

PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİ

Mehmet ÖZDEN

ANKARA 2004

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2004

İlk Baskı, Mayıs 2004
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

25/04/2002 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 4 No'lu Daire Başkanı Yasemin ERDEM,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 28/05/2002 tarih ve
02-32/374 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8936-02-6

YAYIN NO

0151

Zehra'ma...

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1 TÜRK İDARE HUKUKUNDA MESLEK BİRLİKLERİNİN KONUMU

1.1. YERİNDEN YÖNETİM ve HİZMET YERİNDEN YÖNETİMİ	
1.2. 1961 ANAYASASI'NA GÖRE KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ MESLEK KURULUŞLARI	
1.3. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ MESLEK KURULUŞLARI	

Bölüm 2 PROFESYONEL MESLEKLERDE REGÜLASYON

2.1. REGÜLASYONUN GEREKÇELERİ	
2.1.1. Piyasa Aksaklığı (Market Failure)	
2.1.2. Asimetrik Bilgi Sorunu	
2.1.2.1. Profesyonel Hizmetlerde Asimetrik Bilgi Sorunu	
2.1.2.2. Asimetrik Bilginin Muhtemel Olumsuz Sonuçları	
2.1.2.2.1. Tersine Seçim (Adverse Selection)	
2.1.2.2.2. Ahlaki Tehlike Örneği: Gereğinden Fazla İlgilendirme	
2.1.3. Asimetrik Bilgi Sorununa İlişkin Çözümler	
2.2. REKABETİ KISITLAYICI REGÜLASYON	
2.2.1. Profesyonel Yeterliliğe ve Mesleki Etiğe İlişkin Kurallar	
2.2.2. Mesleki Ünvanlara İlişkin Kurallar	
2.2.3. Meslek Birliklerine Üye Olma Zorunluluğu	
2.3. REKABETİ KISITLAYAN DÜZENLEMELERE ALTERNATİF ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	
2.3.1. Pazara Giriş	
2.3.2. Fiyat Rekabeti	
2.3.3. Reklamın Yasaklanması	
2.3.4. Diğer Rekabet Sınırlamaları	

Bölüm 3
FARKLI ÜLKELERDEKİ UYGULAMALAR

- 3.1. ALMANYA
- 3.1.1. Ücret Tarifeleri
- 3.1.2. Reklama İlişkin Kurallar
- 3.1.3. Giriş Kontrolleri
- 3.2. İTALYA
- 3.3. İNGİLTERE
- 3.3.1. Ücret Tarifeleri
- 3.3.2. Reklam

Bölüm 4
AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ
UYGULAMALARI

- 4.1. BİR DÖNÜM NOKTASI: GOLDFARB KARARI
- 4.2. "STATE ACTION" DOKTRİNİ
- 4.2.1. Rekabet Kurallarının Öncelikli Uygulanması
- 4.2.2. State Action Doktrininin Unsurları
- 4.2.2.1. Açıkça İfade Edilmiş Daha Üstün Bir Çıkar Uğruna
 Rekabetin Feda Edilmesi (Clearly Articulated
 Purpose to Displace Competition)
- 4.2.2.2. Yeterli Kamusal Denetim ve Gözetim
 (Adequate State Supervision)
- 4.2.2.3. Kamu İdarelerinin State Action Doktrini
 Karşısındaki Durumu
- 4.3. REKLAMA VE AKTİF PAZARLAMAYA İLİŞKİN
 SINIRLAMALAR
- 4.4. FİYAT REKABETİNE İLİŞKİN KISITLAMALAR

Bölüm 5
PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİ ve
AT REKABET HUKUKU

- 5.1. DEVLET REGÜLASYONU
- 5.2. PROFESYONELLERİN DAVRANIŞLARINA
 UYGULANABİLECEK KURALLAR
- 5.2.1. Antlaşma'nın 81 ve 82. Maddeleri Kapsamında
 Profesyoneller Teşebbüs müdür?
- 5.2.2. Profesyonel Meslekler Açısından 81 ve 82. Maddeler
 Arasındaki Sınırlar

5.2.3. Profesyonellerin Getireceği Muhtemel Savunma Noktaları	
5.3. ÜYE DEVLETİN REKABETE AYKIRI DAVRANIŞLARINI HEDEF ALAN KURALLAR	
5.4. PROFESYONEL MESLEKLER AÇISINDAN MADDE 81'İN YAPISI.....	
5.4.1. “Teşebbüsler Arası Anlaşma” ve “Teşebbüs Birliği Kararı” Kavramları	
5.4.2. Rekabetin Önemli Ölçüde Kısıtlanması	
5.4.3. Anlaşma'nın 81(3). Maddesi Kapsamında Muafiyet	
5.5. COAPI KARARI.....	
5.5.1. Coapi Tarafından İleri Sürülen Argümanlar	
5.5.2. Komisyon'un Hukuki Tespitleri.....	
5.5.2.1. Teşebbüs ve Teşebbüs Birliği	
5.5.2.2. Teşebbüsler Arası Anlaşma ve Teşebbüs Birliği Kararı	
5.5.2.3. Rekabetin Önemli Ölçüde Kısıtlanması.....	
5.5.2.4. Muafiyet Tanınması Meselesi.....	
5.6. CNSD VAKASI	

Bölüm 6

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİ

6.1. PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİNİN REKABETE AYKIRI YASAL YETKİLERİ.....	
6.1.1. Türk Eczacıları Birliği.....	
6.1.2. Türk Mimar ve Mühendis Odaları Birliği	
6.1.3. Türk Diş Hekimleri Birliği.....	
6.1.4. Türk Tabipler Birliği	
6.2. MESLEK KURULUŞLARI HAKKINDA REKABET KURULU KARARLARI.....	
6.2.1. Türkiye Eczacılar Birliği (TEB) Kararı	
6.2.2. Elektrik Mühendisleri Odası (EMO) Kararı.....	
6.3. NORMLARIN ÇATIŞMASI MESELESİ	
6.3.1. Normlar Hiyerarşisi (Kurallar Kademelenmesi)	
6.3.2. Norm Çatışmasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri	

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kùltürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ÷lkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOğLU

Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı geçen eser
AT	: Avrupa Toplulukları
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DOJ	: Department of Justice
FTC	: Federal Trade Commission
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
OJ	: Official Journal
md.	: Madde
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
prg.	: Paragraf
R.A.	: Roma Antlaşması
RG.	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S	: Sayı
sf.	: Sayfa
vd.	: Ve Diğerleri

GİRİŞ

Bazı sosyal politika hedeflerinin gerçekleşmesi açısından sınırsız rekabetin, kimi zaman doğru bir enstrüman olmadığı, hatta hedeflerin gerçekleşmesine ket vurduğu sıkça dile getirilmektedir. Bu hedeflere örnek olarak, toplum açısından çok önemli hizmetlerin, tüketicilere kaliteli ve uygun fiyatlarla sunulmasının sağlanması gösterilebilir. Rekabetin, sözü edilen amaçlara ulaşılması amacıyla göz ardı edildiği alanlarda karşımıza, bu amaçlara ulaşılmasını kolaylaştıracağı düşünülerek hazırlanmış kamusal düzenlemeler çıkar. Tezde, bu düzenlemelere karşılık olarak regülasyon kavramı kullanılacaktır.

Toplum açısından çok önemli hizmetler arasında, tezde “profesyonel meslekler” olarak anılacak olan doktorluk, avukatlık, mühendislik, eczacılık.gibi¹ meslek faaliyetleri de yer almaktadır. Yabancı literatürde “learned professions” kavramı ile ifade edilen profesyonel mesleklerin mensuplarından tezde söz edilirken kısaca “profesyoneller” kelimesi kullanılacaktır. “Learned professions” denmesinin sebebi, bu tür mesleklerin ancak uzun bir eğitim döneminin ardından yine uzun bir tecrübe dönemi yaşandıktan sonra ifa edilebilmesidir.

Profesyonel hizmetleri alelade hizmetlerden ayıran nedir? Mal veya hizmet arzına dayanan sıradan faaliyetler genellikle kısa sürede öğrenilebilirler. Profesyonel hizmetler, faaliyet için gerekli olan bilgi ve tecrübe miktarının fazla olması noktasında sıradan faaliyetlerden hemen ayrılırlar. Profesyonel hizmet faaliyeti, uzun eğitim sürecine dayanan özel uzmanlık ve muhakeme kabiliyeti gerektirir.

Profesyoneller, toplum içindeki saygın konumları ve yüksek gelir düzeyleri ile dikkat çekerler. Adam Smith’in “Wealth of Nations” adlı eserinde, sıradan emek ile profesyonel hizmetler arasındaki farklar ortaya konmaktadır (Dingwall 1999,3). Hukuk ve tıp mesleklerine mensup olanların, sınırlı bir öğretmen sınıfının, entellektüellerin ve sanatçıların; ortalama gelir düzeyinin üzerinde para kazanmaları, yaptıkları işlerin özel doğası nedeniyle haklı görülmektedir. Sağlığımız söz konusu olduğunda doktora; servetimiz, şöhretimiz

¹ Tezde belirli birkaç mesleğin incelenmesi amaçlanmamaktadır. Amaç, bütün profesyonel meslekler bakımından geçerli olan esasları incelemektir.

veya bazen hayatımız söz konusu olduğunda avukata güveniriz. Bu ölçüde güvene layık olmak için, söz konusu kişilerin toplum içinde başka açılardan olduğu kadar maddiyat açısından da üstün konumda olmaları gerektiğini öne süren Smith'e göre; anılan meslekler uzun ve pahalı bir eğitim süreci gerektirmektedir. Smith, bu mesleklerin mensuplarının yüksek maddi kazançlarını hem bu uzun ve pahalı eğitim sürecine hem de meslekte başarılı olma ihtimalinin belirsiz ve düşük olmasına bağlamaktadır. Ona göre, bir meslek mensubu yirmi kişi arasından bir tanesi başarılı olabiliyorsa, o kişi yirmi kişinin kazancına eşdeğer miktarda para kazanmalıdır.

Profesyonel meslekleri diğerlerinden ayıran bir diğer nokta ise, sundukları hizmetin oldukça teknik nitelikli olması sebebiyle, hizmetten yararlananların hizmetin kalitesi hakkında muhakeme imkanlarının bulunmamasıdır.

Ülkemizde profesyonel hizmetlere ilişkin regülasyon, T.C. 1982 Anayasası'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan meslek kuruluşları eliyle yapılmaktadır. İsimlerinin sonu genellikle "birlik" kelimesi ile biten bu kuruluşlardan tezde söz edilirken, "profesyonel meslek birliği" kavramı kullanılacaktır.

Profesyonel hizmetlere ilişkin regülasyonun gerekliliği tartışma konusu yapıldığında akla ilk gelen soru regülasyonun neden gerekli olduğudur. Regülasyonu gerektiren sorunlar nelerdir? Bunun yanında, regülasyonu kim yapmalı ve sınır ne olmalıdır? **Bu tezin amacı** bu sorulara cevap aramak, profesyonel hizmetlerdeki regülasyonların amaç ve etkilerini ortaya koymak, profesyonellerin rekabet hakları karşısındaki konumlarını incelemek ve karşılaşılan sorunlara karşı çözüm önerileri getirmektir. Ancak bu çalışmanın, ülkemizdeki bütün profesyonel meslek birliklerini inceleyerek, bunların kuruluş kanunlarındaki veya ikincil düzenlemelerindeki rekabete aykırı kuralların listesini çıkarmak gibi bir amacı olmadığı belirtilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; **birinci bölümde**, Anayasa'da ve idare hukukunda "kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları" olarak tanımlanan profesyonel meslek birliklerinin idare hukukundaki konumları ve kamusal nitelikleri irdelenecektir. **İkinci bölümde** profesyonel hizmetlerdeki regülasyonların gerekçelerinden, bunların amaç ve etkilerinden söz edilecektir. **Üçüncü ve dördüncü bölümlerde**, farklı ülkelerde rekabet hukukunun profesyonellere uygulanış tarzı incelenecektir. Rekabet hukuku uygulamasındaki tecrübesi nedeniyle Almanya ve A.B.D., sosyo-kültürel açıdan ülkemize benzemesi nedeniyle İtalya, Anglo-Sakson hukukunu temsilen de İngiltere seçilmiştir. Ancak, konunun geniş olması ve örnek dava ve terminoloji zenginliği nedeniyle ABD uygulamaları dördüncü bölümde tek başına ele alınmıştır. **Beşinci bölümde** öncelikle üye devletlerin rekabeti bozucu düzenlemelerine karşı Antlaşma'nın hangi maddelerinin ne şekilde

uygulandığına kısaca değinilecek; daha sonra ise profesyonel hizmetlere hangi kuralların ne şekilde uygulandığı açıklanacaktır. Bu bölümde profesyonel mesleklerle ilgili iki önemli vakaya geniş biçimde yer verilecektir. **Altıncı ve son bölümde**, meslek birliklerinin Türk Rekabet Hukuku açısından nasıl ele alındığı teorik ve pratik olarak anlatılırken; önce profesyonel mesleklerle ve bunların birliklerine rekabet hukuku doktrininde nasıl bakıldığı özetle aktarıldıktan sonra, -bütün mesleklere değinme imkanından mahrum olarak-belli başlı mesleklerde, rekabet kuralları ile bağdaşmayan uygulama ve düzenlemelere örnekler verilecektir. Bölümde Rekabet Kurulu'nun profesyonel meslek birlikleri ile ilgili iki kararına tez konusu ile ilgili olduğu ölçüde yer verilecektir; amaç kararların kritiğini yapmaktan ziyade Kurul'un profesyonellere bakış açısını yansıtmaktır.

BÖLÜM I

TÜRK İDARE HUKUKUNDA MESLEK BİRLİKLERİNİN KONUMU

Bu bölümde birliklerin idari yapılanma içerisindeki konumları aktarılırken, zaruri olduğu ölçüde idare hukukunun temel kavramlarına dair çok kısa açıklamalara yer verilecek; ancak, tezin boyutunun izin vermemesi nedeniyle ayrıntılara girilmeyecektir.

1.1. YERİNDEN YÖNETİM ve HİZMET YERİNDEN YÖNETİMİ

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla İdare'nin merkez teşkilatına dahil olmayan bağımsız idarelere yetki verilmesine **yerinden yönetim** adı verilmektedir (Kabaaliolu ve Yıldırım 1995,16). Yerinden yönetim kuruluşlarına örnek olarak belediyeleri göstermek mümkündür. Yerinden yönetim kuruluşları ile merkez arasındaki ilişki ise idari vesayet² ilişkisidir.

Merkezi idarenin ve yerel yönetimlerin görevleri, tüm ülkede veya belirli bir bölgede yaşayan insanların bütün ihtiyaçlarını karşılamak olduğundan, bu görev genel bir nitelik taşır (Günday 1998,353). Bazı kamu hizmetleri, teknik nitelikleri ve önemleri gereği merkezi idare tarafından gereği gibi yerine getirilemeyebilir (Yıldırım 1997,14). Özellikle profesyonel mesleklerin regüle edilmesi örneğinde olduğu gibi, konuya hakim olmak ve uzmanlık gerektiren kamu hizmetlerine bağımsız varlık tanınması yoluna gidilmiştir. Bu bağımsız varlığın tüzel kişiliği, kendi organları ve kaynağını yasadan alan kamu gücünü kullanma yetkileri bulunacaktır. İşte, belirli bir kamu hizmetinin bu şekilde kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesine **hizmet yerinden yönetimi** adı verilmektedir.

² İdare hukukunun temel kavramları hakkında, kaynakçada adı geçen ilgili eserlere başvurulmalıdır.

Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen belli bir hizmetin devlet tüzel kişiliği ve merkezi idare teşkilatı dışında örgütlenmesi sonucu ortaya çıkan kuruluşlardır (Günday 1998,353). Kabaalioğlu ve Yıldırım (1995,17), hizmet yerinden yönetimine örnek olarak iktisadi devlet teşekküllerini, **kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını**, üniversiteleri ve TRT Kurumu'nu göstermektedir. Günday (1998,383)'a göre; meslek kuruluşları kamu kurumu niteliğinde sayılırsa da, belirli bir mesleğe mensup olanların ortak menfaatleri doğrultusunda faaliyet göstermeleri sebebiyle dernek ve sendikalara benzerler.

Meslek kuruluşları 1924 Anayasası'nda yer almamaktadır. İlk olarak 1961 Anayasası'nda kısaca düzenlenen meslek kuruluşları, 1982 Anayasası'nda detaylı bir şekilde düzenlenmiştir (Günday 1998,383).

