

TELEKOMÜNİKASYON ALANINDAKİ ARA BAĞLANTI (ŞEBEKELER ARASI İRTİBAT VE İŞBİRLİĞİ) SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Ali ULUSOY**

GİRİŞ

Ara bağlantı, en geniş şekilde anlaşıldığı şekliyle, bir şebekenin diğer bir şebekeyle irtibatlandırılmasını, diğer bir deyimle, bir işletmecinin aboneleriyle diğer bir işletmecinin abonelerinin birbirleriyle haberleşebilmelerini ifade etmektedir.

Baş döndürücü bir hızla gelişen teknolojinin, bireylerin gündelik yaşamındaki en belirgin yansımalarından biri, telekomünikasyon alanında gerçekleşmektedir. Zira, bir yandan telekomünikasyonun bireylerin yaşamlarını olağanüstü kolaylaştırdığı, diğer yandan ise, insanların bu alandaki teknolojik gelişmelere çok kolay ve hızlı adapte olabildikleri gözlemlenmektedir.

Telekomünikasyon alanındaki bu hızlı değişim, yukarıda da belirtildiği gibi bireylerin gündelik yaşamını doğrudan ve yoğun bir şekilde etkilediğinden, hukuksal boyutta da bu alana ilişkin olarak bir takım düzenlemelerin yapılması zorunlu hale gelmiştir. Fakat bu noktadaki en önemli sorun, doğası gereği *a posteriori* bir özellik arz eden, bir alanın hukuk kurallarıyla düzenlenmesi konusunun, telekomünikasyon gibi olağanüstü hızla gelişen bir alanı düzenlemesindeki adaptasyon güçlüğüdür.

Gerçekten de AB ülkeleri dahil bütün dünya ülkeleri telekomünikasyon alanının gelişmesine paralel ve eş zamanlı hukuksal düzenlemeler getirmekte sorunlar yaşamaktadırlar. Yargı organları ise, alışlagelmiş hukuksal usul, ilke ve kurumların telekomünikasyon alanına uymamasının ve bu alandaki uyumsuzlukların bu klasik hukuksal araçlarla çözümlenmeye çalışılmasının sıkıntısına tanık olmaktadır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GENEL OLARAK "ARA BAĞLANTI" KAVRAMI

Uygulamaya bakacak olursak, tüm dünyada telekomünikasyon hizmetlerinin en azından belli bir bölümünün (*ses iletimi ihtiva eden temel telekomünikasyon hizmetleri ve katma değerli telekomünikasyon hizmetleri*) kamu yararıyla doğrudan ilişkisi nedeniyle özel düzenlemelere tabi tutulduğu görülmektedir.

Bu özel düzenlemeler bazı ülkelerde birtakım temel telekomünikasyon hizmetlerine özel ve ayrıcalıklı bir hukuksal rejim uygulamaya kadar gitmekte, yani bu tür hizmetler "kamu hizmeti" olarak sınıflandırılmakta (ör. Fransa, İtalya, İspanya, Türkiye), bazı ülkelerde ise, bazı özel düzenlemeler uygulanmakla birlikte, ayrıcalıklı bir hukuksal rejime tabi tutulmaya gerek duyulmamaktadır (örn. ABD, İngiltere, Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya...).

Kara Avrupası ülkeleri gibi bazı temel telekomünikasyon hizmetlerinin *kamu hizmeti* olarak nitelendirilerek ayrık bir hukuksal rejime tabi tutulduğu ülkelerde de, AB Organları tarafından empoze edilen ve **evrensel hizmet** (Fr. *service universel*, İng. *universal service*) olarak isimlendirilen yeni bir anlayış uyarınca, bu ayrıcalıklı hukuksal rejim sadece, sabit ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri gibi, çok istisnai ve temel telekomünikasyon hizmetleri için öngörülmüş; mobil telefon gibi katma değerli telekomünikasyon hizmetleri ise, bazı özel kurallar öngörülmekle birlikte, esas olarak serbest piyasa koşullarına tabi tutulmuştur.¹

Telekomünikasyon sektörünün evrensel bazda bu kadar gelişmesinin bir diğer sonucu da, önceleri genellikle tekel niteliğindeki kamu işletmeleriyle salt devletler tarafından yürütülen telekomünikasyon hizmetlerinin bütün dünyada serbest rekabete açılması ve bu bağlamda, artık telekomünikasyon hizmetlerinin ağırlıklı olarak özel sektör tarafından üstlenilmesi olgusudur. Hatta, bütün dünyada devletlerin mülkiyetindeki telekomünikasyon işletmelerinin özelleştirilmesi yönünde bir eğilim olduğu ve çoğu ülkede artık tüm telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişiler tarafından işletildiği gözlemlenmektedir.

