²³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 10.02.2004 t., E. 2000/74, K. 2004/9 sayılı kararı (RG. 11.05.2004, S: 25459).

²⁴⁰ Y. 13. HD. 18.12.2008 t., E. 2008/11001, K. 2008/15063 (Kazancı İçtihat Bankası).

tahsis edilip bağı kılması, heran başkalarının araması veya başkalarınca aranarak konuşması için hazır bulundurulmasının karşılığı bir sabit ücret ödenmesi, yaptığı konuşmaların sayısına göre de, ayrıca ücret ödenmesi aklın mantığın ve hakkaniyetin gereğidir. Dairemizin uzun süredir uygulaması da sabit ücretin yasal ve hakkaniyet gereği olduğu yönündedir. Kaldı ki ücret tarifeleri hizmet veren kurum tarafından hazırlanmakta ise de, bunun yürürlüğe girip uygulanabilmesi, bağımsız bir kurum olan Telekomünikasyon kurumunun uygun görüp onaylamasına bağıdır. Nitekim Telekomünikasyon Kurumu aleyhine onayladığı tarifelerin iptali talebiyle davalar açıldığı hususu da taraflarca bilinmektedir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulü ile, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

Yargıtay’ın da belirttiği gibi sabit ücretin haklılığının temel gerekçesi; telefonun her an görüşme yapmaya ve almaya hazır tutulması için yapılan masraflar ve sabit ücretin konuşma ücreti olarak yansıtılmasının diğer aboneler açısından adaletsizliğe yol açmasıdır. Nitekim bir işin görülmesine hazır olmak dahi iş telâkki edileceğinden²⁴¹ görüşme yapılmadığı zamanlardaki işin karşılığı olan ücret de ödenmelidir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, kanun sabit ücret alınmasına cevaz verdikten sonra artık bu hükmün tatmin edici olmadığı sonucuna varılsa bile, bir hükmü değiştirmek hâkimin değil kanun koyucunun görevidir²⁴². Bu noktada hâkim ancak hükmün uygulanmasının kanun koyucunun hatası veya sonradan ortaya çıkan teknik yahut sosyal gelişmeler yüzünden hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği sonucuna varırsa, MK. m. 2/f. 2’ye dayanarak örtülü boşluğu MK. m. 1’e göre kendisi doldurabilecektir²⁴³. Günümüz itibarıyla böyle bir durum söz konusu olmadığından kanaatimizce de sabit ücret alınması hukuka aykırılık teşkil etmez.

Öte yandan bu durum sabit ücretin işletmeci tarafından keyfi olarak belirlenmesi sonucuna götürmemelidir. Kurum tarifelere yönelik olarak öngördüğü üst ve alt

²⁴¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 40.

²⁴² Karş. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 98, 99.

²⁴³ Karş. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 99.

sınırların tespitinde sabit ücretin Kanun’da belirtildiği gibi “*makul*” (EHK. m. 4/f. 1, b. (ç) ve EHK. m. 14/f. 1, b. (a)) olarak alınıp alınmadığını da göz önünde tutmalıdır. Yargı önüne getirilen bir uyuşmazlıkta ise sabit ücretin hukuka aykırı olup olmadığının tespitinden ziyade bu ücretin ne dereceye kadar “*makul*” olduğuna yönelik bir inceleme daha isabetli olacaktır.

d. Ücretin Ödenme Zamanı ve Son Kullanıcının Temerrüdü

Ücretin ödeme zamanı, bir başka deyişle son kullanıcının ücret ödeme borcunun ne zaman muaccel olacağı kural olarak sözleşmede kararlaştırılır. Uygulamada faturalı hatlara ilişkin sözleşmelerde ücretin ödenmesi aylık dönemlere bağlanmaktadır. Ön ödemeli sistemde ise ücret, hizmet alımından önce peşin ödenmektedir.

Faturalı hatlarda son kullanıcının aylık kullanım bedelinin son ödeme tarihi işletmeci tarafından düzenlenen faturada bildirilir. Nitekim konuya ilişkin olarak Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği m. 20/f. 1 “*İşletmeciler, tüm aboneleri için mali mevzuata uyumlu fatura düzenlemek ve düzenlenen faturayı son ödeme tarihinden önce abonelere posta ile ulaşacak şekilde göndermekle yükümlüdür*” hükmünü içermektedir. Yine aynı Yönetmeliğin 21. maddesine göre faturada, faturanın ait olduğu dönem ve kesim tarihi ile son ödeme tarihinin yer alması zorunludur. Nitekim uygulamada da faturaların Yönetmeliğe uygun biçimde düzenlendikleri görülmektedir.

Son kullanıcının son ödeme tarihinde ücreti ödememesi halinde, temerrüdü ve buna bağlı olarak Borçlar Kanunu’nda borçlunun temerrüdüne ilişkin öngörülen hukuki sonuçlar (BK. m. 101 vd.) söz konusu olacaktır²⁴⁴. Burada ücretin ödeneceği gün BK. m. 101/f. 2 anlamında işletmecinin gönderdiği fatura ile belirlenmiş olduğundan ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın son kullanıcı faturada öngörülen son ödeme gününün geçmesiyle temerrüde düşer. Buna bağlı olarak işletmeci, son kullanıcıdan öncelikle BK. m. 103’e göre ifa ile birlikte temerrüt faizi talep edebilecektir. Bu faiz oranının EHSTHY. m. 21/f. 1, b. (ç)’ye göre abonelere gönderilecek faturada yer

²⁴⁴ Temerrüt halinde sözleşmenin feshedilmesine ilişkin olarak bkz. “*Olağanüstü Fesih*” başlığı.

alması gereklidir. Tarafların sözleşmede faiz oranını kararlaştırmamış olmaları yahut faturada belirlenmiş bir faiz oranının bulunmaması halinde ise temerrüt faizi oranı 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecektir.

Bunun dışında kanun koyucu BK. m. 105/f. 1’de, alacaklının zararının temerrüt faizi ile karşılanamaması halinde munzam zararın tazmininin talep edilmesi imkânını da kabul etmiştir. Burada temerrüt faizinden farklı olarak alacaklı zararının bu faizle karşılanmadığını ispat etmelidir²⁴⁵. Buna karşılık borçlu da, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat ederek munzam zararı tazmin etmekten kurtulabilir.

2. Son Kullanıcının Bildirim ve Diğer Borçları

Son kullanıcının haberleşme sözleşmesi kapsamında ücret ödeme borcu yanında ayrıca belirli yan borçları da mevcuttur. Bunların sözleşmenin parçası olabilmeleri için de yine tarafların üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, bu borçların BK. m. 81 anlamında işletmecinin sözleşmeden doğan asli borçları ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde olduğu söylenemez. Bunun doğal sonucu şudur: son kullanıcının bu bağlamda ele alınacak borçlarını ifa etmemiş yahut ifasını teklif etmemiş olması halinde işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti verme borcunu ifadan kaçınabilmesinin (ödemezlik defî ileri sürebilmesi) mümkün olmamasıdır. Bu yükümlülüklerin hemen hemen tamamı işletmecinin tek tarafı olarak önceden hazırladığı genel işlem koşulları içerisinde yer alırlar ve bu nedenle de bunların tâbi oldukları denetime tâbi olurlar.