1.2. 1961 ANAYASASI'NA GÖRE KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ MESLEK KURULUŞLARI

Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından bir bölümünü de kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları oluşturmaktadır. Bu kuruluşlar ilk olarak 1961 Anayasası ile anayasal düzenlemeye konu olmuşlardır (Gözübüyük ve Tan 2001,321). Bunlar; meslek mensuplarının oluşturdukları, tüzel kişiliği haiz olan, belirli kamu görevlerini yerine getiren ve üyeleri üzerinde kamu hukukundan kaynağını alan bazı yetkileri kullanan kişi topluluklarıdır (Gözübüyük 1974,172). Anayasa Mahkemesi'ne göre,

Bu tür mesleki kuruluşların çok partili demokratik düzen içinde giderek etkili bir baskı grubu haline gelmeleri ve bu şekilde örgütlenen **menfaat grupları arasındaki dayanışmanın toplum çıkarları aleyhine gelişmesi tehlikesi**, bunların kamu hukuku kural ve usulleriyle yönlendirilmesini zorunlu kılmış ve sosyal bir olgu olarak öteden beri varlıklarını koruyabilmiş bu kuruluşları Anayasal bir kurum haline dönüştürmüştür³(Gözübüyük ve Tan 2001,321).

Bu kuruluşlar, 1961 Anayasası'nın 122. maddesinde düzenlenmişlerdir. Maddenin metni oldukça kısadır:

Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, kanunla meydana getirilir ve organları kendileri tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilir.

İdare, seçilmiş organları, bir yargı mercii kararına dayanmaksızın, geçici veya sürekli olarak görevlerinden uzaklaştırılmaz. Meslek kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz.

Gözübüyük (1974,173) bu kuruluşlara örnek olarak; Ticaret ve Sanayi Odaları,Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları, bunların birlikleri, Etibba Odaları, Mimar ve Mühendis Odaları, bunların birlikleri, barolar gibi teşekkülleri göstermektedir.

³ Anayasa Mahkemesi, 3.12.1991, E.991/4 - K.991/45,RG;10.2.1992, S.21138,sf.31

1.3. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ MESLEK KURULUŞLARI

Meslek kuruluşlarının düzenlendiği yer olan, 1982 Anayasası'nın 135. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Madde 135- (23.7.1995-4121) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.

Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler.

Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir.

Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir.

Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içerisinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

1961 Anayasası'nın 122.maddesi ile kıyaslandığında oldukça detaylı bir düzenleme olan, 1982 Anayasası'nın 135.maddesinin metni okunduktan sonra, kanaatimizce başkaca açıklamaya ihtiyaç kalmamaktadır. Maddede yer alan özellikleri özet olarak tekrarlamak gerekirse; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları yasa ile kurulurlar. Bunlara üyelik zorunludur; doktorlar tabip odasına, avukatlar barolara, eczacılar ilgili meslek odasına kaydolmadıkça (kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asil ve sürekli görevlerde çalışanlar hariç olmak üzere) mesleki faaliyette bulunamazlar. Kanunla kurulan ve tüzel kişilikleri bulunan bu kuruluşlar, amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

Anayasa'ya göre bu kuruluşların amaçları; mesleğe mensup olanların ortak mesleki ihtiyaçlarının karşılanması, faaliyetlerin kolaylaştırılması, meslek mensuplarının birbirleriyle ve kamu ile ilişkilerinin düzenlenmesi, mesleğin disiplin ve etiğinin sağlanması olarak sayılabilir. Bu kuruluşların, üyeleri üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan bazı yetkileri vardır. Meslekten çıkarma ve diğer disiplin cezaları verebilmektedirler.

Onar (1952,733), bu gibi tüzel kişilerin kamu kurumu niteliğinden şüphe etmektedir. Yazara göre, bu kuruluşların asıl faaliyetleri mesleki menfaatleri korumak, meslek mensupları arasında düzeni sağlamaktır. Bu nedenle Onar, meslek kuruluşlarının doğrudan doğruya kamu hizmeti görmediklerini düşünmektedir.

Walin ve diğer bazı müellifler ve içtihat, ettibba odaları, barolar gibi meslek teşekküllerinin birer amme hükmi şahsı olduğunu kabul etmekle beraber, bunları amme müessesesi saymamakta ve bunları organları meslek mensupları tarafından seçilmiş birer idari otoriteden, makamdan ibaret addetmektedir (1952,733).

diyen Onar'a göre, idare hukuku alanına giren bu meslek kuruluşlarının düzenleme yapma yetkileri, üyeleri üzerinde sahip oldukları yetkiler, üyeliğin mecburi olması, kamulaştırma yapabilmeleri.. gibi kamu gücünden kaynaklanan yetkiler, meslek kuruluşları hiç kuşkusuz özel hukuk tüzel kişilerinden ayırmakta ve bunların kamu tüzel kişileri olduğuna delalet etmekte ise de onların kamu kurumu niteliği şüphe ile karşılanmaktadır. Yine de yazar, kanunda sarahat (açıklık) olduğu hallerde bunların kamu kurumu niteliğinde olduklarını kabul etmek gerektiğini ifade etmektedir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının bu nitelikleri konusunda uygulamada da bazı duraksamalar ortaya çıkmıştır (Gözübüyük ve Tan 2001,322). Danıştay, bir kararında⁴ bunların kamu tüzel kişileri olmadığına hükmetmiştir. Ancak, kararın tarihi dikkate alınarak, 1961 Anayasası'ndaki düzenleme (m.122) çerçevesinde olduğu hatırlanmalıdır. 1982 Anayasası'ndaki açık hüküm karşısında (m.135/1) kamu tüzel kişileri oldukları noktasında bizce tereddüt bulunmamaktadır. Kamu kurumu niteliği konusunda ise tereddütler 1982 Anayasası'ndan sonra bile sürmektedir (Gözübüyük ve Tan 2001,322). Nitekim 1987 tarihli bir başka Danıştay kararına göre,

“Ticaret odaları ve benzeri kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının kamu yararına çalışan derneklerden, kamunun faydasına parasız tahsis edilmiş tesislerden, belediye ve köy tüzel kişiliklerinden biri olarak kabul edilemeyeceği ve resmi teşekkül olmadığı açıktır.”⁵

Kamu yararından ziyade kendi üyelerinin menfaatlerini gözeten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, bilhassa rekabet hukuku

⁴ Danıştay DDK; 11.2.1966, E.965/465-K.966/218.

⁵ Danıştay 1.D; 8.1.1987, E.986/534-K.987/2. Dosyanın konusu Konya Ticaret Odası'nın, odaların kamu kuruluşu niteliği taşıdığından bahisle, 1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun 2817 sayılı Kanun'la değişik 8/2-b maddesi mucibince gümrük vergisinden muaf olduğu iddiasıdır.

uygulamalarına tabi tutulduklarında ilk olarak dile getirdikleri savunma noktası, kendilerinin kamu hizmeti yapan kamu kurumu oldukları hususudur. Kendilerine yasa ile bir takım kamusal görevlerin verilmiş olması kabul edilmekle birlikte; bu kuruluşların “resmi teşekkül” sayılmamaları yönündeki Danıştay yaklaşımı- Rekabet Kurulu kararlarına karşı yargı merciinin Danıştay olduğu dikkate alındığında- rekabet hukuku uygulaması açısından olumlu bulunmaktadır.

BÖLÜM 2

PROFESYONEL MESLEKLERDE REGÜLASYON

Bu bölümde profesyonel hizmetlerdeki regülasyonlardan ve bunların amaç ve etkilerinden söz edilecektir. Yüksek eğitim standartları ve pratiğe yönelik eğitim çalışmaları gerektiren bu hizmetler, yüksek oranda mesleki regülasyon içermektedir. Regülasyonun temel gerekçelerinden biri olan piyasa aksaklığı (market failure) ve piyasa aksaklığı sorununun temel nedenlerinden “asimetrik enformasyon” ile ilgili açıklamalara yer verilecektir.

Öte yandan bu bölümde iki tür regülasyon üzerinde durulacaktır. Bunlar, (1)profesyonel yeterliliğe ve meslek için gereken vasıflara ilişkin standartların belirlenmesine yönelik olan regülasyon ve (2)meslekteki rekabet şartlarını etkileyen; fiyata, pazara girişe ve reklama ilişkin olan regülasyondur.

Profesyonel hizmet kalitesinin temini bakımından mesleki regülasyon çoğu zaman kaçınılmaz olabilir. Kamu yararı adına, ahlaki standartların ve davranış kurallarının belirlenmesi ile mesleki yeterlilik düzeyinin yüksek olmasının gerekliliği tartışılmaz. Ne var ki bu düzenlemeler, beraberinde iktisadi rekabetin kısıtlanması veya yok edilmesi gibi arzu edilmeyen yan etkiler de doğurabilir. Oysa, rekabetin geliştirilmesi ve profesyonel hizmet standartlarının yükseltilmesi, birbiri ile zıt iki amaç değildir.

Mesleki kurallar zaman zaman, fiyat rekabetinin ve reklamın kontrolü veya önlenmesine hizmet ederek, tamamen ticari meselelere müdahale eder. Yapısal olarak rekabetçi olan profesyonel hizmet sektörlerini birer kartel haline sokan bu düzenleyici işlem ve eylemler; hizmet kalitesini artırarak tüketicileri korumak yerine meslek mensuplarını korumaktadır.

Spor, basın, reklamcılık ve finansal hizmetler gibi sektörlerde olduğu gibi profesyonel hizmetlerde de “kendi kendini düzenleme” -kısaca, otoregülasyon⁶ (self-regulation)- görülebilir. Akla gelebilecek ilk soru, regülasyonun neden gerekli olduğudur. Hem tüketiciler hem de toplumun tamamı için büyük önem taşıyan profesyonel hizmetlerin regüle edilmesi gerektiği konusunda hemen herkes hemfikirdir. Ancak bunu kim yapmalı ve

⁶ “self-regulation” kavramının otoregülasyon şeklinde kullanılması için bkz. Türkan,(2001, s.110).

düzenleyici güç ne kadar ileri gitmelidir? Regülasyonu gerektiren sorunlar nelerdir? Bu bölümde bu soruların cevapları ortaya konmaya çalışılacaktır.

2.1. REGÜLASYONUN GEREKÇELERİ

Regülasyonun gerekliliğini savunmak için öne sürülen temel argüman, pazar güçlerinin gereken güvenlik ve kalite düzeyini, regülasyon olmadan yakalayamayacak olmasıdır. Diğer yandan profesyonel hizmet pazarlarında, sunulan hizmetlerin barındırdığı sosyal nitelikler ve önem bakımından piyasa mekanizmasının ideal bir şekilde işleminin mümkün olamayacağı ve “piyasa aksaklığı” (market failure) yaşanmasının kaçınılmaz olması da regülasyon gerekçelerinden biridir. Nicolaidis (1998,7)’e göre de devletin ekonominin bazı sektörlerine müdahale etmesinin temel gerekçesi aynıdır. Bu noktada piyasa aksaklığı kavramına açıklık getirmek maksadıyla konu hakkında kısa bilgilere yer verilmesi uygun olacaktır.

2.1.1. Piyasa Aksaklığı (Market Failure)

Erginay (1994,8-9)’a göre özel ekonomi, kişilerin ihtiyaçlarını gidermek ve varlıklarını devam ettirmek amacıyla serbest piyasada çeşitli faaliyetlerde bulunmasıdır. Ekonomi biliminin konusu da ihtiyaçların karşılanması noktasında kaynakların etkin kullanılmasıdır. Özel ekonomi serbest rekabet ilkesine dayanır. Buna göre, piyasada faaliyette bulunan kişiler, üretim ve pazarlamaya ilişkin kararlarını serbest iradeleriyle almalıdırlar. Bu ilkenin ekonomide ideal olduğu kabul edilir. Ne var ki serbest rekabet düzeni işlerken piyasada, çeşitli nedenlerden dolayı birtakım aksaklıklar meydana gelir. Tekelleşme, haksız rekabet gibi etkenler bir yana; piyasa mekanizmasının üstesinden gelemediği, dışardan müdahale edilmesini ve düzenleyici tedbirler alınmasını gerektiren bazı durumlar da görülebilir. Bazı ihtiyaçların giderilmesi için ise kamu sektörüne ihtiyaç duyulur.

Peki ekonomi niçin özel kişilere ve Adam Smith’in “görünmeyen el”ine bırakılmamaktadır, neden kamu sektörüne ve kamusal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır?

Bu konuda akla ilk olarak gelen cevaplar siyasi ideoloji ile ilgili olabilir. Ancak asıl neden, piyasa mekanizmasının ekonomik fonksiyonları her zaman başarı ile yerine getirememesidir (Musgrave ve Musgrave 1989,5). Piyasa mekanizmasının etkin kaynak kullanımı sağlayabilmesi için ilgili pazara giriş engeli bulunmaması ve tüketicilerin mallar veya hizmetler hakkında değerlendirme yapacak bilgi düzeyine sahip olmaları gerekir. Ayrıca, bazı mal veya hizmetlerin doğası gereği üretim ve tüketimi piyasa kurallarına göre sağlıklı yürümemekte; piyasa aksaklığına neden olan “dışsallıklar”

(externalities) ortaya çıkmaktadır (Musgrave ve Musgrave 1989,6). Nitekim, Nicolaidis (1998,7) de piyasa aksaklığının üç temel sebebi olduğunu belirtmektedir. Bunlar, (i) doğal tekeller (ii) dışsallıklar ve (iii) asimetrik bilgi problemidir. Kamusal müdahaleyi gerektiren bir diğer neden, piyasa mekanizmasının; düşük işsizlik oranı, istikrarlı fiyat dengesi, sosyal açıdan arzu edilen düzeyde ekonomik kalkınma... gibi sosyo-ekonomik amaçlara ulaşmak için her zaman yeterli olmamasıdır.

Kamusal mal veya hizmetlerde ortaya çıkan fayda, söz konusu mal veya hizmeti satın alan tüketici ile sınırlı değildir. Kanımızca, profesyonel hizmetler de bu açıdan benzer özellikler sergilemektedir. Örneğin, bulaşıcı hastalık taşıyan bir kimsenin bir hekim tarafından tedavi edilmesinde hastanın komşusunun; bir bina inşa projesinin teknik kurallara uygun şekilde gerçekleştirilmesinde, istisna akdine taraf bile olmayan komşu bina malikinin lehine “fayda” ortaya çıkmaktadır. İktisatçılar bu durumu “pozitif dışsallık” kavramı ile ifade etmektedir.

O halde özetlemek gerekirse, yukarıda yer verilenlere ek olarak burada değinilmeyecek kadar geniş ve çeşitli kimi sebeplerle, piyasa mekanizmasının kendisinden beklenen amaçları, bilhassa belirli durumlarda ve sektörlerde gerçekleştirilmesine piyasa aksaklığı (market failure) denmektedir; bu çalışmada kavram bu anlamıyla kullanılacaktır.

2.1.2. Asimetrik Bilgi Sorunu

Piyasa aksaklığının önemli sebeplerinden biri de asimetrik bilgi (asymmetric information) problemidir. Kavram kimi kaynaklarda asimetrik enformasyon⁷ veya bilgi asimetrisi şeklinde de kullanılmaktadır. Profesyonel hizmet sektörlerinde piyasa aksaklığına yol açan en önemli neden olarak gördüğümüz asimetrik bilgi sorununa kısaca değinilmesi bizce önemli bulunmaktadır. Türkkan, asimetrik bilgi hakkında şu tanımları yapmaktadır(2001,394):

“Asimetrik enformasyon, en geniş anlamda, belli bir ilişki içinde olan iki tarafın farklı enformasyonlara sahip olmasını veya aynı enformasyona sahip olmamasını ifade eder. Bu çerçevede asimetrik enformasyon, doğru bilgiye sahip olan taraf için bir güç unsuru, yanlış veya yetersiz bilgiye sahip olan taraf için de bir zaafiyet unsurudur. Örneğin bir firma sahibi, kendi firması hakkında rakip firmalara veya üçüncü kişilere ve devlete nazaran hem daha fazla, hem de daha doğru enformasyona sahiptir.”

Carbonara (2001,1)’ya göre, ticaretin patlama yaptığı ve paranın hızlı ve kolay kazanılabildiği 1990’lı yıllarda, Adam Smith’in söylediği herşeyde ne kadar da haklı olduğuna, kendi haline bırakıldığında “görünmez el”in piyasaları ne kadar güzel idare edebileceğine inanmak bir erdem sayılmıştır. Karşı görüşte olanlar ise devletçi olmakla suçlanmıştır. Ne var ki yazara göre, iktisatta moda

⁷ Bkz. Türkkan 2001,sf.394

olan akımlar gelip geçicidir. Bunu doğrularcasına, iktisat alanında 2001 yılı Nobel Ödülü; piyasaların her zaman etkin olmadığını ve devlet müdahalesinin de her durumda kötü olmadığını savunan üç Amerikalı'ya; George **Akerlof**, Michael Spence ve Joseph Stiglitz'e verilmiştir.