¹ Robert KOVAR: "Droit Communautaire et Service Public: Esprit d'Orthodoxie ou Pensée Laïcisé", *RTDE*, 32 (3), Juill.- Sept. 1996, s. 505.

Bkz ayrıca, AB Konseyi, 7 Şubat 1994 . *Telekomünikasyon Sektöründeki Evrensel Hizmet Prensiplerine İlişkin İlke Kararı*, 94/C48/01, JO C 048, 16.02.1994, p.1. AB Komisyonu, 13 Mart 1996, *Tamamen Serbestleşmiş Bir Telekomünikasyon Sektöründeki Evrensel Hizmet İlkelerine İlişkin Bildiri*, COM (96) 73 FINAL.

Bununla birlikte, herhangi bir özel girişimci piyasada herhangi bir telekomünikasyon hizmetini halka açık bir biçimde sunabilmek için yetkili devlet kurumundan, hizmetin türüne göre lisans veya izin almak zorundadır. Özellikle sabit ve mobil telefon gibi önemli bazı telekomünikasyon hizmetlerinin sunulabilmesi için ise taraflar (Devlet ve özel işletmeci) aralarında bir sözleşme aktedebilmekteler ve hizmet bu sözleşmede belirlenen kurallara göre yürütülmekte ve bu sözleşmeler, herkese açık ve serbest rekabet şartları dahilinde cereyan eden bir ihale ve açık artırma sonucu imzalanmaktadır. Zira, nitelikleri gereği bu tür lisanslar sınırlı sayıda verilebilmekte ve aslında Devletler esasen kendilerine özgülenmiş (rezerve edilmiş) faaliyetler olarak düşündükleri bu faaliyetlerin işletilmesini, kamu gücü kullanarak ve belli şartlar empoze ederek özel kişilere devretmektedirler.

Lisans alabilen ve böylece bu türden hizmetleri yürütme hakkına sahip olan işletmeciler, kendi şebekeleriyle sabit veya mobil telefon hizmeti veren diğer işletmecilerin şebekeleri arasında bağlantı kurabilmek için, bu işletmecilerle anlaşmak ve böylece kendi aboneleriyle diğer işletmecilerin (sabit veya mobil) abonelerinin haberleşebilmelerini sağlamak istemektedirler. Zira, diğer işletmecilerin aboneleriyle haberleşme imkanı sunamayan bir işletmecinin abone bulabilmesi piyasa koşulları içinde hemen hemen olanaksızdır.

“Ara bağlantı” (*interconnexion (Fr)*, *interconnection (Ing)*) olarak adlandırılan bu “irtibatlandırma” ile tüm dünyada “ara bağlantı sözleşmesi” veya “şebekeler arası irtibat ve işbirliği sözleşmesi” adı verilen ve işletmeci veya şebeke sahibi iki işletmeci arasında akdedilen bir sözleşme ile yapılmakta ve taraflar bu sözleşmeye göre belirlenmiş tarifeler (birim temel ücret) üzerinden karşılıklı ödemelerde bulunmaktadır.

Bu sözleşmelerin hukuksal niteliklerine gelince, bu konu özellikle Kara Avrupası ülkeleri gibi idari rejimi ve dolayısıyla adli yargı- idari yargı olarak iki ayrı yargı düzenini benimsemiş ülkelerde önem arz etmektedir.

Lisans sözleşmeleri, Anglo-saxon hukuk anlayışını benimsemiş ülkelerde (ABD, İngiltere, Kanada, Avustralya...) iki taraf arasında yapılmış herhangi bir sözleşmeden farklı olarak düşünülme de, Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde, (Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, Belçika, İsviçre, Portekiz, Yunanistan, Türkiye) idari sözleşme olarak kabul edilmekte, yani bunlara kamu hukuku rejimi uygulanmaktadır. Çünkü, bu sözleşmelerde taraflardan biri her zaman devlet veya bir kamu otoritesi olduğu gibi, devletin, sadece kendini yetkili gördüğü bir alanda kamu gücünü kullanarak bu sözleşmelerde istediği gibi üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olması ve bunları tek yanlı olarak belirlemesi ve karşı tarafa kendi koşullarını belirleme ve bunlara müzakere hakkı tanımaması söz konusudur.