Bu yükümlülüklerin başında son kullanıcının isim, adres ve sözleşmeyle bağlantılı olmak kaydıyla diğer kişisel bilgilerini ve bunlara ilişkin sonradan gerçekleşen değişiklikleri işletmeciye bildirim yükümlülüğü gelmektedir. Bu bildirim yükümlülüğünün temelinde işletmecinin son kullanıcıya ilişkin verileri kontrol edebilme imkânına sahip olabilmesinin yanında, işletmecinin bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde yapacağı bildirimleri gerçekleştirebilmesi de yatmaktadır. İşletmecinin, son kullanıcı tarafından bildirilen bilgilerin doğru olduğunu kabul

²⁴⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 397.

etmesi hukuken korunmaya değerdir. Bir başka ifadeyle adresinde, isim yahut unvanında meydana gelen değişiklikleri hiç yahut zamanında bildirmeyen son kullanıcının kendisine fatura tebliğ edilmediğini, posta yoluyla yapılan bilgilendirmelerden haberdar olmadığını ileri sürmesi kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde işletmeci kendisine bu değişikliklerin bildirilmemesi sebebiyle bir zarara uğradığı takdirde, zararının tazmin edilmesini de talep edebilecektir. Örneğin son kullanıcı adres değişikliğini bildirmezse veya geç bildirirse, işletmeci eski adrese yapmış olduğu fatura, posta vb. masrafları son kullanıcıdan talep edebilecektir. Bu noktada ayrıca belirtelim ki, son kullanıcının belirli bilgilere ilişkin bildirimde bulunmasının aynı zamanda işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti sunabilmesi bakımından, alacaklının yerine getirmesi gereken bir hazırlık faaliyeti olarak değerlendirildiği durumlarda, bunların ifasından kaçınılması, BK. m. 90 vd. anlamında alacaklının temerrüdü hali teşkil edecektir. Bu durumda borçlu işletmecinin BK. m. 94'e göre sözleşmeyi feshedebilmesi imkânı bulunmaktadır. Nitekim bundan bağımsız olarak uygulamada da işletmeciler tarafından hazırlanan sözleşme şartlarında abone tarafından eksik yahut yanlış bilgilerin sağlanmış olması halinde işletmeciye sözleşmeyi feshetme hakkı tanındığı görülmektedir.

Son kullanıcının bildirim yükümlülüğü içerisinde özel öneme sahip olan bir diğer husus ise, onun, kötüye kullanımları²⁴⁶ ve mobil telefonlarda telefon kartının rızası dışında elinden çıkması hallerinde durumu gecikmeksizin işletmeciye bildirmesi yükümlülüğüdür. Sözleşmede genel işlem koşulları içerisinde böyle bir yükümlülüğe yer verilmesi içerik denetimi bakımından olumsuz bir sonuç yaratmayacaktır; zira esasında burada abonenin zaten mevcut olan külfeti somutlaştırılmış ve nihayetinde BK. m. 44'den doğan zararın azaltılmasına yönelik tedbir alma yükümü sözleşmeyle de hüküm altına alınmış olmaktadır. Telefon kartının çalınması veya telefon hattının kötüye kullanımı halinde işletmecinin, ancak kendisine yapılan bildirim ile birlikte telefon hattını derhal görüşmelere kapatma yükümlülüğü doğacaktır. Bildirime

²⁴⁶ Burada "kötüye kullanım" ile kastedilen telefon hattının abonenin rızası dışında üçüncü kişilerce kullanıldığı bütün durumlardır. Örneğin telefon kablo hattına kaçak giriş ile yapılan kullanımlar yahut telefon kartının izinsiz ele geçirilmesi suretiyle yapılan telefon görüşmeleri vb. durumlar bu kapsamda ele alınmaktadır.

kadarki yapılan görüşmeler nedeniyle doğacak ücret borcu kural olarak aboneye ait olacaktır²⁴⁷.

Son kullanıcıların elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinden doğan borçları içerisinde ele alınması gereken bir diğer önemli borç ise, onun, hattı üçüncü kişilere kiralamama ve devretmeme borcudur²⁴⁸. Nitekim uygulamada da sözleşmelere bu yönde hüküm konduğu görülmektedir. Son kullanıcının bu borcuna aykırı hareket etmesinin sonucu ise öncelikle hattı devralan yahut kiralayan kişiden kaynaklanan bütün sözleşme ihlallerinde hukuki sorumluluğun yine ona ait olması olacaktır. Ayrıca sırf bu kiralama yahut devir işlemi nedeniyle de işletmecinin zarara uğramasının söz konusu olması halinde, bu zararın sözleşme tarafı son kullanıcı tarafından borca aykırılık hükümlerine göre tazmini gerekecektir.

²⁴⁷ Esasında bu son zikrettiğimiz husus çoğu zaman teknik anlamda bir “borç”tan ziyade bir “kulfet” niteliğindedir. Kulfete uymayı ihmal eden tarafa karşı bir aynen ifa veya tazminat talebinde bulunulamaz. Bu durumda kulfete uymayan taraf yalnızca bazı haklarını veya savuma olanaklarını kaybeder (Kocayusufoşaoğlu, **a.g.e.**, s. 32, 33). Örneğin son kullanıcı hattın kötüye kullanımını bildirmezse, işletmecinin hattı kapatmakla yükümlü olduğunu ileri sürerek üçüncü şahıs tarafından yapılan kullanımların ücretini ödemekten kaçınamaz. Ancak bildirim yükümüne aykırılık sadece son kullanıcının değil, işletmecinin de bir çıkarını etkilerse bu durumda bir “borç” halini alır. Söz gelimi kaçak kullanım sonucu hattın zarar görmesi böyledir.

²⁴⁸ Karş. Y. 13. HD., 26.03.2009 t., E. 2008/14183, K. 2009/4128 (Kazancı İctihat Bankası).

V. Bölüm

Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesinin Sona Ermesi

A. Sürekli Borç İlişkilerinin Kendiliğinden Sona Erme Sebeplerinin Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi Bakımından Değerlendirilmesi

Bir borç ilişkisinin kendiliğinden sona ermesinden anlaşılan, sona ermenin herhangi bir hukukî işleme gerek kalmadan gerçekleşmesidir²⁴⁹. Sürekli bir borç ilişkisinde başlıca sona erme sebepleri; ifa süresinin bitmesi, ölüm, fiil ehliyetinin sınırlandırılması veya kaybı, aciz hali ve ifa imkânsızlığı şeklinde sayılabilir.

1. Kararlaştırılan İfa Süresinin Bitmesi

Sürekli bir borç ilişkisinde ani edimli borç ilişkisinden farklı olarak edimin yerine getirilmesi ve borç ilişkisinin sona erdirilmesiyle amaç gerçekleşmiş olmaz. Bilâkis ilişkinin devam ettirilip edim borcunun ifa edildiği her an amaç gerçekleşmektedir²⁵⁰. Fakat bu, sürekli borç ilişkisinin sonsuza kadar devam edeceği anlamına gelmez. Taraflar dilerlerse sözleşmenin belli bir tarihe kadar veya belli bir süre için geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Aynı şekilde borç ilişkisinin sona ermesinin ileride gerçekleşmesi kesin veya muhtemel bir olaya bağlanması da mümkündür²⁵¹. Bu gibi durumlarda süre bitince ya da şart gerçekleşince sürekli borç ilişkisi de kural olarak sona erer.

Ancak hemen belirtelim ki uygulamada abonelerle akdedilen sözleşmelerin çoğunda sözleşmenin taraflardan birince feshedilinceye kadar geçerli olacağı veya sözleşmenin belli bir süre (genelde 1 yıl) devam edeceği, bununla birlikte taraflardan birinin sözleşme sona ermeden belli bir müddet önce (söz gelimi 15 gün) fesih beyanında bulunmaması halinde sözleşmenin aynı koşullarla devam edeceğine dair

²⁴⁹ Selici, a.g.e., s. 65.

²⁵⁰ Selici, a.g.e., s. 8.