Akerlof 1970 yılında yazdığı "The Market for Lemons" adlı makalesinde⁸, asimetrik bilgi sorununun fiyatları nasıl etkilediğini ve nasıl piyasa aksaklığına yol açtığını incelemiştir. Akerlof, ikinci el otomobiller satan kişilerin, sattıkları otomobillerin ne durumda olduğunu (kötü durumdaki otomobillere Amerikalılar "lemons"(limon) adı vermektedir) başkalarından daha iyi bilmelerine rağmen alıcıları bu konuda ikna etme imkanından mahrum olduklarını gözlemlemiştir. Almak istedikleri otomobilin "limon" olup olmadığından emin olamayan potansiyel alıcılar, yüksek bedeller ödemeye razı olmamaktadır. "Limon" olmayan, yani iyi durumdaki otomobillerin satıcıları ile alıcıları, bilgi asimetrisi nedeniyle birbirlerini bulamazlar; sonuçta ikinci el otomobil piyasası "limon"lara kalır.

Akerlof'un makalesinden sonra pek çok iktisatçı asimetrik bilgi meselesi üzerinde çalışmış ve açıklamalar getirmiştir. Alıcılar, aldıkları mal veya hizmetin kalitesi hakkında hiç veya yeteri kadar bilgi sahibi olamadıklarında, satıcı ile alıcı arasındaki bilgi asimetrisi artmaktadır.

2.1.2.1. Profesyonel Hizmetlerde Asimetrik Bilgi Sorunu

Profesyonel hizmetler pazarı niçin asimetrik bilgi sorununun görüldüğü pazarlardan biridir? Tüketicilerin sınırlı oranda bilgi sahibi olmalarının temel nedeni satın aldıkları hizmetin doğası gereğidir; zira, alınan hizmetler hayli teknik hizmetlerdir. Bazı mal ve hizmetleri satın almadan önce tüketiciler, kolaylıkla ulaşabildikleri bilgi kaynaklarına başvurarak söz konusu mal veya hizmet hakkında bilgi sahibi olabilirler (araştırma). Hakkında bilgi sahibi olmanın bu kadar kolay olmadığı bazı mal ve hizmetlerde ise tüketiciler, memnun kalmadıkları takdirde o mal veya hizmeti bir daha satın almamaya karar verirler (tecrübe). Bir diğer mal veya hizmet grubu açısından ise tüketicilerin bir yargıda bulunabilmeleri çok güçtür; çünkü bu tür mal veya hizmetlerin kalitesi, ifasından uzun bir zaman sonra anlaşılabilir. İnanç malları (credence goods) bu gruba girmektedir (Azcuena 1995,12). İnanç malları söz konusu olduğunda tüketicinin elinde "güvenmekten" başka seçenek bulunmamaktadır.

O halde iktisat biliminde, kalitenin tüketici tarafından ancak belirli bir tecrübe süresinden sonra anlaşılabilirdiği mallar için "tecrübe malları" (experience

⁸ Akerlof,G "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism".

goods) tanımını kullanılmaktadır. Kalitenin, satın almadan önce tüketici tarafından yapılacak araştırma ile öğrenilebildiği “araştırma malları”nın (search goods) aksine, tecrübe mallarının kalitesi tüketiciler tarafından ancak kullandıktan (veya hizmetten yararlandıktan) sonra anlaşılabilir. Profesyonel hizmetler söz konusu olduğunda ise, örneğin cerrahi bir müdahalede, hizmet kalitesi aradan yıllar geçince bile anlaşılabilir.

İnanç malları söz konusu olduğunda, tüketiciler açısından şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- Hizmetin kalitesini değerlendirebilecek olan tüketicinin kendisi olduğundan, kaliteye ilişkin başkalarından edindiği ön bilgilerin güvenilirliği azdır.
- Tüketicinin eğitim seviyesi düşükçe ve profesyonel hizmetin teknik seviyesi arttıkça sınırlı bilgidan kaynaklanan sorun büyür: Avukatı ile yüz yüze gelen, boşanma aşamasındaki bir inşaat işçisi; mimarı ile yüz yüze gelen büyük bir inşaat şirketine göre asimetrik bilgi sorununu daha derinden yaşar.
- Tüketicinin hizmetten beklediği fayda, hizmetin kalitesi hakkında bilgi elde etme çabasını etkiler: Kalp ameliyatı geçirecek bir hasta, nezle olan bir başka hastaya oranla, sunduğu hizmetin kalitesiyle ünlü bir doktor bulmak için daha fazla çaba sarfedecektir.

2.1.2.2. Asimetrik Bilginin Muhtemel Olumsuz Sonuçları

2.1.2.2.1. Tersine Seçim (Adverse Selection)

Akerlof (1970,9), asimetrik bilgi sorununun sonuçlarını şu şekilde açıklamaktadır: Kullanılmış (ikinci el) otomobil almak isteyen tüketiciler belirli bir otomobilin kalitesini bilemezler ancak, kullanılmış otomobil pazarındaki ortalama kalite hakkında bilgi sahibi olmaları mümkündür. Pazardaki ortalama kalite hakkında bilgi sahibi olan potansiyel alıcılar yüksek bedeller ödemeye yanaşmayacak, ortalama kaliteye ortalama fiyatı layık görecektir. Kalite bakımından homojen olmayan otomobiller satmakta olan satıcı, otomobilin kaliteli olduğuna tüketiciyi ikna etme imkanından mahrum olması nedeniyle mallarını ortalama fiyattan satmak zorunda olduğundan, iyi durumdaki malını pazardan çekecek ve düşük kaliteli otomobiller satma eğilimine girecektir. Bütün satıcılar onun gibi düşündüğü takdirde pazardaki ortalama kalite gitgide azalacak ve bu periyodun sonunda pazarda yalnızca “limonlar” satılacaktır.

Bu teori profesyonel hizmetlere uygulanacak olursa, daha kötü bir tablo ile karşılaşmak mümkündür, zira, profesyonel hizmetler pazarında düşük kalitenin alt sınırı bulunmamaktadır. Hiçbir tüketici motoru veya fren sistemi olmayan bir otomobil almaz; bu konuda karar verebilecek kadar bilgiye

rahatlıkla sahip olabilir. Ne var ki profesyonel hizmetler söz konusu olduğunda “motorun veya frenlerin olup olmadığı” kolayca anlaşılabilir veya anlaşıldığında artık çok geç olabilir. Bu nedenle, belirli konularda regülasyonun gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

Kanımızca profesyonel hizmetler de inanç malları/hizmetleri sınıfına girmektedirler. Tüketicilerin hizmetten yararlandıktan sonra bile hizmetin kalitesini ölçme ve fark etme imkanları bulunmayabilir. Bazen de hizmet kalitesi ile hizmetten beklenen fayda arasında doğru orantı gerçekleşmeyebilmektedir. Örneğin, en yüksek kalite düzeyinde sunulan tıbbi hizmetler hastayı iyileştiremeyebilir; veya en iyi avukatlar, tüm gayretlerine rağmen kimi zaman dava kaybedebilmektedirler. Bu nedenle hizmet kalitesinin sonuç üzerinde hangi ölçüde etkili olduğunu ölçme imkanı bulunmayan tüketiciler, profesyonele güvenmek zorundadır.

Bu şartlar altında hizmet sağlayıcıları, toplam hizmet kalitesini düşürme eğilimine girerler. Kalite farklarını muhakeme kabiliyetinden mahrum olan tüketiciler, beledikleri ortalama kaliteye göre tercihlerini yaparlar. Hem bu durumun hem de tüketicilerin ortalamanın bile altındaki hizmet kalitesinin farkına varamayacağını bilincinde olan hizmet sağlayıcısı, standartların altındaki hizmeti ortalama fiyattan sunar. Sonuç olarak, düşük kaliteli hizmetlerde artış görülür, hatta yüksek kaliteli hizmetler pazar dışına itilebilir.

2.1.2.2.2. Ahlaki Tehlike Örneği: Gereğinden Fazla İlgi

Asimetrik bilgiden kaynaklanan sorunlardan biri de aldatıcı nitelikli, “gereğinden fazla ilgi” sorunudur. Tüketicilerin hizmetten beledikleri fayda için ne kadar hizmet gerektiğini bilmediği durumlarda, bilhassa faturanın üçüncü kişilerce ödendiği vakalarda, sağlayıcılar bazen gereğinden fazla hizmet sunma eğilimine girerler. Bu sorunla en çok karşılaşılan sektörlerden biri otomobil tamir sektörü olsa da profesyonel hizmetlerde de, örneğin tıbbi hizmetlerde olduğu gibi, benzer durumlar görülebilir. Bir dönem, Japonya’daki doktorların, dünyadaki diğer meslektaşlarına nazaran daha fazla oranda ilaç yazdıkları tespit edilmiştir. Bunun nedeni, satılan ilaçların Japon doktorların önemli gelir kaynağını teşkil etmesidir (OECD 1997,120).

2.1.3. Asimetrik Bilgi Sorununa İlişkin Çözümler

Hukuki sorumluluk ve kalite standartları ile ilgili kurallarının belirlenmesi, profesyonel hizmetler söz konusu olduğunda asimetrik bilgiden kaynaklanan sorunlara karşı akla ilk gelen çözümlerdir. Çözüm getirmeyi amaçlayan, devlet kaynaklı idari ve yasal düzenlemeler, İdare’nin konu hakkında profesyonel meslek mensuplarından daha fazla bilgi sahibi olması halinde işe

yarayabilecektir. İdare çoğu zaman, tüketicilerle aynı oranda asimetrik bilgi sorunu ile karşı karşıya olduğundan⁹, kalite standartları çoğu zaman bizzat profesyonel meslek birlikleri tarafından, İdare ile işbirliği içinde belirlenir.

Profesyoneller, devletle olan ilişkilerindeki bağımsızlıklarını ve güçlü tekel pozisyonlarını kaybetmek istemezler. Bu nedenle, profesyonel hizmetlerde standartları korumanın ve geliştirmenin en iyi yolu, sürekli “devlet müdahalesi korkusu” ve hizmetler arası rekabetin varlığıdır. Bu hassas dengeyi oluşturmanın en iyi ve en düşük maliyetli yolu ise hukuk yollarına başvurmakla, daha açık ifadeyle profesyonel meslek mensuplarının eylemlerinden doğacak hukuki sorumluluğun kurallara bağlanmasıyla mümkün olacaktır. Akla gelen ilk iki çözüm olan “tam serbestlik” ve “tam devlet kontrolü” seçenekleri dışarıda bırakıldığında hukuk yollarına başvurma, yüksek kalitede profesyonel hizmetler isteyen devlet ile bağımsızlık ve tekel olmanın avantajlarını isteyen profesyoneller arasında bir pazarlık olarak nitelendirilebilecek en makul orta yol olmaktadır. Hatalı veya hileli mesleki davranışlar yüzünden dava edilme korkusu, kalitenin sağlanması için yeterli bir motivasyon olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda anılan risklere karşı bir diğer çözüm mesleki regülasyondur. Faaliyeti ruhsata bağlamak, ehil olmayanları hizmet sunmaktan alıkoyabilir. Hizmet standartlarının belirlenmesi, “gereğinden fazla ilgi” gibi istismarın önüne geçilmesini sağlayabilir. Disiplin kuralları, mesleki faaliyetin gereklerini yerine getirmeyen profesyonellerin meslekten ihracını temin edebilir. Bu ve benzeri düzenlemeler, profesyonel hizmetlerde kalitenin sağlanması için gereklidir.

Ayrıca, başka yöntemlerin kullanılması da mümkündür. Bilgi asimetrisi, alternatif bilgi kaynakları sayesinde telafi edilebilir; şöhret bunların başında gelir. Yüksek kalitede hizmet sunan sağlayıcılar, kaliteden kaynaklanan bir şöhret kazandıklarında, nisbeten yüksek hizmet ücretlerine rağmen pazarı terketmek zorunda kalmayacaklardır. O halde, asimetrik bilgi sorununun çözümü olarak, profesyonelin şöhreti öne sürülebilir; profesyonelin pazardaki şöhreti onun en değerli varlığı olduğundan, aldatmamayı seçerek kaliteli hizmet sunacaktır.

Yukarıda, profesyonel hizmetlerde kaliteyi sağlamak ve birtakım sorunları önlemek amacıyla mesleğe “çeki-düzen veren” kuralların, diğer deyişle mesleki regülasyonun gerekli olduğu ifade edilmiştir. Terazinin bir kefesinde bu düzenlemelerin, yükselen hizmet kalitesi olarak karşımıza çıkan olumlu neticeleri yer ala dursun; diğer kefesinde, azalan rekabet neticesinde yükselen ücretler yer alır.

⁹ Bkz. Türkkkan, a.g.e. sf.394,prg.2

2.2. REKABETİ KISITLAYICI REGÜLASYON

Profesyonel hizmetler, karakteristik olarak farklı özellikler sergilemeler bile, rekabetin tüketiciler lehine sonuçlar doğurması gibi genel pazar kuralları profesyonel hizmetler için de geçerlidir. Bazı profesyonel hizmet sunucuları diğerlerine nazaran daha rutin işlerle uğraşır; bunlar işin tamamı için götürü ücret talep etmektedir. Bu gibi hizmetlerde fiyat rekabetini ve reklamı serbest bırakmak, tüketiciler açısından olumlu sonuçlar doğurur. Diğer hizmetler ise daha belirsiz olduklarından daha çok muhakeme gerektirir. Bu hizmetlerde ücret genellikle harcanan zamana göre belirlenir. Saat başına alınan ücret, hizmetin kalitesine, profesyonelin tecrübe ve kabiliyetine göre değişebilmektedir. O halde bu tür profesyonel hizmetler için de fiyat rekabeti söz konusu olabilmektedir.

OECD (1997,122) raporuna göre, rekabetin kısıtlanması ile fiyat artışları ve yeniliklerin (innovation) azalması arasında bir korelasyon bulunup bulunmadığı konusunda; farklı bölgelerinde farklı kuralların geçerli olduğu Amerika, Kanada, Avustralya gibi bazı federal ülkelerde ampirik çalışmalar yapılmıştır.¹⁰ Bu çalışmalar, rekabetçi davranışlara izin verildiği takdirde hizmet kalitesinde düşüş yaşanmadığını ortaya koymuştur. Amerika'daki Federal Trade Commission (FTC) görevlileri; on bir adet mukayeseli çalışmanın altısında, kaliteye etkinin nötr olduğunu; ikisinde kısıtlamaların kaliteyi artırdığını; üçünde ise kısıtlamaların kaliteyi azalttığını gözlemlemiştir.¹¹ Çalışmalar; muhasebeciler, avukatlar, doktorlar, eczacılar, diş hekimleri, veterinerler..gibi farklı meslekleri ve farklı kısıtlamaları kapsamıştır. Yöntemdeki farklılıktan dolayı ileri boyutlarda genellemelere ulaşmak mümkün olmamış ise de, ulaşılan sonuç çok açıktır: Rekabet üzerindeki kısıtlamaların azaltılması, genel olarak hizmet kalitesinin azalmasına neden olmamaktadır.

OECD'nin aynı raporuna göre, avukatlık mesleğinde reklam yapma konusundaki çalışmalar, fiyatın kalite üzerindeki etkilerini ortaya koymuştur. Bu çalışmalardan birinde¹², düşük hizmet ücretlerini reklamlarla kamuya duyuran bir hukuk firmasının kaçınılmaz olarak hizmet kalitesini düşüreceği iddiası incelenmiş ve bunun temelsiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Daha da ileri gidilerek, reklam sayesinde iş hacmini artırarak müşteri başına sabit maliyetleri azaltan firmanın, bu düşüşü fiyatlarına yansıtmak suretiyle, kaliteden ödün vermeksizin daha düşük ücretle hizmet verebildiği ortaya koyulmuştur. Aynı

¹⁰ Bkz. Industry Commission (Australia), Final Report, Part B2, Occupational Regulation and the Professions

¹¹ COX, C. ve FOSTER, S., "The Costs and the Benefits of Occupational Regulation", Report to FTC, (1990): 26-27

¹² MURIS, T., ve MCCHESENEY, F. *Advertising, Consumer Welfare and the Quality of Legal Services: The Case of Legal Clinics*, Law and Economics Center, University of Miami, Working Paper 78-5, 1978.

konuda FTC uzmanlarının yaptığı ve birkaç rutin hukuki hizmeti ele aldığı bir çalışma; hizmet fiyatlarının, reklam yasağı bulunan şehirlerde nisbeten yüksek olduğunu ortaya koymuştur.¹³ Örneğin, anlaşmalı boşanma davasının vekalet ücretinin, reklamın yasak olduğu şehirlerde ortalama 33 \$ daha fazla olduğu belirlenmiştir. OECD raporuna göre (1997,122) bu sonuç diğer çalışmalar tarafından da doğrulanmaktadır.¹⁴ Başka meslekler üzerinde yapılan çalışmalarda da aynı sonuca, yani reklamın yasaklanmasının kaliteyi olumlu etkilemezken, fiyatların artmasına neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹⁵

2.2.1. Profesyonel Yeterliliğe ve Mesleki Etiğe İlişkin Kurallar

Pek çok meslekte, mesleki yeterliliğe ve ahlaka ilişkin kurallar bulunmaktadır. Bu kurallar genellikle sadakat, yeterlilik, güvenilirlik ve sır saklama gibi özelliklerle ilgili düzenlemelerdir. Ancak bu temel konuların yanında; mesleki faaliyetin kontrolü, rekabetin önlenmesi, reklamın sıkıca düzenlenmesi veya yasaklanması gibi konular, mesleki ahlak kavramının kapsamında mütala edilmektedir.