Ayrıca, lisans sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesine devlet tarafından izin verilmesidir.

Nitekim, ülkemizde, 27.1.2000 tarihli 4502 sayılı Kanunun 3/c maddesinde, "*Frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kı kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısı ancak Bakanlık ile akdedilecek bir imtiyaz sözleşmesi ile yürütülür*" denilerek², örneğin sabit veya mobil telefon hizmetlerine ilişkin lisans sözleşmeleri açıkça idari sözleşme sayılmıştır.

Ara bağlantı (şebekeler arası irtibat ve işbirliği) sözleşmeleri için ise, durum tamamen farklıdır. Bu tür sözleşmeler, idari rejimi benimsemiş Kara Avrupası ülkeleri de dahil tüm dünyada *özel hukuk sözleşmeleri* olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla, kamu hukuku değil, özel hukuk rejimine tabi tutulmaktadır. Bunun sonucu olarak da, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde değil adli yargı yerlerinde çözümlenmektedir.

Gerçekten de, bu tür sözleşmelerin konusu, iki işletmecinin, tamamen ticari kaygılarla ve şartlarını tamamen serbestçe ve karşılıklı müzakere/pazarlıkla belirleyerek, şebekeleri arasında bağlantı kurulmasına rıza göstermelerinden ibarettir. Bir tarafın diğerine kamu gücünde kaynaklanan üstün hak ve ayrıcalıklar sonucu birtakım şartları zorla kabul ettirmesi söz konusu değildir.

Diğer yandan, pozitif hukukumuzda, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterlerden biri de, taraflardan en az birinin İdare olması zorunluluğudur³. Oysa, örneğin mobil telefon hizmetleri işletmecileri açısından ara bağlantı sözleşmelerinde her iki tarafın da özel işletmeci olması mümkündür. Yine, 27.1.2000 tarihli 4502 sayılı Kanuna göre Türk Telekom'un sabit telefon hizmetlerindeki tekeli 2003 yılının sonunda, ve hatta, Türk Telekom'daki kamu payı %50'in altına düştüğünde, bu tarihten de önce⁴, biteceğine ve sektör bu tarihten itibaren tamamen rekabete açılacağına göre (m. 2/c), sabit telefon hizmetleri açısından da ara bağlantı yükümlüsü özel işletmeciler ortaya çıkabilecektir.

² 12.5.2001 tarihli 4673 sayılı Kanunla (RG, 23.5.2001, S.24410), Bakanlığın (Ulaştırma Bakanlığı) bu alandaki yetkileri Telekomünikasyon Kuruluna devredilmiştir. (m.7).

³ Şeref GÖZÜBÜYÜK – Turgut TAN, *İdare Hukuku, C.1. Genel Esaslar*, Turhan Kit., Ankara, 1998, s. 380 vd.

⁴ 12.5.2001 tarihli 4673 sayılı Kanun (RG, 23.5.2001, S.24410), m.2.

Bu durumda, aynı türdeki ara bağlantı sözleşmelerinden kamusal telekomünikasyon işletmecilerinin taraf oldukları idari sözleşme, diğerlerinin ise özel hukuk sözleşmesi olması gibi kabul edilemeyecek bir sonuç da doğabilecektir.

II. TÜRK HUKUKUNDA “ARA BAĞLANTI SÖZLEŞMELERİ”

Telekomünikasyon hizmetlerinin hukuksal rejimini yeniden düzenleyen ve telekomünikasyon konusundaki kanunlarda değişiklikler öngören 4502 sayılı Kanunun, lisans sözleşmelerinin aksine, ara bağlantı sözleşmelerinin kamu hukuku rejimine mi özel hukuk rejimine mi tabi olacakları konusunda açık bir hüküm içermediği görülmektedir. Adı geçen Kanunun, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 10. maddesini değiştiren 6. maddesinde ara bağlantı ve roaming konuları düzenlenmiş, fakat bu konulardaki sözleşmelerin açık bir hukuksal nitelendirilmesi yapılmamıştır.

Bu konuda açık bir ifadeye yer vermemekle birlikte, kanunun anılan maddesinin 3. fıkrasında, “şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar”dan bahsedilmekte ve bu anlaşmaların taraflar arasında imzalanacağı öngörülmekte; yine aynı maddenin 4. fıkrasında ise “ara bağlantı anlaşması” için öngörülen sürelerde “tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde” telekomünikasyon Kurumuna bir takım yetkiler tanınmaktadır.