²⁵¹ Selici, a.g.e., s. 67-68.

hüküm bulunmaktadır. Benzer durumların Borçlar Kanunu'nda da örnekleri (BK. m. 263, BK. m. 287, BK. m. 339, BK. m. 536/f. 2, c. 3) mevcuttur. “Sükût ile tecdit” diye adlandırılan²⁵² bu kurum sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin yapısına uygundur. Dolayısıyla elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerinde sözleşmenin devam etmesine dair bu tarz bir hükme yer verilmesinde bir sakınca görmemekteyiz. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki sözleşmelerde yer verilen bu kayıtların “sözleşme taraflardan birince feshedilinceye kadar geçerlidir” veya “sözleşme son kullanıcı tarafından feshedilinceye kadar geçerlidir” şeklinde olması daha isabetlidir. Zira ileride üzerinde duracağımız gibi son kullanıcı zaten yazılı olarak bildirmek kaydıyla sözleşmeyi istediği zaman feshedebilir. İşletmecinin sözleşmeyi keyfi olarak feshetmesine ise MK. m. 2 ve EHK. m. 50/f. 4, c. son'un emredici hükmü engel olacaktır.

2. Son Kullanıcının Ölümü, Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması veya Kaybı ve Aciz Hali

Kural olarak ölüm, borcu sona erdiren sebeplerden birisi değildir. Ancak kanun koyucu istisnaen ölümün kendiliğinden borcu sona erdireceğini veya haklı bir fesih sebebi teşkil edeceğini öngörebilir²⁵³. Son kullanıcının ölümü halinde işletmeciyile kurdukları sözleşmenin ve bu sözleşmeye dayanılarak tahsis edilen hattın akıbetine dair Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu Kanun'a bağlı olarak çıkarılan mevzuatta herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Öte yandan Borçlar Kanunu'nda düzenlenen iş görme sözleşmelerine ilişkin olarak getirilen hükümlere bakıldığında, kişiliği önem taşıyan tarafın ölümüne borç ilişkisini sona erdirici etki tanınabildiği görülmektedir. Söz gelimi BK. m. 347/f. 1'de hizmet sözleşmesinin işçinin ölümüyle sona ereceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte maddenin 2. fıkrası iş sahibinin

²⁵² Bu noktada ifade etmek gerekir ki BK. m. 114'te düzenlenen ve önceden mevcut bir borcun sona erdirilip yeni bir borç meydana getirilmesi anlamına gelen tecdit (yenileme) ile sürekli borç ilişkisinin devam ettirilmesi anlamına gelen tecdit farklıdır. Bizim burada bahsettiğimiz sürekli borç ilişkisinin devam ettirilmesi anlamındaki tecdittir. Bu durumda BK. m. 114'ten farklı olarak bir borç veya borç ilişkisinin sona erdirilmesi değil, zaten sona ermiş bir sürekli borç ilişkisinin devam etmesi söz konusudur (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 435-436).

²⁵³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 170. İş görme borcu doğuran sözleşmelerde taraflardan birinin ölümünün sözleşme üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 139 vd.

ölümünü, ancak sözleşme “*başlıca onun şahsı nazarı itibara alınarak yapılmış ise*” kendiliğinden sona erme sebebi olarak görmüştür. Aynı şekilde, vekâlet sözleşmesinden doğan özel güven ilişkisinin bir sonucu olarak BK. m. 397/f. 1’de,

“Hilâfi mukaveleden veya işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekâlet, gerek vekilin gerek müvekkilin ölümüyle (...) nihayet bulur.”

denmek suretiyle sözleşmenin taraflarından birinin ölümünün ilişkiyi kendiliğinden sona erdireceği kabul edilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi her ne kadar bünyesinde iş görme unsuru barındırsa da, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden değildir. Bu sebeple de kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerine dair hükümler ancak kıyasen uygulama alanı bulabilecektir. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işi görülen taraf olan son kullanıcının kişiliği alışılmışın dışında bir öneme sahip değildir. Zira işletmeci için sözleşmenin karşı tarafında kimin yer aldığı bir ehemmiyet arz etmez. İşletmeci standart sözleşme niteliğindeki elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini kendisinden talepte bulunan herkesle imzalayabilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafında muris veya mirasçılarının bulunması herhangi bir özellik taşımayacaktır. Dolayısıyla gerek hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak öngörülen BK. m. 347/f. 2, gerekse de vekâlete ilişkin BK. m. 397/f. 1 elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine kıyasen de olsa uygulanamaz.

Son kullanıcının fiil ehliyetinin sınırlandırılması veya kaybı ve aciz haline düşmesinde de varılacak sonuç farklı değildir. Kanun koyucu bu olguları da ölümdesine benzer şekilde kişiliğin önem taşıdığı bazı sözleşmelerde (örneğin BK. m. 397/f. 1, BK. m. 535/f. 1, b. 3) kendiliğinden sona erme sebebi olarak öngörmüştür. Ancak belirttiğimiz gibi elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde son kullanıcının kişiliği ön planda olmadığı için bu sayılanlar kendiliğinden sona erme sebebi teşkil etmez.

3. İfa İmkânsızlığı

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi ifa imkânsızlığının bulunduğu hallerde kendiliğinden sona erer. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmenin konusu objektif şekilde imkânsızsa ifa imkânsızlığı değil, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü söz konusu olur (BK. m. 20/f. 1). Borcu sona erdiren imkânsızlık borcun doğumundan sonra ifanın elde edilememesi halinde gerçekleşir. Benimsediğimiz görüş uyarınca borçlu sorumlu olsa da olmasa da ifası imkânsızlaşan borç sona erer²⁵⁴. Bununla birlikte ifa imkânsızlığının objektif veya sübjektif olması kendisine bağlanan hukukî sonuçlar bakımından önem taşımaz²⁵⁵.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde son kullanıcının aslî edim borcunu bir miktar para oluşturur. Para borçlarında imkânsızlık söz konusu olmadığından²⁵⁶, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde ifa imkânsızlığı sadece işletmecinin aslî borcu olan elektronik haberleşme hizmetinin görülmesi bakımından karşımıza çıkacaktır.

İfa imkânsızlığı maddî veya hukukî bir sebepten doğabilir²⁵⁷. Bununla birlikte elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin aslî borcunun maddî bir

²⁵⁴ Sonraki imkânsızlığın borcu sona erdirmesi için borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Öğretide bir görüş borçlu imkânsızlıktan sorumlu olsa da olmasa da, imkânsızlığın borcu sona erdireceği yönündedir (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 311). Ancak borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmadığını ispat edemediği durumlarda, sona eren borç ilişkisinin yerine alacaklının zararını tazmin borcu doğar (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 311 ve 444). Baskın görüş ise sadece borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlığın borcu sona erdireceğini belirtmektedir (Eren, **a.g.e.**, s. 1248; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 853, 854; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2**, Çeviren: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 559-560). Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında borç sona ermeyip imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin mükellefiyeti alır (von Tuhr, **a.g.e.**, s. 560). -Bu görüşlerin incelenmesi ve sonuçlarının tartışılması hakkında bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 310 vd.

²⁵⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 309 ve 443; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 560. Ancak sübjektif imkânsızlığın BK. m. 117 kapsamına girdiğinin kabul edilebilmesi için dürüstlük kuralı uyarınca ifanın gerçekleşme ihtimalinin oldukça düşük olması aranacaktır (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 443). Yalnızca objektif imkânsızlığın BK. m. 117 kapsamında borcu sona erdireceği görüşünde: Eren, **a.g.e.**, s. 1249; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 88, 89.

²⁵⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 332.

²⁵⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 443; Seliçi, **a.g.e.**, s. 90. Maddî imkânsızlık tabii ilimler bakımından edimin asla yerine getirilememesi veya pratik olarak yerine getirilmesinin çok güçleşmesi

sebepten dolayı imkânsızlaşması çok zor bir ihtimaldir. Ancak büyük çaplı bir tabii felaket sonucu işletmecinin altyapısının tahrip olması gibi istisnai bir durumda maddî sebebe dayalı olarak ifanın imkânsızlaşmasından bahsedilebilir.