Profesyonel hizmetleri düzenleyen mesleki kuralları haklı ve gerekli göstermek için kullanılan temel savunma noktaları; mesleki yeterliliğe, ahlaka ve performansa ilişkin **standartların sağlanması** olmuştur. Bu standartların sağlanabilmesi amacıyla mesleki düzenlemeler, eğitime ve tecrübeye yönelik bir takım koşullar ve etik davranış kuralları empoze eder. Eğitimle ilgili olan koşullar genellikle belirli sürelerde üniversite eğitimini zorunlu tutmaktadır. Tecrübe ile kastedilen ise genellikle ya meslekle ilgili stajlar veya mesleğin icrasıyla geçen belirli bir çalışma süresidir. Mesleğe kabulden önce girilmesi zorunlu olan bir yeterlilik sınavı da bazı profesyonel hizmetlerde görülen bir uygulamadır. Bazı ülkelerde, gerekli şartları yerine getirenlere mesleği icra ruhsatı verilirken, bazı ülkelerde ise mesleğin icrası, ilgili profesyonel meslek birliğine üye olma şartına bağlanmaktadır (OECD 1997,123).

2.2.2. Mesleki Ünvanlara İlişkin Kurallar

Profesyoneller, hizmetten yararlananlarla olan ilişkilerinde mesleki ünvanlarını kullanmakta serbest bırakılabilir, hatta kimi zaman buna mecbur edilebilirler. Herkesin, başka bir kimseyi kamu otoriteleri önünde temsil edebildiği Finlandiya ve İsveç'te, yalnızca hukukçu olan ve milli baro birliğine

¹³ FTC Bureau of Economics and Cleveland Regional Office tarafından hazırlanan rapor: "Improving Consumer Access to Legal Services, (1984).

¹⁴ SCHROETER, J., S.SMITH ve S.COX, "Advertising and Competition in Routine Legal Service M: An Empirical Investigation"

¹⁵ BOND, R., KWOKA, J., PHELAN, J. ve WHITTEN, I., *Effects of Restrictions of Advertising and Commercial Practice in the Professions: the Case of Optometry*. Washington D.C., FTC 1980.

üye olan kimseler “avukat” ünvanını kullanabilmektedir. Belçika’da Medeni Usul Yasası’nın (Code of Civil Procedure) 428. Maddesi, “Avukat” ünvanına başkaca hiçbir ünvan eklenemeyeceği hükmünü amirdir.

2.2.3. Meslek Birliklerine Üye Olma Zorunluluğu

Profesyoneller çoğunlukla profesyonel meslek birlikleri çatısı altında örgütlenmektedir. Resmi olarak tanınan bu birlikler, mesleki düzenlemelere ilişkin kuralların oluşturulması esnasında devlet ile yakın ilişkiler içerisinde olurlar.

OECD ülkelerinin çoğunda, avukatların barolara kayıtlı olması, mesleki faaliyet açısından zorunludur. Avrupa’da ve Japonya’daki barolar, mesleki faaliyetleri sıkıca düzenleyerek disiplin müeyyideleri koyma yetkilerine sahiptir. Avukatlarla ilgili düzenlemelerin eyalet yüksek mahkemelerince yürütüldüğü Amerika’da ise barolar, mesleki düzenlemelerin hazırlanışında ve uygulanışında önemli bir danışma mercii rolündedir (OECD 1997,124).

2.3. REKABETİ KISITLAYAN DÜZENLEMELERE ALTERNATİF ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Profesyonel hizmet sektörlerindeki düzenlemelerin profesyonellerin çıkarlarına mı yoksa kamu yararının sağlanmasına mı hizmet ettikleri, gittikçe daha sık tartışılan bir sorudur. Profesyonel hizmetlerin kalite standartlarına göre ve uygun fiyatlarla sunulmasını hedef alan, çoğu mesleki ahlak ile ilgili olan düzenlemelerin bazı kuralları, hizmet sağlayıcıları arasında rekabet oluşmasını önleyerek fiyatların yükselmesine hizmet etmektedir. Bu sakıncaların azalması için, mesleki kuralları koyan ile uygulayan otoriteler birbirinden ayrı olmalıdır. Hem rekabet kısıtlamalarının hem de tüketiciler aleyhine doğan sonuçların önlenmesi bakımından; tüketici temsilcilerinin, sigorta şirketleri gibi büyük hizmet alıcılarının temsilcilerinin veya tüketicinin ve rekabetin korunması alanlarında çalışan kamu görevlilerinin düzenleyici otoritelere aktif katılımını zorunlu kılan yasal önlemler alınmalıdır.

Tüketicilerin zarara uğramasını önlemek veya hizmet kalitesini temin etmek için zorunlu olanların dışındaki rekabet sınırlamaları dört grupta incelenebilir. Bunlar; pazara girişe ilişkin kurallar, fiyat rekabetine ilişkin sınırlamalar, reklam yapmanın yasaklanması ve diğer rekabet sınırlamalarıdır.

2.3.1. Pazara Giriş

Lisansa ve ruhsata ilişkin mesleki düzenlemeler, kimlerin mesleği icra edebileceğini tayin etmektedir. Ehil olmayan kimselerin mesleği icra etmelerini önlemek amacıyla pazara girişin kontrolü haklı görülmelidir. Ancak bu kontroller

aynı zamanda rekabet düzeyini ölçmekte ve sınırlandırmakta da kullanılmaktadır. OECD (1997,125) raporuna göre, 1980'lerin sonlarında, Japonya barosuna her yıl en fazla 500 yeni mezun hukukçu kabul edilmiştir. Diğer bazı ülkelerde ve farklı mesleklerde ise rekabetin zaten istenilen düzeyde var olduğu savıyla, adayların mesleki yeterliliğe sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın yeni ruhsat sayılarının sınırlandırılması önerileri zaman zaman yapılmaktadır.

Düzeltilmesi gereken alanlardan biri de, faaliyet alanını belirli bir bölge ile sınırlayan mesleki düzenlemelerdir. Çoğunluğu federal yapıda olan bazı ülkelerde, pazar baskısı profesyonellerin ülke içinde, kayıtlı olduğu bölge ile sınırlı olmaksızın, daha serbestçe mesleğini icra etmesine izin verilmesini gerektirmiştir. Örneğin Almanya'da daha önceleri başka bir yargılama bölgesindeki meslektaşları ile birlikte çalışmalarına izin verilmeyen avukatlar, artık ülkenin tamamında tüketicilere hizmet verebilmektedir (OECD 1997,126).

2.3.2. Fiyat Rekabeti

Profesyonel hizmet ücretleri, pazarda gerçekleşen rekabet yerine, ya mesleki düzenlemelerle veya anlaşma ile belirlenmektedir. Profesyonel meslek birliklerinin tavsiye niteliğinde veya ülkemizde olduğu gibi, uyulması zorunlu fiyat tarifeleri oluşturmaları, ya birliklerin kuruluş yasalarında bu yetkiye yer vermek suretiyle veya diğer yollarla teşvik edilmektedir. Fiyat rekabeti yapmak çoğunlukla ahlak dışı bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Sabit fiyat belirlenmesini haklı göstermek için kullanılan argüman ise rekabetin fiyatları düşüreceği, bunun da hizmet kalitesinin düşmesine neden olacağı şeklinde olmuştur. Bu sürecin sonunda ise, kaliteli hizmetlerinin karşılığında hak ettikleri ücretleri alamayacak olan, en kabiliyetli ve en iyi şekilde hizmet sunan sağlayıcıların pazarı terk etmek zorunda kalacağı öne sürülmektedir (lemons problem). Bu tartışmalar pek çok ülkede yapılmış; ister meslek birliğinin kuruluş kanunu gibi bir yasal dayanağı olsun isterse yasaya dayanmadan yapılmış olsun, uyulması zorunlu ücret tarifelerinin hem rekabete hem de kamu yararına aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Ücret tarifeleri çeşitli formlarda görülebilir: Asgari- azami ücretler, tavsiye niteliğinde olan- uyulması zorunlu olan ücretler. vb. Fiyat rekabeti aşağıya doğru yaşanacağından, en çok üzerinde durulması gerekenler, uyulması zorunlu asgari ücretleridir. Bazı ülkelerde, örneğin Almanya'da, asgari fiyat belirlemeleriyle aynı amaca hizmet etmediğinden dolayı azami fiyatın belirlenmesine izin verilmektedir. Amerika'da ise azami fiyat belirlemek bile

rekabete aykırı sayılabilmektedir.¹⁶ Azami fiyatın belirlenmesi, maddi durumu iyi olmayan insanların da hizmetlerden yararlanabilmelerini sağlar.

2.3.3. Reklamın Yasaklanması¹⁷

Profesyonellerin reklam yapması genellikle çok sıkı regüle edilmiş konuların başında gelmektedir. İsim, adres, telefon numarası ve uzmanlık alanıyla ilgili birkaç küçük detaydan oluşan tanıtıma genellikle izin verilmektedir. Ne var ki, ücretler ve diğer meslektaşlar ile mukayeseler hakkında bilgiler içeren reklamlar genellikle yasaktır. Reklama ilişkin yasakların hukuk ve tıp ile ilgili mesleklerde daha yaygın olduğu gözlemlenmiştir. Reklamın kısıtlanması veya tamamen yasaklanmasının, mesleki yetkinlik ve bağımsızlığın korunması ve kamunun yeterliliğe sahip olmayan uygulayıcılardan korunması açısından zorunlu olduğu sıkça dile getirilmektedir. Oysa aldatıcı olmayan reklamlara sınırlama getirilmesi yeniliklerin doğmasını önleyerek fiyat artışına neden olur.

Ekonominin birçok alanında reklamlar, tüketicilerin bilgilendirilmesi ve yeni ürün ve hizmetlerin kamuoyuna tanıtılması açısından önemli rol oynarlar. Bu yönüyle reklam, yenilikleri ve pazara yeni girişleri teşvik eder. Profesyonel hizmetlerde reklamın yasaklanması nedeniyle tüketicilerin, bir uzman yardımını nereden ve hangi fiyattan temin edebileceklerini bilmeleri zorlaşır.

Reklam yasaklarının yumuşatıldığı veya kaldırıldığı ülkelerde tüketiciler açısından olumlu sonuçların ortaya çıktığı görülmüştür. Hizmet ücretlerine ilişkin reklam yasaklamaları sona erdikten sonra fiyatların düştüğü ve bazı profesyonel hizmetlere olan talepte artış olduğu tespit edilmiştir. Amerika’da reklam yasakları kaldırıldıktan sonra hizmet sağlayıcılarında ve dolayısıyla fiyat rekabetinde artış görülmüş, hukuki hizmetlere olan talep artmıştır (OECD 1997,127).

Profesyonel mesleklerle ilgili serbestleştirme (deregülasyon) çalışmaları yapanların ilk işi çoğunlukla, meslek ve unvanla ilgili objektif bilgilerin dışında bilgiler içeren reklamları yasaklayan kurullarla mücadele etmek olmuştur.¹⁸ Bazı ülkelerde, bazı mesleklerde akademik ünvanların mesleki ünvana eklenecek kullanılması yasaklanmıştır.¹⁹

Carlton ve Perloff (1994,608)’a göre, yüksek kalitede bir mal veya hizmet satan bir firma, tüketicilerin o ürünü denedikleri takdirde beğenerek

¹⁶ Bkz. Arizona v. Maricopa County Medical Society vakası

¹⁷ “Bir gazetenin sayfaları içinde, güvenilir gerçekleri barındıran yegane bölüm reklamlardır”, Thomas Jefferson.

¹⁸ Bkz. Bates v. State Bar of Arizona 433 US 350

¹⁹ Örneğin, ülkemizde de bir avukatın akademik ünvanını avukatlık ünvanı ile birlikte kullanmasına izin verilmemektedir.

tekrar tekrar satın alacaklarına inanır. Bu takdirde, yüksek kalitede ürünü olan firmanın reklam yapma eğilimi, düşük kalitede ürünü olan firmaya göre daha fazladır. Kaliteli ürünün reklamı yinelenen alımlar sağlarken; kalitesiz ürünün reklamı yalnızca tek seferlik alımlar sağlamaya yetecektir. Her iki firmanın üretim ve reklam maliyetlerinin aynı olduğu varsayıldığında, yüksek kalitede ürünü olan firmanın daha fazla reklam yapacağı muhakkaktır. Bu önermeler ışığında, daha çok reklam daha yüksek kalitenin göstergesi olmaktadır. O halde, reklamın serbest bırakılmasının kaliteyi artıracığı da söylenebilir.

Önermelerin gerçekçi olmaması nedeniyle, ulaşılan sonuca profesyonel hizmetler bakımından katılmak mümkün görülmemektedir: Öncelikle, tekrarlanan alımlar olgusunun profesyonel hizmetler pazarında geçerli olmadığı düşünülmektedir. Bir boşanma davası veya beyin ameliyatı gibi, hizmetten yararlananların tek seferlik alımları dikkate alındığında, yukarıdaki sonucun tam aksine ulaşmak mümkündür: Düşük kalitede hizmet sunan firma, yüksek kalitede hizmet sunan firmanın şöhreti ile mücadele etmek için daha fazla reklam yapacaktır. O halde daha çok reklam daha düşük kalitenin göstergesi de olabilmektedir.

Amerika'daki optik hizmetleri üzerine yaptığı çalışmasında Kwoka²⁰, profesyonel hizmetlerin kalitesi ile reklamlar arasındaki ilişkiyi incelemiştir (Deisenlage 1996,28). Amerika'da optik hizmetlerini düzenleyen kurallar oldukça değişkendir. Bu nedenle çalışmada, optisyenleri kategorize ederek inceleme yoluna gidilmiştir:

- Fiyat reklamının yasak olduğu bölgelerde faaliyette bulunan optisyenler,
- Fiyat reklamının serbest olduğu bölgelerde faaliyette bulunan optisyenler,

Kwoka, çalışmasında hizmetlerin fiyatlarını ve kalitelerini mukayese etmiştir. Kalite, "müşteri başına harcanan zaman" olarak ölçülmüştür. Fiyat reklamının serbest olduğu bölgelerdeki sonuçlar diğerleriyle kıyaslandığında ortaya aşağıdaki sonuç çıkmıştır:

- Reklam yapan optisyenler düşük kaliteli ve düşük fiyatlı hizmet sunmaktadır.
- Reklamın yasak olduğu bölgelerdeki optisyenler, toplam kalite ortalamasının üzerindeki kaliteyi, aynı zamanda daha ucuza sunmaktadır.

Deisenlage (1996,28)'ye göre bu çalışmadan sonra, Carlton ve Perloff'un öne sürdüğü, yoğun reklamın kalitenin göstergesi olduğu iddiasının profesyonel

²⁰ J.E. Kwoka, "Advertising and the Price and Quality of Optometric Services" (1984) 74 Am.Econ.Rev. 211

hizmetler açısından geçerli olmadığı daha kolay öne sürülebilecektir. Yine de aldatici olmayan reklamın serbest bırakılmasının yeniliklerin önünü açması ve bilgi asimetrisini azaltması bakımından yararlı olacağı düşünülmektedir.

2.3.4. Diğer Rekabet Sınırlamaları

Çoğu ülke uygulamalarında profesyonellerin aynı meslekten ortaklarıyla çalışmasına izin verilmektedir. Ancak, meslekten olmayan kişilerle ortaklık, işçi-işveren ilişkisi genellikle yasaklanmaktadır. Buna gerekçe olarak, profesyonelin müşterilerine karşı kişisel sorumluluğunun sağlanması ileri sürülmektedir. Profesyonel hizmet sağlayıcısı, mesleğin gereği olan etik kuralları ile bağlı olmayan, mesleğin dışından bir kimsenin idari veya finansal kontrolü altına girdiği takdirde, profesyonelin tüketici karşısındaki vecibelerini gereği gibi yerine getiremeyeceğinden endişe edilmektedir.