Kanun, ara bağlantı sözleşmelerinin hangi hukuksal rejime tabi olacakları konusunda açık bir hükme yer vermediğine⁵ ve fakat, ara bağlantıyı işletmecilerin aralarında serbest iradeleriyle yapacakları bir anlaşmaya tabi tuttuğuna göre, herhangi bir tarafın bu anlaşmada üstün ve ayrıcalıklı konumda olmadığını, diğer bir deyimle, tarafların eşit konumda olduğunu kabul etmiştir. Tarafların kendi rızalarıyla ve tamamen eşit konumda oldukları anlaşmalara dayanan sözleşmelerin ise idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olduğu tartışmasıdır.

Ayrıca, bir işletmecinin alt yapısından ve ekipmanlarından başka bir işletmecinin yararlanabilmesi anlamına gelen **roaming** sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmeleri oldukları açıktır.

Nitekim, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, tüm dünya ülkelerinde ve aynı zamanda AB ülkelerinde ara bağlantı sözleşmeleri tamamen ticari esaslara göre ve tarafların eşit konumda aralarında yapacakları pazarlık uyarınca varacakları anlaşmalara göre imzalanmakta;

⁵ Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinde (RG, 28 Mart 2001, S.24356, s.15 vd.) de bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

tarafların özgür iradeleriyle bir anlaşmaya varamamaları durumunda, bağımsız bir regülasyon otoritesi müdahale ederek, çıkan uyuşmazlıkları hakem olarak çözümlenmektedir.

III. AB HUKUKUNDAKİ DURUM

Ara bağlantı konusu AB mevzuatına 90'lı yılların başından itibaren girmeye başlamıştır. Örneğin (AB) Konseyin 5 Haziran 1992 tarihli *Kiralanmış Hatların Açık Şebeke Sunumuna Tabi Tutulmasına İlişkin Direktifte* (92/44/CEE) kiralanmış hatların kendi aralarında ve ana şebekelerle ara bağlantısına sınırlama getirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 6).

AB Konsey ve Parlamentosunun 13 Aralık 1995 tarihli, *Telefon Hizmetlerinin Açık Şebeke Sunumuna (ONP) Tabi Tutulmasına İlişkin Direktifinde* (95/62/CE) de ara bağlantı konusuna ilk olarak önemli bir yer verilmiş ve Direktifin gerekçe metninde, mobil telefon şebekelerinin kendi aralarındaki bağlantı hariç olmak üzere, şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasının Topluluk bünyesinde serbest bir telefon bünyesi kurmanın ve telekomünikasyon alanındaki serbest rekabetin sağlanmasının en temel koşullarından olduğu vurgulanmış (p. no. 25-27) ve Direktifin 11. maddesinin başlığı "Ara bağlantı" olarak düzenlenmiştir.

Anılan maddenin 2. bendinde, telefon hizmetlerindeki ara bağlantının teknik ve ticari koşullarının " tarafların kendi aralarında varacakları bir anlaşmaya göre" belirleneceği açıkça belirtilmiş; ve 3. bentte ise, ulusal otoritelerin, bu ara bağlantı anlaşmalarında tarafların eşit konumda olmalarını gözeteceği hüküm altına alınmıştır.

Komisyonun 16 Ocak 1996 tarihli, *Mobil ve Kişisel Haberleşmeye İlişkin Direktifinin* (96/2/CE)⁶ 1. maddesiyle, mobil telefonlar dahil tüm telekomünikasyon şebekelerinde ara bağlantı sağlanmasının önemi vurgulanmış ve ulusal otoritelere ara bağlantının objektif ve tarafların eşit olarak kararlaştıracakları şartlarda yapılması için gerekli önlemleri alma ve düzenlemeleri yapma görevi verilmiştir.⁷

Komisyonun 13 Mart 1996 tarihli, 90/388/CE referanslı *Telekomünikasyon Pazarında Tam Rekabetin Gerçekleştirilmesine İlişkin Direktifinde Değişikli Yapan Direktifinde* (96/19/CE) de ara bağlantı

⁶ Bu Direktif, 28 Haziran 1990 tarihli, Telekomünikasyon Hizmetleri Pazarında Rekabete İlişkin Direktifte (90/388/CEE) değişiklikler yapmaktadır.