Hukuki bir sebepten kaynaklanan imkânsızlığa ise yetkilendirmenin iptali sonucu ifanın imkânsızlaşması örnek olarak verilebilir. Elektronik haberleşme hizmetini sunmak için işletmecinin belli niteliklere sahip olması ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilmesi gerektiğini daha önce de ifade etmiştik²⁵⁸. EHSYY. m. 7/f. 4'e göre:

“İşletmecinin yetkilendirme süresi boyunca Kurum düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen şartları sağlaması zorunlu olup; bu şartların kaybedilmesi halinde, kendisine Kurum tarafından uygun bir süre verilerek, gerekli şartların yerine getirilmesi bildirilir. Süre sonunda durumun düzeltilmemesi halinde yetkilendirme iptal edilir.”

Maddede öngörülen bir durumla (söz gelimi sözleşme devam ederken işletmecinin tüzel kişiliğini kaybetmesi) karşı karşıya kalındığında elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Böyle bir durumun ortaya çıkmasından işletmeci sorumlu tutulabiliyorsa son kullanıcının zararını tazmin borcu doğacaktır. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, kanaatimizce bu durumda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu son kullanıcının mağduriyetini önlemek için dilerse işletmeciyi bir süre daha hizmeti vermekle yükümlü tutabilir²⁵⁹.

durumunda söz konusu olur. Hukukî imkânsızlık ise edimin ifasına hukukî bir engelin bulunmasıdır (Seliçi, a.e.).

²⁵⁸ Bkz. yukarıda “Yetkilendirme Usulleri ve İşletmecide Aranılan Nitelikler” başlığı.

²⁵⁹ EHSYY. m. 19/f. 1, b. (I) şu şekilde kaleme alınmıştır: “Yetkilendirmenin feshi veya iptali: Kurum tarafından yetkilendirilen işletmeci, iptal ettirmek için talepte bulunduğu yetkilendirme kapsamında hiçbir aboneye sahip olmadığını veya aboneleriyle ilişkisini kestiğini beyan ederek yetkilendirmenin iptal edilmesi için Kuruma yazılı talepte bulunabilir. Kurum, uygun görmesi halinde söz konusu yetkilendirmeyi iptal edebilir. İşletmecinin herhangi bir mevzuata uymaması sonucu yetki belgesinin iptali halinde, işletmeci **Kurumun abone mağduriyetini gidermek için aldığı tedbirlere uymakla yükümlüdür.**” –Ayrıca karşı. BK. m. 397/f. 2: “Şu kadar ki vekâletin nihayet bulması müvekkilin menfaatlerini tehlikeye koyuyorsa müvekkil veya mirasçısı veya mümessili bizzat işlerini görebilecek hale gelinceye kadar **vekil veya mirasçısı veya mümessili**

B. Hukukî İşleme Sona Ermesi

1. Tarafların Anlaşması

Borçlar Hukukuna ilişkin herhangi bir sözleşme tarafların aralarında akdettikleri yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılabılır²⁶⁰. Aynı şekilde elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesine de taraflar aralarında anlaşarak son verebileceklerdir. Sona erdirmeye sözleşmesi temel borç ilişkisine tamamıyla son vermeye yönelik bir biçimde akdedilebileceği gibi²⁶¹ belli yan edimlere de yönelebilir²⁶².

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde şayet icraya başlanmışsa, sözleşme ancak ileriye etkili olarak sona erdirilebilecektir. Böylece ifa edilen edimlere bir hanel gelmeyecek, bununla birlikte sözleşmeden yeni edim borçları da doğmayacaktır. Özellikle niteliği gereği geri verilmesi mümkün olmayan sürekli edimlerin geri verilmesi; diğer bir ifadeyle sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilebilmesi kabul edilmemektedir²⁶³. Dolayısıyla elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerinde geriye etkili bir sona erdirmeye sözleşmesi yapmak mümkün değildir.

Son olarak ekleyelim ki öğretide borcu ortadan kaldıran sözleşmenin de temel sözleşmenin şekil şartına tâbi olduğu ifade edilmektedir²⁶⁴.

2. Fesih

a. Olağan Fesih (Son Kullanıcı Tarafından Fesih)

Olağan fesih ifasına devam edilmekte olan ifa süresi belirsiz bir sürekli borç ilişkisini taraflardan birinin bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın, tek taraflı ve yöneltmesi

vekâleti ifaya devam ile mükelleftirler.” Tüzel kişiliğin bir mirasçısı olamayacaksa da kayyım atanıp hizmetin devam ettirilebileceği sonucuna varmak mümkündür.

²⁶⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 104.

²⁶¹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 104.

²⁶² Cumhuriyet Özakman, **Factoring Sözleşmeleri**, İstanbul, 1989, s. 91.

²⁶³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 107.

²⁶⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 108. Ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 431-432.

gerekli bir irade beyanı ile sona erdirmesidir²⁶⁵. Kural olarak olağan fesihle sona erdirilebilen sürekli borç ilişkileri ifa süresi belirsiz olan sürekli borç ilişkileridir²⁶⁶. Bununla birlikte kanun koyucu istisnaen bazı hallerde belirli süreli sürekli borç ilişkilerinde de olağan fesih imkânı tanımıştır²⁶⁷.

Bu istisnalardan biri de Elektronik Haberleşme Kanunu'nda yer almaktadır. EHK. m. 50/f. 4'ün son cümlesine göre:

*“Aboneler yazılı olarak bildirmek kaydıyla aboneliklerini her zaman sona erdirebilir”*²⁶⁸.

Görüldüğü gibi abonelik şeklinde bir sözleşmeye taraf olan son kullanıcılar hiçbir sebep göstermek zorunda olmaksızın isteğini “yazılı” olarak işletmeciye (veya abonelik sözleşmesi yapmaya yetkili temsilcisine²⁶⁹) bildirerek elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini sona erdirebilmektedirler. Maddenin zıt anlamından çıkan sonuca göre işletmecinin böyle bir fesih hakkı yoktur. Kanaatimizce hüküm emredici kabul edilmeli ve işletmeciye dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanıyan sözleşme şartları kesin hükümsüz sayılmalıdır. Kaldı ki işletmeciye istediği zaman sözleşmeyi feshetme hakkının verilmesi sözleşme yapma zorunluluğu kavramıyla da bağdaşmayacağından, sözleşmeyle işletmeciye bu nitelikte bir hak tanınsa bile MK. m. 2/f. 2 aracılığıyla da, bu hakkın kullanımı engellenebilecektir.

EHSTHY. m. 18/f. 1'in (b), (c) ve (ç) bentlerinde abonenin fesih talebini bildirmek için farklı yöntemlere başvurabileceği öngörülmüştür. Buna göre, *işletmecinin*

²⁶⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s. 132.

²⁶⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 136.

²⁶⁷ Borçlar Kanunu'ndaki istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 140 vd.

²⁶⁸ Benzer bir hükme TKHK. m. 11/A'da da rastlamaktayız. Maddenin 1. fıkrasına göre, “*Her türlü abonelik sözleşmelerine taraf olan tüketiciler, isteklerini satıcıya yazılı olarak bildirmek kaydıyla aboneliklerine tek taraflı son verebilirler*”. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da gerekse Elektronik Haberleşme Kanunu'nda abonelik olarak kurulan sözleşmelerin feshini bildirmeyi yazılı şekle tâbi tutması isabetli olmamıştır. Zira bunun ne şekilde tüketiciyi veya son kullanıcıyı koruyacağı meçhuldür.