Japonya'da bir avukat, kayıtlı olduğu baronun bulunduğu yargı bölgesinde olmak şartıyla yalnızca bir adet büroya sahip olabilmektedir (OECD 1997). Patent avukatlarıyla, vergi avukatlarıyla veya avukat olmayanlarla ortak olması ise mümkün değildir. Avrupa'da AB üyesi birkaç ülkede hukukçular, ücretleri olmasa bile kira, işletme giderleri gibi maliyet unsurlarının yükünü paylaşabildikleri ortaklıklar kurabilmektedirler. Hukukçuların geniş üye sayıları olan hukuk şirketleri kurmalarına pek çok eyaletinde izin verilen Amerika'da bile, faaliyet tarzına yönelik bazı sınırlamalar hala yürürlükte. Bu ülkede bazı durumlarda sınırlamaların kaldırılması sonucunda, daha önce mevcut olmayan yeni hizmet tarzları ortaya çıkmıştır. Örneğin, doktorların doktor olmayan kişilerce istihdamının serbest bırakılması sonucunda, daha önce klinik hizmetlerin yetersiz olduğu bölgelere bu hizmetleri ulaştırabilen "ayaklı klinikler" ihdas edilebilmiştir. Benzer şekilde, avukatların sunduğu hizmetleri pahalı bulan insanlara hukuki danışmanlık hizmetleri götüren "hukuk klinikleri"nin ortaya çıkması da reklamların serbest bırakılması neticesinde mümkün olabilmektedir. Bu örnekler serbestleştirme ile yenilikler arasındaki ilişkiyi açıkça ortaya koymaktadır.

BÖLÜM 3

FARKLI ÜLKELERDEKİ UYGULAMALAR

Ülkemizde görülmemekle birlikte batı toplumlarında, profesyonel meslekler ile serbest pazar arasındaki ilişkinin daima ilgi çekmesinin en önemli nedeni meselenin karmaşıklığıdır. Bu karmaşıklık ise konunun iktisat, sosyal hukuk teorisi, anayasa hukuku gibi disiplinlerle ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu bölümde, konuya başlangıç mahiyetinde çeşitli ülkelere ilişkin birkaç paragraflık bilgilere yer verilmekle birlikte esas olarak Almanya, İtalya ve İngiltere uygulamalarından bahsedilecek; konunun geniş olması ve örnek dava ve terminoloji zenginliği nedeniyle ABD uygulamalarına bir sonraki bağımsız bölümde değinilecektir.

Danimarka’da profesyonel hizmetler, 1989 tarihli Rekabet kanununun, “tekeller, fiyatlar ve karlar” ile ilgili düzenlemelerine tabidir. Sürdürülen bir soruşturma neticesinde bir eylem kamu yararına aykırı bulunduğu takdirde Rekabet Konseyi, söz konusu uygulamanın değiştirilmesini veya kaldırılmasını tavsiye etmektedir. Konsey, bazı mesleklerde var olan tavsiye niteliğinde fiyat tarifeleri ve reklam kısıtlamaları gibi uygulamalar hakkında çalışmalar yürütmüştür. Çalışmaların sonunda, pek çok mesleki kuralın mesleğin gereklerini karşılamak için gerekenin çok ötesinde kısıtlamalara neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu mesleki kuralların bir kısmının yasal yetkili otoriteler tarafından çıkarılmış kurallar, bir kısmının ise meslek birliklerinin kendilerince oluşturulmuş tamamlayıcı kurallar olması karşısında konsey; meslek birlikleri ile tamamlayıcı kuralların yumuşatılması konusunda, kamu otoriteleri ile de regülasyon yapılırken rekabet kurallarının daha fazla göz önünde bulundurulması konusunda uzlaşma ve işbirliğine gitmiştir.

Kanada’da Ontario Yüksek Mahkemesi 1988 yılında verdiği bir kararında, üyelerinin vereceği hukuki hizmetlerin bazılarında uygulayacakları ücretler üzerinde anlaşma sağlayan iki hukuk birliğinin bu anlaşmasını yasaklamıştır. Mahkeme ayrıca, üyeler arasında uygulanacak ücretlere ilişkin görüşmeler yapılmasını, ücret komisyonları oluşturulmasını ve ücret tarifeleri belirlenmesini de yasaklamıştır. Bu karar, Kanada’da rekabet mevzuatının bir profesyonel meslek birliğine ilk kez uygulanışı olmuştur.

İspanya’da profesyonel meslek birliklerini düzenleyen yasa, daha fazla rekabetçi bir zemini mümkün kılmak amacıyla 1996 yılında değiştirilmiştir. Bundan böyle profesyonel meslek birliklerince akdedilecek ekonomik içerikli anlaşmaların rekabet ve haksız rekabet mevzuatlarıyla uyumlu olması aranmıştır;

profesyonel hizmetlerin ücretlerinin anlaşma ile belirlenmesi yasaklanmıştır. Ülke çapında geçerli olacak birlik üyeliği sayesinde profesyoneller ülkenin her yerinde serbestçe hizmet sunma imkanına kavuşmuşlardır.

Yasal önlemler ve soruşturmalara ek olarak, pek çok OECD ülkesindeki rekabet otoriteleri, daha liberal rejimlerin oluşturulması ve bazı mesleklerde uygulanmakta olan rekabete aykırı kuralların değiştirilmesi için aktif çaba sarfetmişlerdir. Örneğin, Amerika'daki Federal Trade Commission uzmanları, devlete ve düzenleyici kuruluşlara pek çok mesleği kapsayan rekabet sorunları ile ilgili olarak, 1970'lerin sonlarında 400 kadar tavsiye ve açıklama hazırlamış ve sunmuştur. Danimarka Rekabet Konseyi, muhasebecilikteki kuralların daha liberal hale getirilmesi hususunda sanayi bakanlığına tavsiyelerde bulunmuştur.

3.1. ALMANYA

Almanya'da, 1958 yılında kabul edilen ve 1998'de bazı değişikliklere uğrayan rekabet kanunu, profesyonel mesleklere de uygulanmaktadır (OECD 2000,123). Tüketiciler de dahil olmak üzere pazardaki tüm aktörler için düzgün işleyen bir rekabeti garanti etmeyi hedef alan bu kanun, ticaret ve sanayi açısından olduğu kadar profesyonel hizmetler açısından da öneme sahiptir. Yasa koyucunun bilinçli olarak rekabeti kısıtlayan kurallar koyduğu alanlarda muafiyetler söz konusudur. Bu alanların başında profesyonel hizmetler gelmektedir. Yasa koyucunun verdiği yetkiye dayanarak meslek birlikleri tarafından getirilen rekabet sınırlamalarının en önemlileri fiyata ve reklama ilişkin olanlardır.

3.1.1. Ücret Tarifeleri

Ücret tarifelerinin görüldüğü profesyonel hizmetler avukatlık, mimarlık, mühendislik ve tıbbi hizmetlerdir. Avukatlık ücretlerinin yasal dayanağı Federal Avukatlık Ücretleri Kanunu'dur. Buna göre ücret, müddeabihin (dava konusunun) kıymetine göre hesaplanmaktadır. Yasada istisnalar belirtilmedikçe daha aşağı ücret alınması yasaktır. Yasal düzenlemenin amacı ücretlerin düşmesi sonucu hizmet kalitesinin azalmasının önüne geçmektir.

Mimarlık ve mühendislik hizmetlerinde ücretler, Mimarlık ve Mühendislik Ücret Kanunu'ndaki esaslara göre belirlenmektedir. Yasa, bireysel hizmetler için geçerli olacak asgari ve azami sınırları çizmekte, ilgili hizmetin ücreti ise bu sınırlar arasında kalmak şartıyla taraflar arasında yapılan yazılı anlaşma ile belirlenmektedir.

Ücretlere ilişkin kanunların şeffaflık sağladığı düşünülmektedir. Yine de yakın zaman önce Federal Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığı, arzu edilen hizmet kalitesi bakımından söz konusu ücret uygulamalarının zorunlu olup olmadığı ve

daha fazla rekabetin tüketiciler lehine sonuçlar doğurup doğurmayacağı üzerine araştırmalar yapmıştır.

Doktor Ücretleri Kanunu'nda da hizmetler için asgari ve azami sınırlar belirlenmiştir. Ücret belirlenirken sunulan hizmetin karşılığının alınması ile beraber diğer tarafın ödeme gücünün de dikkate alınması gerektiği ilke olarak belirlenmiştir. Aynı ilkeler dış hekimleri için de geçerlidir.

3.1.2. Reklama İlişkin Kurallar

Almanya'da son yıllarda yasama ve yargıda gözlemlenen liberal yaklaşım sonucunda; objektif, aldatıcı olmayan ve bilgi verici reklamlara sınırsız izin verilmektedir. 15 Temmuz 1994 tarihinde mali müşavirlik hizmetlerini düzenleyen mevzuatta yapılan değişiklik, bu meslek grubuna aldatıcı olmamak kaydıyla reklam yapabilme özgürlüğünü getirmiştir. 2 Eylül 1994 tarihinde de avukatlar için reklam yapma özgürlüğü tanınmıştır (OECD 2000,124).

Tıp sektöründe, tabipler odasının kuralları gereğince doktorların reklam yapmalarına izin verilmemektedir. Ancak yargı; uzmanlık ibareleri, adres veya muayene saati değişikliğine dair ilanlar gibi kamunun öğrenmesinde yarar bulunan hususların duyurulmasının reklam sayılmayacağına karar vermiştir.

3.1.3. Giriş Kontrolleri

Mali müşavirlik mesleğine hem üniversite eğitimi almış olanlar hem de meslekten yetişmiş olan kişiler girebilmektedir. Üstelik hukuk veya iktisat dışındaki alanlarda üniversite eğitimi almış olanlar bile bazı dersleri almış olmak şartıyla bu mesleğe girebilmektedir.

Avukatlık mesleğine girmek isteyen adaylar devlet tarafından yapılan yeterlilik sınavında başarılı olmak zorundadır.

Teknik yönü ağır basan, mimarlık ve mühendislik gibi mesleklere giriş regüle edilmemiştir. Ancak, federal kanunlar mimar ve mühendis unvanlarının yalnızca gerekli vasıfları haiz kişilerce kullanılmasına izin vermektedir. Bu vasıflar arasında üniversite eğitimi almış olmak veya uzun süre o işle iştigal ederek uzmanlaşmış olmak, iki veya üç sene mesleği icra etmiş ve somut projeler üretmiş olmak yer alır (OECD 2000,125).

3.2. İTALYA

İtalya'da rekabet hukukuna ilişkin yasal düzenleme, 287 sayılı "Rekabetin ve Pazarın Korunması Hakkında Kurallar" adlı kanundur (Tan 2000,35). Bu kanunun "Kamu Teşebbüsleri ve Hukuki Tekeller" başlıklı

8. maddesinin ikinci fıkrasına göre rekabet kuralları, “genel ekonomik yarara yönelik hizmetleri yürüten veya piyasada tekel rejimine sahip teşebbüslere, kendilerine yasa ile verilmiş özel göreve sıkı sıkıya bağlı faaliyette buldukları sürece uygulanmaz (Tan 2000,36).

İtalya’da profesyonel hizmetler yoğun kamusal düzenlemelerin egemenliği altındadır. Münhasır hizmetler, giriş koşulları, asgari ücret tespitleri, ticari davranışa ve reklama ilişkin kısıtlamalar pek çok profesyonel meslekte görülmektedir. 1997’den bu yana İtalya Rekabet Otoritesi, profesyonel hizmetlerdeki gereğinden fazla rekabet kısıtlamalarının kaldırılmasını sağlayacak yasal düzenlemeler konusunda gerek Parlamento’ya gerekse Başbakan’a öneriler götürmektedir (OECD 2000,137).

1997 Ekim’inde Otorite; hukuk, maliye, tıp, mühendislik ve mimarlık sektörlerinde araştırmalar yaparak bu sektörlerle ilgili mevzuatta rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuran hükümleri tespit etmiştir. Ayrıca, 1998 yılında mali müşavirler birliği tarafından yapılan fiyat tespiti hakkında soruşturma yapılmış ve rekabet kanununun ihlal edildiği tespit edilmiştir. Araştırma sonuçları Parlamento’ya ve Başbakan’a sunularak söz konusu hükümlerin “gereklilik” ve “oransallık” kriterlerine uygun olarak yeniden oluşturulmasını önerilmiştir. Otorite, profesyonel mesleklerde regülasyonun, pazar mekanizmasının sağlıklı biçimde işleyemediği sektörlerle sınırlı kalmasını isteyerek bu sektörlerle ilişkin ipuçlarını saymıştır. Buna göre bir pazarda regülasyona gerek olması için:

- Tüketiciler sunulan hizmetin kalitesini tayin etme imkanından mahrum olması,
- Uygun kalitede hizmet alamamanın önemli zararlara yol açabilecek olması,
- Hizmetten beklenen faydanın toplumsal değerlere hizmet etmesi (bu noktada hizmetin sağladığı pozitif dışsallık vurgulanmaktadır).

gerekmektedir. Bu hallerde bile regülasyonun sınırı, pazar mekanizmasındaki aksaklığı aşabilmek için gerekli olandan öteye gitmemelidir.

Otorite’nin araştırma sonuçlarını Parlamento’ya ve Başbakan’a sunmasından sonra İtalya Adalet Bakanı, profesyonel meslekleri düzenleyen yasayı değiştirecek yeni bir yasa tasarısı hazırlamak üzere bir komite oluşturmuştur. Komitenin üyeleri arasında adalet ve sağlık bakanlıkları temsilcilerinin yanısıra çok sayıda meslek birliği temsilcisi de yer almıştır. Komitenin çalışmaları dokuz ay sonunda meyvelerini verdiğinde, “reform”un temel noktaları özetle şu noktalar olmuştur (OECD 2000,139):

- Meslek mensupları arasındaki rekabeti engelleyen bütün yasaklar kaldırılacaktır.
- Haklı görülemeyecek tekel karları son bulacaktır.

- Tüketiciler korunacaktır.

Ne var ki tasarı, kendisinden beklenenleri gerçekleştirebilecek kapasitede olmadığı yolunda eleştiriler almıştır. Bu eleştirilere göre, hangi şartlarda regülasyona gerek olacağına dair kriterlerin ve hangi hizmetlerin kamu otoritesince regüle edilmesi gerektiğinin tasarıda yer almaması, ayrıca giriş engelleri konusunda bir gelişmenin olmaması eleştirilen noktalar arasında yer almıştır. Sonuç olarak tasarının yalnızca ücret ve reklam yasaklarına ilişkin bazı düzenlemeler öngörmekte olduğu ifade edilmiştir.

İtalya'da Ücret Tarifeleri

Özellikle fiyat rekabeti söz konusu olduğunda, profesyoneller arasında çok sınırlı düzeyde rekabet olmasının nedeni, sektörün sıkı biçimde regüle edilmiş olmasıdır. Profesyonel meslekleri düzenleyen yasaya göre asgari ücretler bakanlık tarafından belirlenmektedir. Ancak uygulamada bakanlığın belirleyeceği ücretlerin ilgili meslek birliği tarafından hazırlandığı gerçeği ile karşılaşmıştır. Rekabet otoritesi bu tür uygulamaların rekabet kanunu uygulamasından muaf tutulamayacağını savunmuştur. Buna paralel olarak, iki mali müşavirlik meslek birliğinin davranışları soruşturmaya konu olmuştur. Ekim 1998'de sona eren soruşturma sürecinde söz konusu birliklerin aşağıdaki davranışları ihlal olarak değerlendirilmiştir:

- İki meslek birliği, bakanlığa ayrı ayrı sunacakları ücretler üzerinde anlaşmaya varmışlardır.
- Birlikler, henüz bakanlık tarafından onaylanmış olmamasına rağmen yeni ücretlerin uygulanması konusunda üyelerine baskı yapmışlardır.

Aleyhinde soruşturma yürütülen meslek birlikleri savunmalarında aşağıdaki noktalar üzerinde durmuşlardır:

- Rekabet kanunu teşebbüslere uygulanabildiğinden dolayı profesyonel hizmetler bu kanunun uygulanmasından muaftır.
- Üyelerin teşebbüs olması kabul edilse bile birlikler devlet tarafından resmen tanınan ve kamusal faaliyette bulunan kurumlar olduğundan dolayı rekabet kanunu birliklere uygulanamaz.
- Birlikler yasanın kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmek zorundadır. Başka deyişle, ücret belirlenmesi konusunda birliklerin insiyatifi bulunmadığından, sorumluluklarına da gidilemez.
- Soruşturma konusu fiyat anlaşmaları sonucunda rekabet kısıtlanmamış, tüketiciler zarara uğratılmamıştır. Aksine, anlaşmalar ücretlere istikrar ve şeffaflık kazandırmayı ve hizmet kalitesini artırmayı hedef almıştır.