⁷ Bu hüküm adı geçen Direktifle, 90/388/CEE referanslı Telekomünikasyon Hizmetleri Pazarında Rekabete İlişkin Direktifin 3. maddesine (*Article 3 quinquies*) eklenmiştir.

konusuna geniş yer verilmiş ve “ara bağlantı” kavramı ilk defa bir AB düzenlemesinde açıkça tanımlanmıştır (m.1 a, iii).

Bu tanıma göre “ara bağlantı”, “*telekomünikasyon işletmecilerinin kullanıcılarının birbirleriyle haberleşmelerini veya 3. kişilerin sağladığı hizmetlerden birlikte yararlanabilmelerini sağlayan, şebekelerin velveya hizmetlerin kendi ararlarındaki fiziksel veya mantıksal bağlantısını*” ifade etmektedir.

Aynı Direktifin gerekçe metninde (p. no. 13), ara bağlantı şartlarının taraflar arasındaki serbest pazarlıkla kararlaştırılmasının AB Kurucu Anlaşmasının serbest rekabeti düzenleyen 90, 59 ve 86. maddelerine uygunluk açısından mutlaka gerekli olduğu vurgulanmış; Direktifin 90/388/CEE referanslı Direktife “Madde 4 bis” olarak eklenecek 6. maddesinin 3. bendinde ise, ara bağlantı sözleşmelerinin taraflar arasında serbest bir pazarlıkla oluşturulacak “ticari bir anlaşma” (*négociation commerciale*) sonucu imzalanacağı açıkça belirlenmiştir.⁸

Böylece, üye ülkeler için yasaya eşdeğer bir AB düzenlemesinde telekomünikasyon alanındaki ara bağlantının bir ticari anlaşma olduğu doğrudan hüküm altına alınmış, diğer bir deyimle, iki tarafın serbest iradeleriyle anlaşmaya vardığı bir ara bağlantı sözleşmesinin kamusal değil ticari nitelikte olduğu ve özel hukuka tabi olacağı belirlenmiş olmaktadır.

Aynı yöndeki bir ifadeye Konseyin 18 Eylül 1995 tarihli, *Telekomünikasyon Alanındaki Gelecek Düzenlemelerinin Çerçevesini Belirlemeye Yönelik İlke Kararında* (95/C 258/01) da rastlanmaktadır.

Anılan ilke kararının 3/c maddesinde, AB organlarının gelecekteki düzenlemelerinde, telekomünikasyon alanındaki ara bağlantı sözleşmelerinin, taraflar arasındaki “ticari anlaşmalar” (*négociation commerciale des accords d’interconnexion*) sonucu imzalanmasına yönelik hükümlere yer verilmesi istenmiş ve telekomünikasyon alanında serbest rekabetin, şeffaflığın ve ayrımcılığın önlenmesinin ancak bu yolla sağlanabileceğine işaret edilmiştir.

Nihayet, bu ilke kararının ve aynı zamanda ara bağlantı konusunun telekomünikasyon sektörünün en önemli konularından biri haline gelmesinin de etkisiyle, AB Parlamentosu ve Konseyi 30 Haziran 1997 tarihinde, telekomünikasyon sektöründe ara bağlantıya ilişkin bir Direktif çıkarmıştır (97/33/CE).

⁸ Aynı bende göre, bu ticari anlaşma makul bir sürede sonuçlandırılmazsa, ulusal otoriteler bir takım düzenlemeler yapabileceklerdir.

Ara bağlantı konusunu bütün ayrıntılarıyla düzenleyen bu Direktifin 3. maddesinin 1. bendinde de ara bağlantı sözleşmelerinin teknik ve ticari şartlarının taraflar arasında serbestçe kararlaştırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca aynı maddede, bu konudaki anlaşmalarda AB'nin yürürlükteki diğer düzenlemelerinin de dikkate alınacağı hüküm altına alınmış ve böylece, yukarıda belirtilen 18 Eylül 1995 tarihli ilke kararının ve 13 Mart 1996 tarihli Direktifin de ara bağlantı konusunda halen geçerli olduğu belirlenmiş olmaktadır.

Ara bağlantı sözleşmelerinin tarafların serbest iradeleriyle ve eşit konumda belirleyecekleri bir ticari anlaşma uyarınca imzalanmasına, diğer bir deyimle, özel hukuk sözleşmeleri niteliğinde olmasına ilişkin yukarıda belirtilen AB düzenlemeleri, AB'ye üye ülkeler tarafından kendi iç hukuklarına da dönüştürülmüştür.