²⁶⁹ EHSTHY. m. 18/f. 5 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Abonelik sözleşmesi yapmaya yetkili her temsilci, aynı zamanda abonelik sözleşmesinin feshine ilişkin başvuruları da kabul etme ve fesih işlemlerini başlatmayla yükümlü olup, abone tarafından bu yönde yapılan başvurular işletmeciye yapılmış sayılır*”.

müşteri hizmetleri tarafından kayıt altına alınan sesli kayıt sistemi üzerinden, işletmecinin internet sitesi üzerinden daha önce belirlenmiş şifre ve benzeri güvenli yöntemler ya da Kurum tarafından belirlenecek diğer yöntemler” ile de sözleşmeyi tek taraflı feshetme hakkı kullanılabilir.

EHSTHY. m. 18’in 2. fıkrasında yazılı bildirim de dâhil olmak üzere bu saydığımız yollardan biriyle sözleşmenin feshinin bildirilmesinden itibaren yirmi dört saat içinde, hizmetin işletmeci tarafından durdurulması gerektiği aksi takdirde abonenin sorumlu tutulamayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla abonenin feshi bildirmesinden yirmi dört saat sonra hizmet sunumuna devam edilmesi halinde, abone herhangi bir borç altına girmeyecektir. Ancak buna rağmen, abone hattı kullanmaya uzun süre devam etmişse abonenin kendisinden bir şey talep edilemeyeceğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği söylenebiliyorsa işletmeci ücrete hak kazanabilecektir.

Maddenin devam eden 3 ve 4. fıkraları şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(3) İşletmeci, abonenin aboneliğe son verme yönündeki yazılı talebinin kendisine ulaşmasından itibaren en geç kırk sekiz saat içinde fesih işlemini gerçekleştirmek ve talebi takip eden yedi gün içerisinde abonelik sözleşmesinin feshedildiğini, abonenin talebine bağlı olmaksızın aboneye yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür.

(4) Müşteri hizmetleri birimi aranarak ya da internet aracılığıyla yapılan bildirimlerde abonenin kimlik bilgilerine ek olarak daha önceden belirlenmiş güvenlik şifresi istenebilir. Bu husus müşteri hizmetleri birimi ya da internet aracılığıyla fesih bildiriminde bulunan abonelere bildirilir. Aboneler hizmet sunumunun durdurulmasını takiben on gün içerisinde işletmecinin iletişim adresine veya işletmeci adına abonelik sözleşmesi işlemlerini yürütmeye yetkili herhangi bir temsilcisine yazılı bildirimde bulunurlar. Süresinde bildirimde bulunmayan abonelerin sözleşmeleri, işletmeci tarafından feshedilmeyerek hizmet sunumuna devam edilebilir.”

İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlar çıkmaktadır: Her şeyden önce abone sözleşmeyi feshetmek istiyorsa er ya da geç mutlaka yazılı bildirimde bulunması gerekecektir²⁷⁰. Öte yandan abone dilerse hizmetin ve bununla birlikte hizmetin görülmesinden kaynaklanan ücretlendirmenin durdurulması için iletişim araçlarıyla da bildirimde bulunabilir. Bu bildirimden sonra en geç yirmi dört saat içinde hizmet durdurulacak ve hizmetin durdurulmasından sonra on gün içinde abone yazılı bildirimde bulunmazsa işletmeci dilerse sözleşmeyi devam ettirecek dilerse de sona erdirecektir. Esasında bu son saydığımız durum tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleridir. Zira burada abonenin geçersiz fesih beyanı sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik icap niteliği taşımaktadır²⁷¹. İşletmecinin bu icabı kabul etmesiyle sözleşme sona erecektir. Dolayısıyla abonenin tek taraflı ve haklı sebep olmaksızın fesih hakkını kullanması yazılı şekilde olması gerekse dahi, hükümden tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesinin yazılı şekle tâbi tutulmadığı sonucu çıkmaktadır. Diğer yandan eklemek gerekir ki, hizmetin durdurulmaması ve abonenin de yazılı bir fesih beyanında bulunmaması durumunda, abonenin herhangi bir borcu doğmayacaktır. Gerçekten de maddede abonenin yazılı bildirimi için öngörülen on günlük sürenin *hizmetin durdurulmasından* itibaren başlayacağı belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce MK m. 2 aracılığıyla abonenin hizmeti kullanımının belirli bir süre devam etmesi halinde bu düzenlemenin uygulanması yumuşatılabilecektir. Fesih tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğundan işletmecinin katılımını gerektirmez. Bu sebeple abonenin yazılı bildirim için bayiyeye gitmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir. Abonenin imzasını taşıyan bir yazının işletmeciye veya temsilcisine postalanması ya da abonenin elektronik imzasını taşıyan bir belgenin elektronik ortamda işletmeciye ulaşması yeterlidir.

Yine aynı maddenin 7. fıkrasına göre, abonenin fesih bildirimi üzerine işletmecinin aboneden alacakları için fatura yollaması fesih işlemlerini durdurmayacaktır.

²⁷⁰ Kanaatimizce haklı sebeple fesih hali bu durumun istisnasını oluşturur. Örneğin yukarıda bahsetmiş olduğumuz (bkz. “*Sözleşme Koşullarında Değişiklik Yapılması*” başlığı.) EHK. m. 50/f. 4’te işletmecinin tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirmesi halinde aboneye haklı sebeple sözleşmeyi fesih hakkı tanınmaktadır. Bu durumda abone fesih beyanını iletişim araçlarıyla geçerli bir şekilde yapabilecektir.

²⁷¹ Bu konuda ayrıca bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 109 vd.

Son fıkrada ise abonenin işletmeciden alacakları bulunması durumunda, “mahsuplaşmayı”²⁷² takiben kalan miktarın on beş gün içinde aboneye iade edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Örneğin aboneden depozito veya avans adı altında bir ücret alınmış olması durumunda, işletmeci sunmuş olduğu ancak henüz aboneden ücretini tahsil etmediği bedele ilişkin takas beyanında bulunma hakkına sahiptir. Bunun sonucunda kalan miktarı ise aboneye iade etmelidir.

b. Olağanüstü Fesih

Olağanüstü fesih taraflara belirli veya belirsiz süreli borç ilişkisini vaktinden önce ileriye etkili olarak sona erdirme imkânı tanır. Olağan fesihden farklı olarak burada feshin geçerliliği sözleşmesel veya kanunî bir sebebe bağlıdır²⁷³. Borçlar Kanunu’nda bazı sürekli borç ilişkilerinde olağanüstü fesih sebebi olarak özel olgular öngörülmüştür²⁷⁴. Söz gelimi adi kira sözleşmesinde BK. m. 261, hizmet sözleşmesine ilişkin BK. m. 346 bu hükümlerdendir. Bununla birlikte Borçlar Kanunu’nda bu özel olguların yanında genel olağanüstü fesih sebebi olarak “haklı sebep” kavramına da yer verilmiştir. Kanun’da haklı sebebin sözleşmenin feshine imkân verdiği hükümler olarak BK. m. 264, BK. m. 286, BK. m. 344 örnek verilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu’nda bütün sürekli borç ilişkilerini kapsayacak bir haklı sebeple fesih hükmü yoktur. Buna karşılık öğretide, bu özel hükümlerin yansıttığı kanunun ruhundan ve bilhassa MK. m. 2’deki dürüstlük kuralından yararlanılarak haklı sebeple feshin mümkün olacağı kabul edilmektedir²⁷⁵.

Borçlar Kanunu’nda haklı sebebin ne olduğuna dair bir tanım yapılmış değildir. Hangi sebeplerin devam etmekte olan sürekli bir borç ilişkisini sona erdirme imkânı

²⁷² Her ne kadar maddede “mahsuplaşma” tabiri kullanılmış olsa da, aslında ifade edilmek istenen işletmecinin takas beyanında bulunabileceğidir. Zira burada karşı alacak dolayısıyla karşılıklı alacakların sukut ettirilmesi söz konusudur. Mahsupta ise alacağın hesaplanmasına ilişkin bir itiraz mevzu bahistir ve indirim esas olan miktarı bir karşı alacak oluşturmaz.