AB Komisyonu'nun ve ATAD'ın kökleşmiş içtihatlarına dayanılarak, profesyonel meslek birliklerinin ve birlik üyelerinin rekabet hukukundan muaf oldukları yolundaki savunmalar geçerli bulunmamıştır. Ayrıca Otorite, ücret belirlenmesi prosedüründe birliklerin yasa ile belirlenen sınırları aştığını ve faal olarak rol aldığını belirtmiştir. Sonuç olarak birliklerin rekabet kanununu ihlal ettiklerine karar verilmiş ve ileride bu gibi ihlallerden kaçınmaları gerektiği bildirilmiştir. Karara karşı birlikler tarafından yargı yoluna başvurulmuştur ve yargının vereceği karar beklenmektedir.

İtalyan Rekabet Otoritesi, 1994 yılında, apartman binası profesyonel idare hizmetleri ücretlerini belirleyen profesyonel apartman yöneticileri birliği²¹ hakkında verdiği kararında, asgari fiyat belirlemesinin belirli bir hizmet kalitesinin yakalanması açısından kaçınılmaz olduğu yönündeki savunmayı inandırıcı bulmayarak eylemi bir rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. Yine İtalyan Rekabet Otoritesi diş hekimleri meslek birliği hakkındaki bir başka kararında, uyulması zorunlu asgari ücret uygulamasının hizmet kalitesinin teminini sağlamakta etkili bir uygulama olamayacağına karar vermiş; ayrıca hizmetten yararlananların daha ucuz hizmet almalarının bu surette engellendiği hususunu vurgulamıştır. Yine bu kararında Otorite, farklı meslek gruplarına ilişkin çeşitli bilginin tüketicilere ulaştırılmasının yerinde olduğunu ancak bu amaca yönelik olarak fiyatlarla ilgili bilginin bir nevi rehber niteliğinde birbirlerinden bağımsız şekilde toplanarak sunulmasının, profesyonel ücret tarifelerine kıyasla daha yararlı olacağını da belirtmiştir.

3.3. İNGİLTERE

İngiltere'de, rekabeti kısıtlayıcı eylemlerle ilgili temel hukuki düzenlemeler profesyonel hizmetlere uygulanmıyor olsa da, profesyonel meslek birliklerinin eylemleri tekellerle ilgili mevzuatın uygulama sahasına girmektedir (OECD 2000,170). 1970 yılında Tekeller ve Birleşmeler Komisyonu'nun (Monopolies and Mergers Commission) hazırladığı rapordan²² sonra 1970'lerde ve 80'lerde, bazı profesyonel hizmetlerde cereyan eden rekabet kısıtlamaları bu komisyona havale edilmiştir. Adı geçen komisyona 1970'li yıllarda, önemli sayılabilecek 11 rekabet kısıtlaması şikayeti ulaşmıştır. Yedi tanesi reklam yasakları, iki tanesi ücret tarifeleri ile ilgili olan bu şikayetlerden, avukatların

²¹ Bu çalışmada kabul edilmiş olan "profesyonel meslek" tanımlamasına göre "apartman yöneticiliği" esasen profesyonel meslek olarak kabul edilmemektedir. Konunun örnek verilme nedeni, İtalyan rekabet otoritesinin "hizmet kalitesinin artması" mazeretini ücret tespiti açısından geçerli kabul etmemesini hatırlatmak maksadıdır.

²² *A Report on the General Effects on the Public Interest of Certain Restrictive Practices so far as They Prevail in the Supply of Professional Services*, Ekim 1970.

reklam yasakları ile ilgili olanlar hariç olmak üzere tamamında komisyon, kısıtlamaların kamu yararı aleyhine sonuçlar doğurduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, söz konusu kısıtlamaların çoğunluğu yasal olarak yetkili otoriteler tarafından alınmış kararların sonuçlarıdır. Tavsiye niteliğinde kararlar almak ve ilgili bakanlığa öneriler götürmekten başka yetkisi bulunmayan komisyonun çabaları sonucunda, kamu yararına aykırı sayılan kısıtlamalarda, bilhassa zorunlu ücret tarifeleri gibi uygulamalarda liberalizasyon süreci başlamış; günümüz İngiltere’indeki profesyonel hizmetlerde reklam yapma ve serbestçe fiyat politikası belirleyebilme gibi özgürlüklerin temeli atılmıştır. Son on beş yılda İngiltere’de gerçekleştirilen serbestleştirme çalışmaları sonucunda; tıp, hukuk ve mühendislik hizmetlerindeki “kalkanlar” ortadan kaldırılmıştır (Dingwall 1999,1).

Office of Fair Trading (OFT) başkanı, rekabet hukukunun diğer pazarlara uygulandığı gibi profesyonel hizmetler pazarındaki bütün faaliyetlere de uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Son yıllarda İngiltere rekabet hukukunda bu konuda gelişmeler olmasına rağmen yine de bazı profesyonel kurallar açısından muafiyetler devam etmektedir.

Mart 2000’de tamamen yürürlüğe giren 1998 tarihli yeni Rekabet Kanunu, 1976 tarihli Rekabeti Kısıtlayıcı Ticari Davranışlar Kanunu’nun, 1976 tarihli Yeniden Satış Fiyatları Kanunu’nun ve 1980 tarihli Rekabet Kanunu’nun yerini almıştır. Yeni kanun iki temel bölümden oluşmaktadır: Birinci bölüm, amacı veya etkisi bakımından rekabeti önleyen, kısıtlayan veya ortadan kaldıran teşebbüsler arası anlaşmaları düzenlemektedir. Birinci bölümdeki rekabet kuralları kural olarak profesyonel mesleklere de uygulanacaktır. Ancak, bazı istisnai profesyonel hizmetler yasanın uygulanmasından muafır. İsimleri kanunun ekinde yer alan Tablo-4’te açıkça sayılmış olan 18 profesyonel hizmet kategorisi, 1976 tarihli Rekabeti Kısıtlayıcı Ticari Davranışlar Kanunu’nda olduğu gibi 1998 tarihli yeni Rekabet Kanunu’nda da rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmuştur. Yasaya göre Tablo-4 muhteviyatı ikincil mevzuat ile değiştirilebilmektedir.

3.3.1. Ücret Tarifeleri

OFT’ye göre tavsiye niteliğinde olsa bile ücret tarifeleri, tüketicilerin zararına olarak profesyonellerin gelirini artırmaya hizmet etmektedir. Buna karşı profesyonel meslek birlikleri ise, potansiyel tüketicileri hedef alan tavsiye niteliğindeki ücret tarifeleri sayesinde, hizmetlerin çok pahalı olduğunu düşündüğü için hizmetten yararlanmayan tüketicilerin bilgi sahibi olduğunu ve bu sayede hizmetten yararlananların arttığını öne sürmektedir.

1994 yılında Tekeller ve Birleşmeler Komisyonu (Monopolies and Mergers Commission), özel tıp hizmetlerine ilişkin ücretlerle ilgili bir rapor²³ yayınlamıştır. Komisyon, İngiliz Tıp Birliği (British Medical Association) tarafından hazırlanan tavsiye fiyat listelerini kamu yararına aykırı bularak eylemi yasaklamıştır.

3.3.2. Reklam

1988 yılında Tekeller ve Birleşmeler Komisyonu; mühendislik ve tıp hizmetleri hakkında incelemeler yaparak raporlar hazırlamıştır (OECD 2000,172). Raporlarda, aldatıcı reklama karşı gereken önlemler saklı kalmak üzere reklama ilişkin mesleki düzenlemelerin serbestleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. 1996 yılında İngiltere'deki avukatların yaklaşık % 60'ının, sundukları hizmetlerin reklamını yaptıkları ortaya çıkmıştır. Buna rağmen sunulan hizmetin kalitesinde düşüş yaşanmadığı OFT tarafından tespit edilmiştir.

İngiltere'de profesyonel hizmet sektörlerinin çoğu, on yıl öncesine nazaran rekabetçi pazar yapısına doğru çok önemli adımlar atmıştır. Bu olumlu gelişmede OFT'nin önemli payı bulunmaktadır.

BÖLÜM 4

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMALARI

²³ Monopolies and Mergers Commission, *Private Medical Services: a report on agreements and practices relating to the charges for the supply of private medical services by NHS consultants*, Cm 2452, Şubat 1994

Federal Trade Commission (FTC) uzmanları tarafından 1990 yılında hazırlanan bir rapora²⁴ göre, mesleki düzenlemeler çoğunlukla fiyat artışlarına yol açmakta ve hizmet kalitesinde bir artışa neden olmaksızın tüketicilere büyük maliyetler yüklemektedir. Rapora göre her regülasyon önerisinin fayda-zarar analizi *case by case* ele alınmalıdır.

Amerika’da profesyonel mesleklerin düzenlenmesi, eyalet hükümetlerince yapılan lisansa ilişkin kanunlar ve faaliyete ilişkin tali düzenlemelerle gerçekleştirilmektedir. Bunun yanısıra profesyonel meslek birlikleri tarafından, faaliyetle ilgili olarak, tavsiye niteliğinde etik kuralları hazırlanmaktadır.

Amerika’da, bir dönüm noktası olarak nitelendirilebilecek olan *Goldfarb v. Virginia State Bar*²⁵ kararından itibaren antitrust hukuku profesyonel hizmetlere uygulanmaktadır. Goldfarb kararında Yüksek Mahkeme, Sherman Kanunu’nda profesyonel hizmetler için hiçbir muafiyetin yer almadığını ilan etmiştir. Bu davada “öğrenilmiş profesyonel hizmetlerin” de antitrust hukuku kapsamında sorumluluklarına gidilebileceğinin vurgulanmasından sonra; örneğin, sağlık sektöründe, o tarihe kadar olan Sherman Kanunu uygulamasında görülenden çok daha fazla sayıda antitrust davası açılmıştır (Bolze ve Pennak 1994,225).

1978 yılındaki *National Society of Professional Engineers v. United States*²⁶ davasında Yüksek Mahkeme, Goldfarb kuralını birkez daha tekrarlamıştır. Olayda, ilgili meslek birliği, mühendislerin fiyat rekabeti etmemelerini öngören bir etik kural benimsemiştir. Birliğin, “fiyat rekabetinin maliyeti düşürmeye sevkedeceği, neticede düşük kalitede hatta tehlikeli yapıların ortaya çıkabileceği” yönündeki savunması Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Yüksek Mahkeme, *FTC v. Indiana Federation of Dentists*²⁷ kararında da aynı sonuca ulaşmıştır. 1982 yılındaki *Arizona v. Maricopa Medical Society*²⁸ kararında Yüksek Mahkeme, tıbbi hizmetler için azami fiyat tarifesi belirlenmesinin *per se* illegal olduğuna hükmetmiştir.

Amerika’da profesyonel hizmetlere yönelik regülasyon yetkisi eyalet hükümetlerinde olduğundan, profesyonel hizmetler ile ilgili pek çok davada “*State Action*” savunması ileri sürülmüştür. Örneğin, *Bates v. State Bar of Arizona*²⁹ davasında Yüksek Mahkeme, Arizona eyaletindeki avukatların reklam yapmalarının yasaklanmasının, bu mesleği regüle etme yetkisine sahip olan Arizona Yüksek Mahkemesi’nin tasarruflarının bir sonucu olması nedeniyle

²⁴ Cox ve Foster, The Costs and Benefits of Occupational Regulation, FTC Bureau of Economics Staff Report, Ekim 1990

²⁵ 421 U.S. 773 (1975)

²⁶ 435 U.S. 679 (1978)

²⁷ 476 U.S. 447 (1986)

²⁸ 457 U.S. 332 (1982)

²⁹ 433 U.S. 350 (1977)

Sherman Kanunu'nun uygulanmasından muaf olduğunu açıklamıştır. Bu davada *State Action* doktrini kabul eden Mahkeme, hatırlanacağı üzere *Goldfarb* davasında aynı doktrini kabul etmemiş, Virginia barosunun azami ücret tarifesi belirleme yetkisinin olmaması nedeniyle yapılan düzenlemeyi state action saymadığını açıklamıştır.

Benzer bir dava da *U.S. v. Texas State Board of Public Accountancy* davasıdır. Adı geçen meslek birliği, mesleki faaliyetlerin regüle edilmesi konusunda devlet tarafından yetkilendirilmiştir. Bu davada hem bölge mahkemesi hem de temyiz mahkemesi; ilgili meslek birliğinin, üyelerini fiyat rekabetine girmekten men eden bir karar almasını birliğin yetki kapsamı dışında değerlendirerek *State Action* savunmasını reddetmiştir.

Bu özet girişten sonra takip eden bölümde, örnek bazı davaların da yardımı ile antitrust kurallarının profesyonel mesleklere uygulanış yöntemlerine ve "*State Action*" doktrinine açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

4.1. BİR DÖNÜM NOKTASI: GOLDFARB KARARI

Amerikan antitrust hukukunun profesyonel mesleklere uygulanmasının dönüm noktası, Yüksek Mahkeme'nin 1975 tarihli *Goldfarb v. Virginia State Bar* kararı olmuştur. Bu davada Yüksek Mahkeme, eyalet barosu tarafından hazırlanan ve uygulanması zorunlu tutulan ücret tarifesinin, "*State Action*" doktrini kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan, tamamen özel hukuk kişisi uygulaması olduğuna hükmederek rekabete aykırı bulmuştur.

Olay, 1971 yılında Goldfarb ailesinin Fairfax County, Virginia'da bir ev satın alması ile başlamaktadır. İpotek yaptırabilmek için sigorta yaptırmak zorunda olan aile, sigorta ile ilgili hukuki işlemler için bir avukatla görüşürler. Avukatın, hizmetinin karşılığı olarak gayrimenkul değerinin % 1' i oranında ücret talep edeceğini öğrenen Goldfarblar başka avukatlarla görüşmeye karar verirler. Otuz altı avukattan aynı cevabı alan aile, bunun Fairfax Barosu'nun üyelerine, Virginia Eyalet Barosu tarafından hazırlanan ücret tarifesinde ilgili hizmet karşılığı olarak belirlediği % 1 oranını "tavsiye" etmiş olmasından kaynaklandığını öğrenmiştir. Virginia Eyalet Barosu 1962 yılında tavsiye niteliğinde bir asgari ücret tarifesi yayınlamış, 1969 yılında ise tarifeyi yeniden gözden geçirerek ücretleri biraz daha yükseltmiştir.

Önerdiği ücretlerin uygulanmasını temin etmek maksadıyla Baro, yayınlanmış listedeki ücretlerden daha düşük ücretlerle iş kabul eden avukat hakkında, etiğe aykırı davranış gerekçesiyle soruşturma başlatılacağını duyurmuştur. Virginia Yüksek Mahkemesi kurallarına göre eyalette avukatlık yapmak isteyen hukukçular, Virginia Barosu'nun "ahlaklı" üyeleri olmak zorundadırlar (Waldman ve Jensen 1998,219).

Baronun söz konusu uygulamasının Sherman Kanunu'nu ihlal ettiğine inanan Bay Goldfarb, Eyalet Barosu aleyhine dava açmıştır. Baro, ücret tarifesinin tavsiye niteliğinde olduğunu ve herhangi bir müeyyideye bağlanmadığını ileri sürmüştür. Federal Yüksek Mahkeme 0'a karşı 8 oyla Goldfarb lehine karara varmıştır. Mahkeme, dava konusu olayda, gerçek anlamda tavsiye niteliğinde olan bir tarifenin söz konusu olduğunda gerçekleşmesi beklenen durumdan oldukça farklı bir tablo ile karşılaşıldığını belirtmiştir. Olayda, davalının uygulaması sonucunda katı ve kesin bir ücret tabanı oluşmuştur; soruşturma geçirmekten korkan bütün avukatlar tarifeyi harfiyen uygulamış, hiçbiri kendi bireysel ücretlerini ne ölçüde belirleyebileceği konusunda açıklama bile istememiştir.

Goldfarb davası, hukuk sektöründe ücret tarifesi belirlenmesini yasadışı ilan etmiştir. Bu davadan önce, profesyonel mesleklerde amacın kar etmekten ziyade toplumsal ihtiyaçların karşılanması olduğu düşüncesiyle doktorların, avukatların, mühendislerin ve diğer profesyonel meslek faaliyetlerinin Sherman Kanunu anlamında "ticari" sayılmayacağı gerekçesiyle kanunun kapsamı dışında oldukları düşünülmüştür (Viscusi, Vernon ve Harrington 2000,129). Bu davadan sonra hem FTC hem de Adalet Bakanlığı'nın (DOJ) Antitrust Departmanı, profesyonel hizmetlere ilişkin mesleki düzenlemelerden, fiyatların artmasına ve kalitenin düşmesine neden olacak nitelikte olanlara karşı mücadeleye başlamıştır. Bu mücadele, *State Action* doktrininin sınırlarını aşan kamusal düzenlemeleri de hedef almıştır.