Bu bağlamda, özellikle idari rejimi benimsemiş ve hukuk sistemlerinde idari yargı- adli yargı ayırımına yer veren AB üyesi ülkeler de ara bağlantı sözleşmelerini özel hukuk rejimine tabi tutmaktadırlar.

OECD tarafından 26 üye ülkedeki telekomünikasyon sektöründeki regülasyonun incelendiği bir araştırmada⁹, bu ülkelerdeki yetkili makamlara ülkelerindeki telekomünikasyon sektörünün regülasyonundaki uygulamalar hakkında sorular sorulmuş ve bu soruların birinde de, telekomünikasyon alanındaki ara bağlantı sözleşmelerinin tarafların serbest iradeleriyle kararlaştıracakları bir "ticari anlaşmaya" göre yapılıp yapılmadığı sorulmuştur.

Bu soruya idari rejimi ya hiç benimsemeyen ya da tam olarak benimsemeyen İngiltere, İsveç, Finlandiya, Danimarka ve İrlanda gibi ülkeler olumlu cevap verdikleri gibi, idari rejimi benimsemiş ve dolayısıyla hukuksal sözleşmelerin bir kısmının "idari sözleşmeler" olarak nitelenip kamu hukuku rejimine tabi tutulan, diğer bir kısmının ise özel hukuk sözleşmesi olarak görüldüğü Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, Avusturya, Portekiz gibi ülkeler de olumlu yanıt vermiştir. Hatta henüz AB üyesi olmamış fakat aday statüsüne alınmış ülkelerden de (Örn. Çek Cumhuriyeti) aynı soruya olumlu yanıt gelmiştir.

IV. FRANSIZ HUKUKUNDAKİ ÖZEL DURUM

Fransa'da 26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu (96/659), telekomünikasyon alanında ara bağlantının ancak her iki ilgili

⁹ OECD, 1999 Communications Outlook. Telecommunications: Regulatory Issues.

tarafın aralarında imzalayacakları bir “özel hukuk sözleşmesiyle” mümkün olacağını açıkça belirtmektedir¹⁰.

Yine aynı Kanunun L. 36-8-I maddesine göre, taraflar ara bağlantının şartları konusunda anlaşmazlarsa ve bir sözleşme imzalamazlarsa, Bağımsız Telekomünikasyon Otoritesi (ART) hakem olarak devreye girecek ve ART’ın ara bağlantı konusundaki vereceği kararların yargısal denetimi adli yargı yerlerinde (Paris İstinaf Mahkemesi) yapılacaktır (Art. L. 36-83-IV). Aynı otoritenin ara bağlantı konusu dışındaki kararları ise idari yargı denetimine tabidir¹¹.

Bu kanuna karşı Anayasa Konseyinde dava açılmış ve diğer bazı maddeleriyle birlikte, yukarıda anılan ara bağlantı sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyen ve ART’ın ara bağlantıya ilişkin kararlarını idari yargı yerine adli yargı denetimine tabi tutan maddelerinin de Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Konseyi ise 23 Temmuz 1996 tarihinde vermiş olduğu kararında (96/378 DC), bir yandan ara bağlantı sözleşmelerinin, tarafların serbest iradeleriyle ve eşit konumda olduklarından “ticari sözleşme” oldukları gerekçesiyle “özel hukuk sözleşmesi” niteliğinde olduklarını vurgulamış; diğer yandan da, eğer bu ticari sözleşme için ART hakem olarak belirlenmeseydi, sözleşme özel hukuk rejimine tabi olduğu için, doğacak uyuşmazlıklarının zaten adli yargıda çözümleneceğini, diğer bir deyimle, zaten bu özel hukuk sözleşmesinin doğal yargıcının adli yargı yerleri olduğunu belirterek, ortada Anayasaya aykırı herhangi bir hüküm bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Daha sonra, Fransız Hükümeti tarafından 3 Mart 1997 tarihinde “Ara bağlantı Kararnamesi” çıkarılmış ve Telekomünikasyon Koduna (Art. D 99-6) olarak işlenecek 1. maddesinde de “*ara bağlantının ancak taraflar arasında imzalanacak bir özel hukuk sözleşmesiyle gerçekleştirilebileceği*” açıkça ifade edilmiştir.

Adı geçen Kararnameye karşı da, iptal istemiyle, Fransız Danıştayında (Conseil d’Etat) dava açılmıştır.