²⁷³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 156.

²⁷⁴ Bu özel hükümlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 170 vd.

²⁷⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s. 200 vd., özellikle s. 203-204.

tanıyacak kadar haklı olduğunun tespiti uygulamaya bırakılmıştır²⁷⁶. Bu noktada sebebin feshe götürecektir kadar haklı olup olmadığını hâkim takdir yetkisini kullanarak her somut olayda MK. m. 4 hükmü çerçevesinde hakkaniyete göre değerlendirecektir²⁷⁷.

Öğretide haklı sebep çekilmezlik açısından kavranmaya çalışılmaktadır. Buna göre haklı sebeple fesih hakkının doğmasının şartı olarak fesih beyanında bulunan taraf için ilişkinin artık çekilmez bir hal aldığı dürüstlük kuralına göre söylenebilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁸. Çekilmezliğe yol açan olgular zorunlu olmamakla birlikte taraflardan birinin davranışından doğabilir. Bu noktada özellikle tarafların sözleşmeye aykırı davranışları haklı sebep teşkil edebilecek olgulardır²⁷⁹. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde de taraflardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi veya kötü ifada bulunması sürekli borç ilişkisini çekilmez hale getirdiği ölçüde haklı sebep teşkil eder.

Esasen son kullanıcının istediği zaman sözleşmeyi feshetme hakkının bulunması karşısında, haklı sebeple feshin şartları gerçekleşse de, bunun son kullanıcı bakımından anlamı sadece Elektronik Haberleşme Kanunu'ndaki sürelerle ve prosedüre tâbi olmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirmeye²⁸⁰ ve tazminat isteyebilmesinde görülür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, son kullanıcının sözleşmeyi dilediği zaman feshetme hakkının bulunması, sebebin haklılığının değerlendirilmesinde kendisine daha çekimser davranılmasını gerektirebilir. İşletmecinin borcunu ifada temerrüde düştüğü veya kötü ifa ettiği her durum için son kullanıcıya bu imkân tanınmamalıdır. Buna göre kısa süreli hizmet kesintilerinde son kullanıcıya haklı sebeple sözleşmeyi feshetme hakkının verilmesi her zaman yerinde olmayacaktır. Bununla birlikte taahhütlü bir tarife söz konusuysa işletmecinin temerrüde düşmesi veya kötü ifası son kullanıcı için çoğu zaman haklı sebep teşkil eder. Zira bu durumda son kullanıcının sözleşmeyi dilediği zaman fesih hakkı

²⁷⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 186.

²⁷⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 187.

²⁷⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 192 ve s. 221 vd.

²⁷⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 194.

²⁸⁰ Hizmet sözleşmesinin haklı sebeple feshinin sözleşmeyi derhal sona erdireceği yönünde bkz. Oğuzman, **a.g.e.**, s. 132 vd.

bulunmamaktadır. Aynı şekilde sadakat yükümlülüklerinin ihlali de son kullanıcı bakımından sözleşmenin haklı sebeple feshinin uygulama alanını teşkil edebilir. Buna karşılık işletmeci de son kullanıcının bir takım yükümlülüklerine aykırı davranması halinde sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilecektir. Örneğin işletmecinin son kullanıcının kişisel bilgilerini kendisinden habersiz üçüncü kişilerle paylaşması son kullanıcı açısından, son kullanıcının işletmeciden izin almadan hattından başkalarını da yararlandırması işletmeci açısından haklı bir fesih sebebi oluşturur.

İşletmecinin haklı sebeple sözleşmeyi feshetmesine imkân verebilecek bir diğer durum da son kullanıcının para borcunu ödemedede temerrüde düşmesi halidir. Ancak kanaatimizce son kullanıcının borçlu temerrüdüne düşmesinin derhal haklı sebep teşkil etmesi zarurî değildir. Bu durumda da işletmeci bakımından artık sözleşmenin sürdürülemeyeceğinin kabulü, son kullanıcının sözleşmenin ilerleyen dönemlerinde ifayı gerçekleştiremeyeceğinin anlaşılması gerekir. Uygulamaya bakıldığında işletmecilerin bu bahsettiğimiz hususa riayet ettiği görülmektedir.

SONUÇ

1. Gerek Elektronik Haberleşme Kanunu gerekse bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan ilgili mevzuatta, elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin tanımına rastlanılmamaktadır. Ancak bize göre elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi şu şekilde tanımlanabilir: "Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi, elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması faaliyetinin bir kısmının yahut tamamının belirli bir ücret karşılığında hizmet olarak sunulmasını konu edinen bir sözleşmedir."
2. Kanun koyucunun son kullanıcıyla işletmeci arasında kurulan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi türü olarak yalnızca abonelik sözleşmesini düzenlemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Oysa işletmeci ile son kullanıcı arasındaki sözleşmenin abonelik şeklinde kurulması şart değildir. Kaldı ki abonelik sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme tipi olarak kabul edilmesine de imkân yoktur. Zira bizzat EHK. m. 3/b'de yapılan abonelik sözleşmesine ilişkin tanım ele alındığında dahi, bir sözleşme tipinin asgari karakteristik unsurlarını belirleme amacının güdülmediği, yalnızca sözleşmelerin ifa ediliş tarzına ilişkin ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Gerçekten de bu tanımdan yola çıkarak abonelik sözleşmesinin isimli veya isimsiz bir sözleşme olarak sınıflandırılması mümkün değildir. Bilakis, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin birçoğunun mahiyetlerine uygun düşmek kaydıyla abonelik sözleşmesi şeklinde akdedilmelerine bir engel yoktur.
3. Aynı hatalı bakış açısıyla Kanun'un, bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek ve tüzel kişilerin tamamını da "abone" olarak adlandırmakta olduğu görülmektedir (EHK. m. 3/a). Hâlbuki elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan sözleşmelerde işletmecilerin karşısında yine işletmeci sıfatı taşıyan kişiler bulunabileceği gibi, hizmetten doğrudan faydalanan kişilerin mutlaka *abone* sıfatını taşımaları da bir zorunluluk değildir.
4. Elektronik haberleşme hizmetinden bu hizmeti tekrar 3. kişilere sunmamak üzere yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişileri, "son kullanıcı" olarak

nitelendirmemiz mümkündür. Dolayısıyla bu çalışmada, işletmecinin karşısında yer alan tarafı ifade etmek üzere abone ve tüketici kavramlarına nazaran daha kapsamlı olan son kullanıcı tabiri kullanılmıştır.

5. İşletmeciler elektronik haberleşme hizmetlerini kısıtlı kaynakları kullanarak sunduklarından, haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Bu düşünce tarzı Anayasa m. 22 ile koruma altına alınan haberleşme hürriyetinin sağlanabilmesi bakımından da yerinde olur. Elektronik haberleşme hizmeti sunmakla yetkilendirilen bir işletmecinin sözleşme yapmaktan kaçınması halinde zarar gören taraf, mahkemedен aynen ifaya yönelik bir karar alarak kendisiyle sözleşme yapılması için dava açabileceği gibi, sözleşmenin yapılmaması sebebiyle zararının tazminini de talep edebilir.
6. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işletmecinin aslî edimleri hat tahsisi ve bağlantı kurma (arama yapma ve kabul etme) işidir. Hat tahsisi borcu kira sözleşmesiyle, bağlantı kurma ise iş görme sözleşmeleriyle benzerlik göstermektedir. Ancak hattın kullanımının işletmecinin aracılığı olmaksızın gerçekleştirilememesi elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini kira sözleşmesinden ayırır. Diğer yandan bağlantı kurma işi, kanunda düzenlenen herhangi bir iş görme sözleşmesi kapsamına dâhil edilemez. Dolayısıyla karşılıklı borçlar içeren bir iş görme sözleşmesi olan elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi, kanunda düzenlenen diğer iş görme sözleşmeleri çerçevesine sokulamayacağı gibi, kanunda düzenlenmiş birden fazla sözleşmenin karakteristik edimlerini birleştiren karma bir sözleşme de sayılamaz. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi kendisine özgü yapısı olan bir isimsiz sözleşmedir.
7. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmelerine bakıldığında, uygulamada istisnasız genel işlem koşullarından oluşan standart sözleşmeler şeklinde kuruldukları görülür. Bu alandaki sözleşmelerin Elektronik Haberleşme Kanunu'nda açık bir şekilde hem idarî ön denetime hem de yargısal denetime tâbi tutulmaları özellik arz etmektedir.