4.2. "STATE ACTION" DOKTRİNİ³⁰

State Action doktrini dilimize "kamusal müdahale doktrini" şeklinde çevrilebilir. Ancak, tanımı ve unsurlarının yeterince açıklanmasına özen gösterilmek şartıyla bu çalışmada kavram orjinal haliyle kullanılacaktır. Bir devlet düzenlemesinden kaynağını alan belirli bir kısıtlama, belli şartlar altında *State Action* doktrini çerçevesinde antitrust hukukunun uygulanmasından muaf tutulabilir (Sullivan ve Hovenkamp 1999,1033). *State Action* doktrini, "rekabet kurallarının, daha üstün tutulan bir amaç uğruna devlet eliyle yapılan veya devletin teşviki veya zorlamasıyla özel kişilerce gerçekleştirilen rekabet ihlallerine uygulanmaması" şeklinde özetlenebilir. Yasama organının rekabeti kısıtlayan kararları zaten otomatik olarak rekabet kurallarından muaftır. Rekabete aykırı uygulamanın arkasında bir kamu kurumu, yerel hükümet veya özel hukuk kişisi olduğu takdirde, rekabeti feda etmek pahasına tercih edildiği açıkça ifade edilmiş bir devlet politikasının varlığı aranır.

³⁰ İlk kez *Parker* davasında ortaya çıkması nedeniyle kimi yazarlarca "Parker bağışıklığı" şeklinde de kullanılmaktadır.

Eyalet hukuku ile federal hukuk arasındaki ilişkinin incelenmesi bu çalışmanın boyutunu aşacağından, yalnızca konu ile ilgili boyutuna özet olarak değinilecek ve federal hukukun eyalet hukukuna öncelik tanıdığı durumlara veya eyalet hukukunun federal Anayasa'ya veya federal kanunlara aykırı olması gerekçesiyle geçersiz sayılacağı durumlara örnekler verilecektir. Eyalet yasalarının federal yasalar tarafından geçersiz sayılmadığı durumlarda, 1943 yılında *Parker v. Brown*³¹ davası ile ortaya çıkan *State Action* doktrini, kamu kurumları veya özel kişilerce gerçekleştirilen rekabeti kısıtlayıcı bazı işlem ve eylemlere rekabet kurallarının uygulanmasından muafiyet kazandıracaktır (Areeda ve Kaplow 1997,122).

En azından iki alanda eyalet hukukunun uygulamada önceliği vardır. “Anayasa'nın 21. Tashihi” (21. Amendment), alkollü içkiler ticaretine ilişkin düzenlemelerde eyaletlere geniş yetkiler tanımıştır. Ancak bu yetkiler, eyalet yetkililerinin denetimi (supervision) olmaksızın üçüncü kişilerin fiyat belirlemelerine izin verilmesini mümkün kılmamaktadır³² (Areeda ve Kaplow 1997,123). İkinci alan olan sigorta sektöründe, bir federal kanun ile muafiyet tanınmıştır. *United States v. South-Eastern Underwriters Assn.*³³ davasında sigorta sektörünün eyaletler arası ticaretle yakından ilgili olması hasebiyle antitrust hukukuna tabi olduğunun tespit edilmesinden sonra çıkarılmış olan kanuna göre; Sherman Kanunu, Clayton Kanunu ve Federal Trade Commission Kanunu sigorta sektörüne, eyalet kanunlarında sektörle ilgili düzenlemenin bulunmadığı ölçüde uygulanacaktır.

4.2.1. Rekabet Kurallarının Öncelikli Uygulanması

Areeda ve Kaplow (1997,126)'a göre, eyalet kanunlarınca üçüncü kişilere, yetkili eyalet otoritesinin süpervizyonu olmaksızın fiyat belirleyebilme konusunda verilmiş yetki, *State Action* doktrininin sağladığı muafiyetten yararlanamaz. “Bir eyalet, Kongre'nin iradesi hilafına üçüncü bir kişiye, eyaletler arası ticareti etkileme gücü veremez”.³⁴ Bu gücü sağlayan eyalet yasama işlemi de geçersizdir.³⁵

*Rice*³⁶ kararında Yüksek Mahkeme, likör toptancılarını belirli bir markanın üreticisinden izin almaksızın o markanın satışını yapmaktan alıkoyarak, üreticiye markasının satışını gerçekleştiren toptancıların sayısını ve kimliğini kontrol edebilme gücü veren eyalet yasasının geçerliliğini tartışarak;

³¹ 317 US 341 (1943).

³² bkz. *Midcal*, 445 US 97 (1980).

³³ 322 US 533 (1944)

³⁴ *Northern Sec.Co. v. United States*, 193 US 197,346 (1904).

³⁵ *Midcal*, dipnot 34

³⁶ *Rice v. Norman Williams Co.*, 458 US 654 (1982).

rekabetin kısıtlanmasına neden olduğu hallerde **rekabet kurallarının uygulama önceliği** olduğunu, böyle durumlarda bir muafiyetten söz edilemeyeceğini vurgulamıştır.

Daha eski bir dava olan *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum* davasında, şarap satıcılarının yeniden satış fiyatlarının sağlayıcılar tarafından belirleneceğini öngören California eyaleti kanunu tartışma konusu olmuştur. Davada taraflardan hiçbiri kusurlu değildir, zira ortada teşebbüsler arası bir fiyat anlaşması bulunmamaktadır. Ne var ki, eyalet uygulaması tıpkı bir fiyat anlaşmasının doğuracağı gibi etkiler doğurmuştur. Yüksek Mahkeme, eyalet kanununun federal antitrust hukuku tarafından devre dışı bırakıldığını belirterek, eyalet yetkililerine uygulamaya son vermelerini emretmiştir.

4.2.2. State Action Doktrininin Unsurları

Midcal kararından çıkarılan sonuca göre şayet (1)daha üstün bir kamusal menfaat uğruna rekabetin kısıtlanmasının bir devlet politikası olarak tercih edildiği açıkça ifade edilmiş olursa (**clearly articulated purpose to displace competition**) ve (2)uygulamadan üçüncü kişi lehine doğan güç kamu otoritesi tarafından gözetim ve denetim altında tutulursa (**adequate state supervision**), aslında *per se* hukuka aykırı olmasına rağmen, sağlayıcı ile yeniden satıcı arasında yeniden satış fiyatının tespitine dair vuku bulacak bir anlaşma bile *State Action* doktrini sayesinde rekabet kurallarının uygulamasından muaf olacaktır. O halde *State Action* bağışıklığının unsurlarına, örnek davaların yardımıyla daha yakından bakılmasında yarar görülmektedir.

4.2.2.1. Açıkça İfade Edilmiş Daha Üstün Bir Çıkar Uğruna Rekabetin Feda Edilmesi (Clearly Articulated Purpose to Displace Competition)

Parker davasında, antitrust kanunlarının yasa koyucuların veya kamu otoritelerinin hareketlerini hedef almadığı; özel hukuk kişilerinin hareketlerini hedef aldığı ifade edilmiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999,1034). Dava California eyaletinin üzüm fiyatlarını (yüksek bir düzeyde) belirlemesine karşı açılmıştır. Eyalet, dava konusu eylemi üreticilerden gelen yoğun talepler doğrultusunda gerçekleştirmiştir. Eylemin sonuçları ve ciddiyeti hakkında fikir sahibi olmayı kolaylaştırması bakımından şu bilgiler göz önünde bulundurulmalıdır: Dünya üzüm üretiminin yarısı California'da üretilmekte ve bu üretimin çoğu ABD'de tüketilmektedir. Areeda ve Kaplow (1997)'a göre, böyle bir durumda Kongre'nin anayasal yetkilerine dayanarak ve eyaletler arası ticaret üzerindeki açık olumsuz etkiyi gerekçe göstererek, dava konusu eyalet düzenlemelerini geçersiz ilan etmesi beklenebilirdi. Ne var ki Yüksek Mahkeme; California düzenlemelerini, Federal Tarım Bakanlığı'na benzer düzenlemeler

yapma yetkisi veren “Tarımsal Ayarlamalar Kanunu” ile tayin edilen milli tarım politikası ile uyumlu bularak, eyalet tarafından yapılan işin yalnızca federal düzenlemeler ile eyalet tarım politikası arasında gerçekleştirilen bir “harmonizasyon” olduğuna hükmetmiştir.

Goldfarb davasının, hukuk hizmetlerine ilişkin ücretlerin eyalet barosu tarafından tespit edilmesi ile ilgili olduğuna yukarıda değinilmişti. Bu davada Yüksek Mahkeme, *State Action* bağışıklığını reddederek, kısıtlamayı Sherman Kanunu kapsamında değerlendirmiştir. *State Action* bağışıklığından söz edilebilmesi bakımından, ihlale neden olan eylemin yasal bir düzenleme ile zorunlu kılınması gerektiğini vurgulayan (Sullivan ve Hovenkamp 1999,1034) Yüksek Mahkeme’nin yorumuna göre Virginia eyalet mahkemesinin; eyalet barosunu ücret tarifesi belirlemeye zorlamış olmaması, bu yönde bir talepte bulunmaması (clear articulation unsurunun eksikliği) nedeniyle gerçek anlamda bir “state action” mevcut değildir.

4.2.2.2. Yeterli Kamusal Denetim ve Gözetim (Adequate State Supervision)

*FTC v. Ticor Title Insurance Co.*³⁷ davasında Yüksek Mahkeme, kamusal denetim ve gözetim (state supervision) unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle, eyalet sigorta ofisleriyle *Ticor Title* arasında aktedilen sigorta poliçelerinde fiyat tespitinin antitrust hukukundan bağışık olmadığına hükmetmiştir. Olayda bazı eyaletler, eyalet sigorta ofislerince belirli bir süre içinde reddedilmediği takdirde, belirlenen oranların geçerli olacağını öngören “negative option” kuralını tesis etmişlerdir. Yüksek Mahkeme, eyalet sigorta ofislerinin, oranları çoğu zaman hiç incelemediklerini de dikkate alarak, idarenin hareketsiz ve sessiz kalmasının **aktif** kamusal denetim ve gözetim unsurunun gerçekleşmesi için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Sullivan ve Hovenkamp (1999,1034), *State Action* bağışıklığının unsurlarını (i) rekabetin feda edildiğinin açıkça ifade edilmesi (clear articulation) (ii) kamu yetkilendirmesi (state authorization), (iii) aktif denetim ve gözetim (active supervision) şeklinde üçe ayırmaktadır.

Avukatların reklam yapmalarını yasaklayan bir eyalet yüksek mahkemesi kuralı ile ilgili olan *Bates* davasında, yasağın Sherman Kanunu’nu ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Arizona eyaletinde faaliyette bulunan iki avukat olan Bates ve O’steen 1974 yılında; anlaşmalı boşanma, evlat edinme, isim değişikliği vb gibi basit hukuki konularda düşük ücretlerle hizmet vermek üzere Phoneix’te, adını “hukuk kliniği” koydukları bir hukuk bürosu açmışlardır. İki yıl boyunca eyalet barosunun reklam yasağına riayet eden ve bu sürede iflasın eşiğine gelen Bates ve O’steen, 22 Şubat 1976 tarihinde Arizona Republic gazetesine bir ilan

³⁷ 504 US 621 (1992).

vermişlerdir. İlan sayesinde işleri açılan ikili, eyalet barosunun disiplin soruşturması açmasından kurtulamamışlardır. Meslekten uzaklaştırma cezası alan Bates ve O'steen, karar aleyhine yargı yoluna başvurarak, reklam yasağının Sherman Kanunu'nu ve Federal Anayasa'nın I.Tashihi'nin (First Amendment) "ifade özgürlüğü" hükümlerini ihlal ettiğini öne sürmüşlerdir. Buna karşı eyalet barosu aşağıdaki savunma noktalarını dile getirmiştir:

- Ücret reklamı yapılması, hukuk mesleğinin aşırı derecede ticarileşmesine neden olarak, avukatlığın vakarına ve kutsallığına gölge düşürecek.
- Ücret ile kalite arasındaki ilişki göz önüne alındığında, düşük ücretlerin reklamı, kaçınılmaz olarak yanıltıcı olacaktır. Düşük ücretlerle hizmet sunan avukatlar, aldığı ücrete uygun olacak şekilde işin kalitesini düşürmektedir.
- Reklam, hukuki hizmetlere olan talebi kamçılayacak, sonuçta yargının yükü aşırı derecede ve gereksiz yere artacaktır.
- Reklam maliyeti tüketiciye yansıtılacak, bu yüzden zaman içinde ücretler artacaktır.

Bu argümanların tamamını reddeden Yüksek Mahkeme, eyalet yüksek mahkemesinin regülasyonundan kaynağını alan, baronun reklam yasağı uygulamasının Sherman Kanunu'nu ihlal etmemekle birlikte, Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir (Waldman ve Jensen 1998,493). Reklam yasağının uygulanması noktasında baronun rolü bulunmasına karşın, bu rol tamamen eyalet yüksek mahkemesi tarafından belirlenmiş, reklam yasağı bizzat mahkeme tarafından konmuştur. Bunu yaparken politikasını ve yasağın gerekçesini **açıkça ifade eden** eyalet mahkemesi, avukatlık mesleğinde reklamın yasaklanmasındaki kamu yararını açıkça dile getirmiştir. Bununla da yetinmeyen eyalet mahkemesi, koyduğu yasağın uygulanmasını **aktif olarak denetlemiştir** (Areeda ve Kaplow 1997,130). O halde bu davada *State Action* doktrininin her iki unsurunun da bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

4.2.2.3. Kamu İdarelerinin State Action Doktrini Karşısındaki Durumu

Son olarak kamu kurumlarının rekabeti kısıtlayan eylemlerinin *State Action* doktrini karşısındaki durumuna göz atılmasında yarar görülmektedir. Başta belediyeler olmak üzere kamu kurum ve idarelerinin federal antitrust kanunları kapsamında soruşturulması ve hatta suçlu bulunması artan bir sıklıkla görülmektedir. Kamu kurum ve idareleri Parker bağımsızlığından otomatik olarak yararlanamazlar. *Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*³⁸ davasında Yüksek

³⁸ 435 US 389 (1978).

Mahkeme, bir belediyenin yerel elektrik dağıtım sistemi ile ilgili rekabete aykırı davranışının, bir devlet politikası doğrultusunda devlet tarafından yönlendirilmediği takdirde rekabet kanunları kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. *Lafayette* davasında ilk olarak, belediyelerin kendi kendilerine rekabeti kısıtlama otoritesi tanıyıp tanıyamayacakları tartışılmıştır; sonuçta bu otoritenin belediyelere ancak devlet tarafından verilmesi halinde “clear articulation” unsurunun varlığından söz edilebileceğine karar verilmiştir (Sullivan ve Hovenkamp 1999,1039). Yüksek Mahkeme’ye göre eyalet anayasalarında bulunan ve belediyelere diledikleri gibi hareket etmek konusunda genel yetki veren temel hükümler, antitrust kanunlarından otomatik bağışıklık sağlamamaktadır.³⁹

4.3. REKLAMA VE AKTİF PAZARLAMAYA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Gerek özel hukuk kişisi olan meslek birlikleri gerekse resmi kurullar, tüketicileri aldatıcı davranışları kolaylaştırdığı gerekçesiyle profesyonel hizmetlerde reklamı ve hizmetin pazarlanmasına yönelik aktif davranışları geleneksel olarak yasaklamışlardır. Yanıltıcı olmayan reklamın yasaklanması ile ilgili olarak FTC’nin mücadele ettiği önemli davaların çoğu sağlık sektörü ile ilgili olmuştur. *American Medical Association (AMA)* davasında⁴⁰ FTC, *AMA*’nın etik kuralları yolu ile aldatıcı olmayan reklamlar dahil bütün reklam çeşitlerini ve tıbbi hizmetlerin aktif olarak pazarlanmasına yönelik faaliyetleri yasakladığını belirleyerek *AMA*’ya bu tür davranışlara son vermesini emretmiştir. *AMA* ile ilgili daha eski bir davada mahkeme, bir özel hukuk kişinin, sırf kamu yararına uygun olduğunu düşünerek rekabeti kısıtlama yetkisinin bulunmadığını ifade etmiştir (Lerner 1994,206).

AMA kararından sonraki on yılda Komisyon, aralarında dış hekimleri ve doktorların da bulunduğu pek çok meslek grubunda, genellikle mesleki etik kuralları yoluyla aldatıcı olmayan reklamın yasaklanması olayları ile mücadele etmiştir. Bunların bazılarında, resmi kurullar tarafından gerçekleştirilen ve *State Action* korumasının dışında kalan rekabet kısıtlamaları ortaya çıkarılmış ve yasaklanmıştır.