¹⁰ Art. L. 34-8-1: “L’interconnexion fait l’objet d’une convention de droit privé entre les deux parties concernées”.

¹¹ Isabelle DE SILVA, *AJDA*, 1998, s.838 (karar notu).

Conseil d'Etat, zaten dayanağını Kanundan da aldığı için, ara bağlantı sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyen bu hükmü hukuka aykırı bulmamıştır. Fakat, dava konusu Ara bağlantı Kararnamesinin özel işletmecilerin aleyhinde olan iki maddesini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.

Bunlardan birinde (Art. D-99-13), telekomünikasyon alanındaki Bağımsız Regülasyon Kurumu (ART) bünyesinde oluşturulan bir organın, telekomünikasyon işletmecilerinin harcamalarının muhasebe kayıtlarını düzenli olarak kontrol etmesi ve bu kayıtların telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlandırılmasındaki maliyet kalemleriyle uyuşup uyuşmadığının yıllık raporlarla duyurulması öngörülmüş, ve bu organın harcamalarının da bu işletmeciler tarafından karşılanması zorunlu tutulmuştu.

Fransız Danıştay, idarenin hiç kimseyi sözleşme yapmaya zorlayamayacağı gerekçesiyle bu hükmü sözleşme özgürlüğüne aykırı bularak iptal etmiştir.

Karamamenin diğer bir maddesinde (Art. 2) ise, ara bağlantı yükümlüsü olan *France Telekom*'un, diğer işletmecilerle yapacağı ara bağlantı anlaşmaları için esas olacak teknik şartları ve tarifeleri belirleyeceği hüküm altına alınmıştı. Conseil d'Etat bu hükmü de, 13 Mart 1996 tarihli AB Direktifiyle (96/19/CE) değişik 28 Haziran 1990 tarihli Direktifin (90/388/CE) 4 bis maddesine aykırı bulmuş ve bu teknik şartlar ve tarifelerin ara bağlantı yükümlüsü *France Telekom* tarafından değil, Bağımsız Telekomünikasyon Kurumunca (ART) yapılması gerektiği belirtilerek, adı geçen madde iptal edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen Kanun ve Kararname henüz yürürlüğe girmeden önce bile, diğer bir deyimle, henüz mevzuatta ara bağlantı sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğu açıkça hüküm altına alınmadan önce bile Fransız Yargı mercileri, bu tür sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olduğunu işaret etmişlerdi.

Henüz 29 Aralık 1990 tarihli (eski) Telekomünikasyon Kanununun yürürlükte olduğu, diğer bir ifadeyle, telekomünikasyon alanındaki regülasyonun henüz tamamen Posta, Telekomünikasyon ve Uzay Bakanlığına ait olduğu ve ara bağlantı sözleşmelerinin hukuksal niteliği konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmadığı bir zamanda gerçekleşen ve adı geçen Bakanlık, *France Telekom* ve bir özel telekomünikasyon işletmecisi (SFR) arasındaki ara bağlantıya ilişkin bir uyuşmazlıkta Paris Bölge İdare Mahkemesi ara bağlantı sözleşmelerinin tarafların karşılıklı serbest iradeleriyle ve pazarlık sonucu oluşan ticari nitelikte bir sözleşme

olduğunu belirlemiş ve bu sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olduğunu dolaylı olarak kabul etmişti^{12 13}.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir başka davada, sadece telekomünikasyon hizmetleri konusundaki ara bağlantı sözleşmelerinin değil, radyo- televizyon yayıncılığı alanındaki ara bağlantının da, bu konuda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, taraflar arasında ticari esaslara göre akdedilecek bir sözleşme olduğu, yani özel hukuk rejimine tabi olması gerektiği, adli yargı yerlerince (*Paris İstinaf Mahkemesi*) belirlenmiştir¹⁴.

V. AB DIŞINDAKİ ÜLKELERDEKİ DURUM

Ara bağlantı sözleşmesinin özel hukuk rejimine tabi olması sadece AB ülkelerinde değil, diğer ülke hukuklarında da kabul edilmektedir.

Yukarıda da bahsedilen OECD tarafından yapılan araştırmada¹⁵, telekomünikasyon alanındaki ara bağlantı sözleşmelerinin taraflar arasında serbestçe kararlaştırılan bir ticari anlaşma uyarınca yapılıp yapılmadığına ilişkin soruya, İsviçre, Avustralya, Yeni Zelanda ve Japonya gibi ülkeler de olumlu cevap vermişler, diğer bir deyimle, ara bağlantı sözleşmesinin kendi hukuklarında özel hukuk rejimine tabi tutulduğunu tespit etmişlerdir.