EHK. m. 50/f. 2'de öngörülen idari denetimin, bir ön denetimle sınırlı olmadığı görülmektedir. Buna göre Kurumun daha önce kendi onayladığı ve bunun

üzerine işletmeciler tarafından son kullanıcılarla akdedilen sözleşmelerin metni haline gelmiş olan sözleşme hükümlerini dahi, re'sen veya şikâyet üzerine yeniden inceleyerek, değiştirilmelerini isteyebilmesi mümkündür. Ancak burada altı çizilmesi gereken önemli nokta, Kanun'un bu konuda verdiği yetkinin hiçbir zaman Kurumun tarafların iradesi yerine geçecek şekilde karar almasını kapsamadığıdır. Kanaatimizce işletmeci ve son kullanıcı arasında hükümlerini doğurmaya başlayan bir sözleşmede Kurumun değişiklik talep etmesi halinde, bu değişikliğin gerçekleşebilmesi için son kullanıcının açık veya örtülü benimseme yollarından biriyle bu değişikliğe rıza göstermiş olması gerekir. Şayet Kurum değişiklik kararını son kullanıcının şikâyeti üzerine almışsa, duruma göre şikâyette bulunan son kullanıcının rızasının bulunduğu kabul edilebilir.

Uygulamadaki sözleşme örneklerinde sıkça karşılaşılan “ara ödeme” koşulu, bu ödemenin ne amaçla alındığını net bir şekilde ortaya koyamamaktadır. Kanaatimizce bu koşul yapılacak bir yargısal denetimde dar yorumlanmalı ve ancak işin görülmesi için zarurî olan hallerde veya -örneğin hattın normalin oldukça üzerinde kullanılması gibi bir sebeple- ücret alacağına tehlikeye düştüğü durumlarda ara ödeme talep edilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

8. Uygulamadaki elektronik haberleşme hizmeti aboneliklerine bakıldığında, sözleşme koşulları ve abonenin kişisel bilgileriyle tercihlerinin yer aldığı farklı eklerden oluştukları görülmektedir. Aslı edimlerin belirlendiği kısımlar abonenin tercihlerinin yer aldığı bölümdür. Genel işlem koşullarından oluşan ve sözleşme koşullarının yer aldığı ekte ise yetkili yargı yeri, borca aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin şartlar vb. unsurlar yer alır. Bu son bahsettiğimiz, yani aslı edimin yer aldığı ve abonenin tercihleri dışındaki bölüm, çerçeve sözleşme niteliğindedir. Buna göre abone başta kararlaştırılmamış olan bir ek hizmetten daha sonra mesaj gönderme, müşteri hizmetlerini arama, online işlem vb. bir yöntemle faydalanmak istediğinde taraflar arasında yeni bir sözleşme akdedilir. Sürekli borç ilişkisinin devamı boyunca gerçekleşecek bu münferit sözleşmeleri yapıp yapmamakta taraflar serbesttirler. Ancak yapmaları halinde bu münferit işlemler başlangıçta imzalanan çerçeve sözleşmenin hükümlerine göre şekillenecektir.

9. Geçerlilik şekli olarak yazılı şekil şartı ancak kanunla getirilebilir. Ancak kanunun açıkça bir şekil şartı öngörmüş olması halinde bu şeklin nasıl gerçekleştirileceğinin tüzük veya yönetmelikle düzenlenebilmesi mümkündür. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinin şekline ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple yönetmelikte (EHSTHY. m. 14/c. 1) yer alan yazılı şekil ancak bir ispat aracı olarak görülebilir.
10. EHK. m. 50/f. 4'te işletmeciye sözleşme koşullarında tek taraflı değişiklik yapma imkânı tanınmıştır. Buna karşılık abonenin de sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Abonenin fesih beyanında bulunmaması durumunda bu şartların susarak (örtülü benimseme ile) sözleşme içeriğine gireceği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu burada istisnai olarak genel işlem koşullarının abonenin açık bir irade beyanı olmaksızın sözleşme içeriğine girebileceğini kabul etmektedir. Bu durumda abonenin yollayacağı ret beyanı sözleşmenin feshedilmesi olarak yorumlanacaktır. Zira maddede sözleşme değişikliğinin haklı bir fesih sebebi olduğu kabul edilmiş; bununla birlikte aboneye bu değişiklikler olmaksızın sözleşmeyi devam ettirme imkânı tanınmamıştır. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da taahhütlü bir tarifenin bulunup bulunmadığıdır. Taahhütlü tarifenin bulunduğu durumda her iki taraf da tarifenin uygulanacağı süre ile bağlı olmakla birlikte, örneğin ücrette indirimle gidilmesi gibi abonenin lehine olan bir değişiklik sözleşmeye dâhil edilebilir. Ancak abone işletmeciyi böyle bir harekete zorlayamaz. Aynı şekilde işletmeci de aboneyi yeni tarife uymaya zorlayamayacaktır.
11. Taraflar arasında abonelik niteliğinde bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda, sürekli borç ilişkisinin devamı esnasında yeni hizmetlerin yürürlüğe girmesi söz konusu olabilir. Bu hizmet alımları çoğu zaman uzaktan iletişim araçlarıyla talep edilir. Bu gibi hallerde bayide önceden akdedilmiş bir sözleşme bulunduğundan mesafeli sözleşmenin varlığı için aranan *karşı karşıya gelmeme* şartı oluşmamıştır. Dolayısıyla mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması söz konusu olamaz. Kanaatimizce bu gibi hallerde mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler ancak kıyasen uygulanabilir.
12. İşletmecinin sözleşmeden kaynaklanan aslî borcu elektronik haberleşme hizmetinin sağlanmasıdır. Bu borcun içeriği sözleşmenin konusunu oluşturan

elektronik haberleşme türüne göre değişebilir. Ancak kural olarak her tür hizmet için geçerli olan temel prensipler vardır. Bunların başlıcaları hizmetin kesintisiz olarak görülmesi, hizmet görülürken Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği'ndeki standartlara uyulması ile yürürlüğe girecek olan hizmetler hakkında sözleşme öncesi ve sözleşme devam ederken abonelerin bilgilendirilmesidir. Ayrıca işletmeci son kullanıcının farklı işletmecilerin müşterileriyle görüşme yapabilmemesini sağlamanın yanında, sözleşmenin devamı süresince son kullanıcı hakkında edindiği kişisel bilgi ve verileri saklı tutmakla da yükümlüdür.