Yine OECD tarafından hazırlanan *Telekomünikasyon alanındaki kurumsal yapı ve sorumluluk* konulu bir raporda da ara bağlantının taraflar arasındaki serbest müzakere sonucu olması gerektiği ve ara bağlantı konusunun ticari bir niteliğe haiz olduğu ve bu alandaki anlaşmaların ticari anlaşmalar olduğu belirtilmiştir¹⁶.

SONUÇ

Telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren işletmecilerin şebekelerinin ve hizmetlerinin birbirleriyle irtibatlandırılması ve değişik işletmecilerin abonelerinin aralarında haberleşebilmelerinin sağlanmasını ifade eden ara bağlantı, Avrupa Birliğinde olduğu gibi tüm Dünyada

¹² CAA Paris, 20.10.1998, Ministre Délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace, Société Française de Radiotéléphone, *AJDA*, 1999, s. 275-277, 219-221.

¹³ Söz konusu uyuşmazlık Bakanlığın aldığı tek yanlı bir idari karara ilişkin olduğu için İdari yargı tarafından çözümlenmiştir.

¹⁴ CA Paris, 28.4.1998, France Télécom c/ Sté Paris TV Cable (SLEC), *AJDA*, 1998, s. 835 vd.

¹⁵ OECD, Communications Outlook 1999, Telecommunications: Regulatory Issues.

¹⁶ OECD, Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy, Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, TELECOMMUNICATIONS REGULATIONS : INSTITUTIONAL STRUCTURES AND RESPONSABILITIES, DSTI/ICCP/TISP (99)15/FINAL, 26 May 2000, p.26.

telekomünikasyon sektörünün en önemli konularından biri olarak kabul edilmektedir.

Özellikle AB Hukukunda işletmeciler arasında ara bağlantının tarafların, şartlarını aralarında serbestçe ve eşit konumda kararlaştıracakları ticari bir sözleşme uyarınca, yani özel hukuk rejimine tabi olarak, gerçekleşmesi, telekomünikasyon alanında serbest rekabetin sağlanabilmesinin en önemli koşullarından biri olarak benimsenmiştir.

Bu bağlamda, değişik AB düzenlemelerinde ara bağlantının "ticari bir anlaşma" olduğu vurgulanarak, bu konuda imzalanacak sözleşmelerin "özel hukuk sözleşmeleri" niteliğinde olduğuna işaret edilmiş; hatta Fransa gibi, üye ülkelerin bazılarında, ara bağlantı sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğu yasa ve diğer mevzuatta açıkça hüküm altına alınmıştır. AB dışındaki ülkelerin hukuklarında da durum farklı değildir.

KAYNAKLAR

- DE SILVA (Isabelle), *AJDA*, 1998, 838-841 (karar notu).
- GÖZÜBÜYÜK (Şeref)- TAN (Turgut), *İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar*, Turhan Kit., Ankara, 1998, s. 380 vd.
- KOVAR (Robert): "Droit Communautaire et Service Public: Esprit d'Orthodoxie ou Pensée Laïcisé", *RTDE*, 32 (3), Juill.- Sept. 1996, s. 505 vd.
- AB Konseyi, 7 Şubat 1994, *Telekomünikasyon Sektöründeki Evrensel Hizmet Prensiplerine İlişkin İlke Kararı*, 94/C48/01, JO C 048, 16.02.1994, p.1.
- AB Komisyonu, 13 Mart 1996, *Tamamen Serbestleşmiş Bir Telekomünikasyon Sektöründeki Evrensel Hizmet İlkelerine İlişkin Bildiri*, COM (96) 73 FINAL.
- CAA Paris, 20.10.1998, *Ministre Délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace, Société Française de Radiotéléphone*, *AJDA*, 1999, s. 275-277, 219-221.
- CA Paris, 28.4.1998, *France Télécom c/ Sté Paris TV Cable (SLEC)*, *AJDA*, 1998, s. 835 vd.
- OECD, Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy. Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, TELECOMMUNICATIONS REGULATIONS: INSTITUTIONAL STRUCTURES AND RESPONSABILITIES, DSTI/ICCP/TISP (99)15/FINAL, 26 May 2000, p.26.