- 13.** Son kullanıcının aslı edimi sözleşmelerin birçoğu için geçerli olan belirli bir miktar paranın ödenmesinden ibarettir. Ancak bu ücretin belirlenmesi diğer sözleşmelere nazaran farklılıklar gösterir. Zira bu ücretler tarifelerle belirlenmekte ve Elektronik Haberleşme Kanunu'nda Kuruma tarifelere geniş bir müdahale yetkisi tanınmaktadır. Bu yetkilerin en önemlileri; Kurumun tarifelere alt ve/veya üst sınır getirme yetkisi (TY. m. 9) ile bunları maliyet esasına göre (TY. m. 10) ve/veya tavan fiyat esasına göre (TY. m. 12) onaylamadır. Kurum tarafından incelenen ve onaylanan bu tarifeler işletmeciler tarafından kamuoyuna duyurulduktan sonra yürürlüğe girecektir (TY. m. 14). Tarifelerin kamuoyuna duyurulması noktasında da Yönetmelik belirli kriterler öngörmektedir (TY. m. 14). Buna göre tarifeler, ilgili hizmetin özellikleri ve tarifelere ilişkin hükümler ile birlikte son kullanıcıların ve tüketicilerin kolay anlayabileceği şekilde ilan edilmeli ve tarifeler ile ilgili bilgiler açık ve anlaşılabilir bir şekilde sunulmalıdır. Son kullanıcıları ve tüketicileri aldatıcı, yanıltıcı veya tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici kamuoyu duyurusu yapılması yasaklanmıştır.

- 14.** Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi bakımından söz konusu olabilecek sona erme hallerinden son kullanıcının ölümü ile olağan ve olağanüstü fesih üzerinde özellikle durulması gerekir.

Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde işi görülen taraf olan son kullanıcının kişiliği alışılmışın dışında bir öneme sahip değildir. Zira işletmeci için sözleşmenin karşı tarafında kimin yer aldığı bir ehemmiyet arz etmez. Bu sebeple son kullanıcının ölümü sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez.

15. Abonelik şeklinde bir sözleşmeye taraf olan son kullanıcı hiçbir sebep göstermek zorunda olmaksızın belli usullere tâbi olmak ve isteğini “yazılı” olarak işletmeciye (veya abonelik sözleşmesi yapmaya yetkili temsilcisine) bildirmek şartıyla elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesini dilediği zaman sona erdirmeye hakkına sahiptir (EHK. m. 50/f. 4, c. son ve EHSTHY. m. 18). Ancak aboneye bu hakkı veren düzenlemelerin zıt anlamından çıkan sonuç ve işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu göz önünde tutulduğunda, işletmecinin aynı hakka sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. O yalnızca haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

16. Sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih hakkının doğmasının şartı olarak fesih beyanında bulunan taraf için ilişkinin artık çekilmez bir hal aldığına dürüstlük kuralına göre söylenebilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesinde de taraflardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi veya kötü ifada bulunması sürekli borç ilişkisini çekilmez hale getirdiği ölçüde haklı sebep teşkil eder.

Son kullanıcının istediği zaman sözleşmeyi feshetme hakkının bulunması karşısında, haklı sebeple feshin şartları gerçekleşse de, bunun son kullanıcı bakımından anlamı sadece Elektronik Haberleşme Kanunu’ndaki sürelerle ve prosedüre tâbi olmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirmeye ve tazminat isteyebilmesinde görülür. Son kullanıcının sözleşmeyi dilediği zaman feshetme hakkı bulunduğundan, bazı durumlarda sebebin haklılığının değerlendirilmesinde kendisine daha çekimser davranılır. Buna göre kısa süreli hizmet kesintilerinde son kullanıcıya haklı sebeple sözleşmeyi feshetme hakkının verilmesi her zaman yerinde olmayabilir. Bununla birlikte taahhütlü bir tarife söz konusuysa işletmecinin temerrüde düşmesi veya kötü ifası son kullanıcı için çoğu zaman haklı sebep teşkil eder. Zira bu durumda son kullanıcı sözleşmeyi dilediği zaman feshedememektedir.

İşletmecinin son kullanıcının kişisel bilgilerini izinsiz olarak üçüncü kişilerle paylaşarak sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi son kullanıcı bakımından, son kullanıcının hattını başkalarına kullandırarak sözleşmeyle belirlenen bazı yükümlülüklerine aykırı davranması işletmeci bakımından sözleşmenin haklı sebeple feshinin uygulama alanını teşkil edebilir.

Kanaatimizce son kullanıcının borçlu temerrüdüne düşmesi başka bir şart aranmaksızın işletmeciye haklı sebeple sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Bu durumda da hukukî ilişkinin çekilmez hal alması şartı aranmalı ve son kullanıcının sözleşmenin ilerleyen dönemlerinde ifayı gerçekleştiremeyeceğinin anlaşılması gerekir.

KAYNAKÇA

Akkanat, Halil: “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 275-289.

Akkanat, Halil: **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

Altaş, Hüseyin, Nurcihan Dalcı: “AB Uluslararası Dolaşım (Roaming) Tüzüğü Hakkında Bir Değerlendirme,” **Telekom Dünyası Dergisi**, Ağustos 2010, s. 64-69 (Çevrimiçi) <http://www.telekomdunyasi.com/dergi.php?id=78>, 01.07.2011).

Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Aslan, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006.

Atamer, Yeşim M.: “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 291-331.

Atamer, Yeşim M.: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001.

Barlas, Nami: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999, s. 807-828.

Çetiner, Bilgehan: “Telefon Aboneliği Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Korunması”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63-64, 2009, s. 70-90.

Çınar, Ömer: **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

De Raemy, Robert: **Le contrat par abonnement**, Lausanne, Imprimerie Henri Jaunin S.A., 1960.

Demir, Mehmet: **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

DÉNÉRÉAZ LUISIER, Henriette: **Deux contrats d’abonnement: La livraison d’un périodique et le service d’entretien**, Tolochenaz, Imprimerie Chabloz S.A., 1989.

Dural, Mustafa: **Borçunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

Dural, Mustafa, Suat Sarı: **Türk Özel Hukuku : Cilt 1 : Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

Ekici, Şerafettin: **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Engel, Pierre: **Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés**, Berne, Editions Stämpfli+Cie SA, 1992.

Engin, Baki İlkey: “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 75-100.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2010.

Eren, Fikret: “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Ankara, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008, s. 85-111.

Erten, Alev: **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009.

Gezder, Ümit: **Mesafeli Sözleşmeler**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 1, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. (Kısaltma: Borçlar Özel 1).

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 2, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Kısaltma: Borçlar Özel 2).

Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Havutçu, Ayşe: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2003.

Helvacı, İlhan: **Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010)**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2010.

İnal, Emrehan: **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

İnceoğlu, Mehmet Murat: “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000, s. 391-429.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Kocayusufpaşaoğlu v.d., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, C: 1**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.

Kuntalp, Erden: **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968 (Kısaltma: Ard Arda).

Kuntalp, Erden: **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971 (Kısaltma: Karışık).

Oğuzman, M. Kemal: **Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955.

Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas: **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Oğuzman, M. Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Ozanoğlu, Hasan: **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 663-692.

Öktem Çevik, Seda: **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008.

Öz, Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989 (Kısaltma: Eser Sözleşmesinden Dönme).

Öz, Turgut: **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1997 (Kısaltma: Yönetim).

Özakman, Cumhuri: **Factoring Sözleşmeleri**, İstanbul, 1989.

Özen, Burak: “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan Cilt: I**, İstanbul, 2001, s. 598-632

Reisoğlu, Seza: **Hizmet Akdi, mahiyeti, unsurları, hükümleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

Sarı, Suat: **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004.

Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa ve Bağışlama**, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Kısaltma: Borçlar Özel I/1).

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2: Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri**, Üçüncü Tıpkı Basım’dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Kısaltma: Borçlar Özel I/2).

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989 (Kısaltma: Borçlar Özel II).

Tekinay, Selahattin Sulhi v.d.: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2**, Çeviren: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.

Ulusoy, Ali: “Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arasındaki İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği”, **AÜHFD.**, C: 50, S: 2, 2001, s. 147-158.

Ulusoy, Ali: **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Uyan, Göktürk: **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.

Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009.

Zevkliler, Aydın, K. Emre Gökyayla: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, Turhankitabevi, 2010.

Zevkliler, Aydın, Murat Aydoğdu: **Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun - Örnek Yargıtay Kararları, İlgili Kanun, Yönetmelikler ve Tebliğler, Avrupa Birliği Direktifleri**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.