1996 yılında FTC, *California Dental Association(CDA)* tarafından esasen aldatıcı reklamın önlenmesi amacıyla hazırlanmış olan etik kuralların, üyelerin aldatıcı olmayan reklam faaliyetlerini de yasaklayacak tarzda uygulandığını fark etmiştir. *CDA*’nın reklam yasakları fiyata, indirimlere, garantiye ve sunulan hizmet çeşitlerine ilişkin reklam yapılmasını

³⁹ Community Communications Co. v. City of Boulder, 455 US 40 (1982).

⁴⁰ 94 FTC 701(1979). Komisyon kararına karşı Temyiz Mahkemesi’ne başvurulmuş ve karar değiştirilerek onaylanmıştır: 638 F.2d 443(1980). Daha sonra dosya Yüksek Mahkeme’ye gitmiş ve 4’e karşı 4 oyla onaylanmıştır:455 US 676(1982)

yasaklamaktadır. Örneğin *CDA*, üyelerin hizmet ücretlerinin “düşük”, “makul”, “her keseye uygun” olduğunu duyurmalarını yasaklamış; para iadeli garantileri aldatici bulmuş, öğrencilere yapılan ücretsiz muayenelerin sonuçları ile birlikte dış hekiminin isim ve adresinin yayınlanmasını aktif pazarlama saymıştır. Komisyon, ücret reklamına ilişkin kısıtlamaları *per se* illegal sayarken diğer rekabet kısıtlamalarını kısıtlanmış bir *rule of reason* incelemesine tabi tutmuştur.⁴¹ *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*⁴² davasında da kısıtlanmış *rule of reason* analizine rastlamak mümkündür. Yüksek Mahkeme, yapılacak bir *rule of reason* analizinde, rekabeti kısıtlayan uygulamanın “gereklilik” (necessity) unsuru bulunmadığı ve uygulama tüketici yararına (consumer welfare) yol açmadığı takdirde; pazar gücüne ilişkin olarak davalının aleyhinde delil bulunmamasına rağmen, fiyatlar üzerinde etki doğurmuş olan işbirliği anlaşmalarının, *per se* yasak olan fiyat tespiti muamelesine tabi tutulacağını belirtmiştir (Horowitz 1984,215). O halde, anılan iki unsurun bulunması halinde bu davada *rule of reason* analizine devam edileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

CDA davasında Komisyon, kısıtlamaların hizmet arzını azalttığı ve tüketicilerin değerli bilgilere ulaşmalarının ve dış hekimlerinin rekabet etmelerinin önüne geçtiği gerekçeleriyle rekabetin önemli ölçüde olumsuz etkilendiğini; *CDA*'nın kısıtlamaları uygulamaya koyabilecek kadar Pazar payına sahip olduğunu ve kısıtlamaları haklı gösterebilecek bir tüketici yararının ortaya çıkmadığını ifade etmiştir.

CDA karara karşı Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi'nin 9. dairesi, *CDA*'nın ücret ve diğer konulardaki reklam ve aktif pazarlama yasaklarının, kısıtlanmış *rule of reason* analizi sonucunda hukuka aykırı bulunduğu FTC kararını onamıştır. Dosya Yüksek Mahkeme'ye intikal etmiştir.

4.4. FİYAT REKABETİNE İLİŞKİN KISITLAMALAR

Eski bir dava olan *National Society of Professional Engineers v. US*⁴³ davasında DOJ, mühendislik odasının üyeleri arasında fiyat rekabetini yasaklayan etik kuralını rekabete aykırı bulmuştur. İlgili etik kuralın, rekabet yüzünden kamu güvenliğini tehlikeye atacak projeler yapılması riskini ortadan kaldırmak amacıyla birlik üyeleri tarafından kabul edildiği yolundaki savunmayı kabul etmeyen bölge mahkemesinin kararı Yüksek Mahkeme tarafından da onanmıştır.

⁴¹ Kısıtlanmış *rule of reason* analizi, *per se* hukuka aykırı olmamakla birlikte yeteri kadar rekabete aykırı olduğu gerekçesiyle tam bir *rule of reason* incelemesini gerektirmeyen durumlarda uygulanmaktadır. ASLAN, “hızlı *rule of reason*” tabirini kullanmıştır. Bkz. Aslan (1999,sf.70).

⁴² 468 US 85 (1984).

⁴³ 435 US 679 (1978).

Bu davada, ilgili meslek birliğinin mühendislik hizmetlerine ilişkin ücretleri belirlediği veya nasıl belirleneceğine ilişkin esasları dikte ettiği şeklinde iddialar bulunmamaktadır. Davadaki temel iddia mühendisleri, herhangi bir tüketicici kendilerini belirli bir proje için seinceye kadar tüketicici ile ücret konusunda görüşmekten alıkoyan bir meslek birliği kuralının kabul edilmiş olmasındır. Bu kural, 1964 yılında kabul edilmiş olan “Etik Kuralları”nın 11(c) maddesinde düzenlenmiştir. Geleneksel uygulamaya göre müşteri mühendisi seçerken ücret yerine mühendisin imza attığı projeleri ve mühendisin şöhretini göz önünde bulundurmaktadır. Mühendis müşteri tarafından seçildikten sonra ücret konusunda önerilerini sunmakta; anlaşmaya varılmadığı takdirde müşteri, seçiminden vazgeçerek yeni bir mühendis arayışına girmektedir.

Meslek birliği savunmasında, etik kuralları ile belirlenen ilkelerin haklı ve yerinde olduğunu, zira mühendisler arasında vuku bulacak fiyat rekabetinin kamu yararına aykırı olduğunu öne srmştir. Mühendislik hizmetlerini daha düşük ücretler karşılığında sunmayı gerektiren rekabetçi baskıların, mühendislik hizmetlerinin kalitesini düşüreceği; kaliteli iş yapanlara karşı ucuza iş yapanların tercih edilmesinin, istenmeyen felaketlere yol açacağı ifade edilmiştir.

Fiyat rekabetini önleyen ilgili etik kuralın, mühendislik ücretlerine suni müdahale anlamına gelmesi nedeniyle Sherman Kanunu’nu ihlal ettiğini düşünen bölge mahkemesi, rekabetin sözü edildiği gibi olumsuz etkiler doğurup doğurmayacağını tartışma gereği duymamıştır.

1997 yılında Komisyon, Mesa County- Colorado’daki doktorların % 90’ ını bünyesinde barındıran *Mesa County Physicians Independent Practice* adlı meslek birliğinin rekabete aykırı eylemlerini incelemiştir. Birlik, sağlık sigortaları kapsamındaki sağlık hizmetleri için ücret tespit etmiş ve bu ücretlerin altında anlaşma yapmayı reddetmiştir. Bu eylem sonucunda ilgili hizmetlere ilişkin ücretlerde artış yaşandığı, ayrıca sağlık hizmetlerinin finansmanı ve sunuş yöntemlerine ilişkin yeniliklerin ortaya çıkmasında gecikmeye yol açıldığı ifade edilerek rekabete aykırı bulunmuştur. Bu karara karşı yargı yoluna başvurulmamıştır.

Birkaç yıl önce DOJ, yine doktorların yer aldığı rekabet ihlalleri ile ilgili üç soruşturma yrtmştir. Dosya konusu olaylarda “physician hospital organisation” (PHO) adı verilen, birden fazla hastaneyi ve çok sayıda doktoru bünyesinde barındıran oluşumlara rastlanmaktadır. Her üç olayda da doktorlar arasında, onların aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer aldığına dair finansal veya başka bulgulara rastlanmadığından, birlikte ücret belirlemeleri *per se*

rekabete aykırı olarak değerlendirilmiştir. Her üç dosya da anlaşma ile sonuçlanmış ve yargıya intikal etmemiştir.⁴⁴

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, rekabet hukukunun profesyonel mesleklere uygulanmasının önünü açan *Goldfarb* kararından bu yana, hem FTC hem de DOJ bu alanlardaki rekabete aykırı uygulamalara karşı gerek yasal yollara başvurarak gerekse öğretilici ve aydınlatıcı görevler üstlenerek aktif bir politika izlemişlerdir. Bu çabalar neticesinde söz konusu pazarların büyük ölçüde serbestleştiği gözlemlenmektedir.

BÖLÜM 5

PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİ ve AT REKABET HUKUKU

Bu bölümde öncelikle üye devletlerin rekabeti bozucu düzenlemelerine karşı Roma Antlaşması'nın hangi maddelerinin ne şekilde uygulandığı, örnek davaların yardımı ile anlatılacak; daha sonra ise profesyonel hizmetler pazarına ilişkin meselelerde hangi kuralların ne şekilde uygulama alanı bulduğu açıklanacaktır.

⁴⁴ ABD uygulamasında bazı dosyaların neden anlaşma ile sonuçlandığı konusunda bkz. ASLAN, *Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi*, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 74.

5.1. DEVLET REGÜLASYONU

Üye devletlerin rekabeti ihlal etmesinin tek yolu devlet yardımları değildir. Çoğu üye ülkede, milli ekonomi açısından büyük önem arz eden sektörlerde devlet tarafından müdahale edilmektedir (Rodger ve MacCulloch 1999,274). Üye devletlerin davranışlarına getirilen temel sınırlama, Antlaşma'nın 10. maddesinde (eski 5) düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin son cümlesi üye devletlere, Antlaşma ile hedeflenen amaçların gerçekleşmesine engel olacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü getirmektedir. Üye devletin davranışı ile rekabet yara aldığı anda, Komisyon bu yükümlülüğe riayet edilmesini sağlamak için, Antlaşma'nın 226. maddesinden (eski169) kaynaklanan yetkilerini kullanır. Üye devletin özel veya münhasır haklar (special or exclusive rights) tanıdığı teşebbüsler söz konusu olduğunda, Komisyon'un bu yetkisi md.86(86/1 ve 86/3 birlikte)'da (eski 90) daha vurgulu biçimde karşımıza çıkmaktadır.

Üye devletin, rekabeti etkileyen düzenlemeleri Antlaşma'da "measure" kelimesiyle ifade edilmektedir. Bu terim genel anlamda "hukuk" ve "düzenleme" kavramlarına karşılık gelmektedir.⁴⁵ Rekabet kurallarının devlet düzenlemelerine karşı ilk uygulamalarından biri *Inno v. ATAB*⁴⁶ vakasıdır. Bu davada ATAD özetle, rekabet kurallarının hedefinin milli yasama faaliyetleri değil, teşebbüslerin ekonomik faaliyetleri olduğunu kabul etmekle birlikte; Topluluk hukukunun herhangi bir hükmünün uygulanmasını engelleyecek veya o hükmün etkisiz hale gelmesine neden olacak davranışlardan, Antlaşma'nın 10. maddesi gereğince kaçınmak yükümlülüğünün tüm üye devletler açısından bulunduğunu belirtmiştir (Korah 1997,31).

Birkaç davada ATAD, üye devlet tarafından teşvik edilen özel kartellerle mücadele etmiştir. *BNIC v. Yves Aubert*⁴⁷ davası bunlardan biridir. BNIC tarafından hazırlanan fiyat tarifelerinin, bir bakanlık emri ile tüm ülkede uygulanır hale gelmesini inceleyen Mahkeme, Fransa'nın Antlaşma'dan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

*Van Eyke*⁴⁸ davasında ATAD, üye devletlerin kendi düzenleme yapma yetkilerini, bu yetkileri kamusal karakteri haiz olmaktan uzaklaştıracak şekilde özel teşebbüslere devrederek (delegation), onlara ekonomiyi etkileme gücü vermesinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir (Korah 1997,32). Bu durumdaki tehlike, kendi çıkarlarını düşünmek zorunda olan teşebbüslerin, sırtlarını devlet

⁴⁵ Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English,by A.S.Hornby,Oxford Univ.Press,1988,sf.527.

⁴⁶ Case 13/77 [1977] ECR 2115.

⁴⁷ Case 136/86 [1987] ECR 4789.

⁴⁸ Case 267/86 [1988] ECR 4769.

düzenlemesine dayayarak rekabete aykırı eylemlere girişebilmesidir (Rodger ve MacCulloch 1999,275).

R.A. m. 86, genellikle m.81 ve m.82 (eski 85 ve 86) ile birlikte işletilmektedir (Nicolaidis 1998,23). Rodger ve MacCulloch'a (1999,276) göre devlet düzenlemelerine karşı md.82 daha sık işletilmektedir. Madde genellikle, devlet tarafından özel veya münhasır haklar tanınan teşebbüslerle ilgili olan md.86(1) ile birlikte uygulanmaktadır. *Höffner/Elser*⁴⁹ kararında ATAD, bir kamu teşebbüsüne münhasır haklar tanınması konusunda; tanınan münhasır hakların, kaçınılmaz şekilde hakim durumun kötüye kullanılmasını da beraberinde getirecek olması halinde Antlaşma'nın 82. ve 86. maddelerini ihlal edeceğine hükmetmiştir.

Rodger ve MacCulloch'a (1999,278) göre Antlaşma'nın 86(3). maddesi⁵⁰, 86(1) ve (2)'ye aykırı üye devlet eylemlerine karşı Komisyon'a, ilgili devlete karar ve direktifler gönderme yetkisi vermektedir. Bu sayede Komisyon, m.226'da düzenlenen daha zor ve uzun prosedürden kurtulabilmektedir (m.226'ya göre Komisyon önce üye devlete gerekçeli görüşünü (reasoned opinion) göndermek, belirli bir süre üye devletin cevabını beklemek ve cevap gelmediği takdirde meseleyi Adalet Divanı'na götürmek yetkisine sahiptir). Komisyon'un m. 86'dan kaynaklanan böyle bir yetkisi bulunmadığına yönelik itirazlar yükselmişse de ATAD bu itirazları reddetmiştir.⁵¹

5.2. PROFESYONELLERİN DAVRANIŞLARINA UYGULANABİLECEK KURALLAR

Hatzopoulos (2000,52)'a göre, hizmetlerle ilgili AT kurallarının uygulanması gündeme geldiğinde, bunların birbirleri ile aynı anda, beraberce mi yoksa yalnızca ilgili olduğu belirlenen kuralların mı uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. Antlaşma'nın, hizmet sektörlerinde faaliyet gösteren özel ve tüzel kişilerin faaliyetlerini hedef alan bölümleri arasında; işçilerin serbest dolaşımı (free movement of workers), yerleşim hakkı (right of establishment) ve hizmetler (services) ile ilgili bölümler (chapter) yer almaktadır. Faaliyetlerin ekonomik boyutu olduğu sürece rekabet kurallarının da uygulama alanı bulacağı muhakkaktır.

⁴⁹ Case C-41/90 [1991] ECR I-1979.

⁵⁰ "Komisyon bu maddenin hükümlerinin uygulanmasını sağlar; gerekirse üye devletlere yönelik olarak uygun gördüğü yönergeleri ve kararları çıkarır" (Aslan 1998,7).

⁵¹ Bkz. Case 226/87, *Commission v. Greece* [1988] ECR 3611; Cases 188-190/80, *France v. Commission* [1982] ECR 2545.

5.2.1. Antlaşma'nın 81 ve 82. Maddeleri Kapsamında Profesyoneller Teşebbüs müdür?

Bu soruya verilecek cevap herşeyden önce rekabet hukukunun profesyonellere uygulanabilmesinin ön şartıdır. Profesyonel meslek erbabının teşebbüs olarak nitelendirilmeleri mümkün görülmektedir (Güzel 2001,70). ATAD'nın 81, 82 ve 86. maddeler bağlamında, teşebbüs kavramını oldukça geniş yorumladığı, bugün artık bilinen bir gerçektir. Kısaca, bağımsız karar vermek suretiyle ekonomik faaliyette bulunan her varlık –tüzel kişiliği bulunsun veya bulunmasın- teşebbüs tanımı kapsamına girmektedir (Aslan 2001). Bireyler, kar amacı gütmeyen oluşumlar, hatta devlet kuruluşları bile, ekonomik faaliyette buldukları takdirde teşebbüs sayılırlar (Nicolaidis 1998,5). Bu nedenle, *COAPI*⁵² davasında Komisyon'un, kendi başlarına çalışan profesyonel meslek erbabını teşebbüs olarak nitelemesi de yerinde bir değerlendirmedir.

5.2.2. Profesyonel Meslekler Açısından 81 ve 82. Maddeler Arasındaki Sınırlar

Bir bakış açısı profesyonel meslek birliklerini teşebbüs birliği olarak değerlendirebilirken (81.madde), bir başkası onları hakim durumdaki bir tek teşebbüs veya bir yasal tekel olarak değerlendirebilir (82.madde). *Tetra Pak I* kararında, bu iki maddenin genel bir ortak amaca⁵³ hizmet ettiklerini belirtmekle birlikte, iki maddenin farklı alanları düzenleyen iki hukuki enstrüman olduğunu ifade eden ATAD, her iki maddenin kümülatif uygulanmasına prensip itibariyle –çok istisnai durumlar haricinde⁵⁴- sıcak bakmamaktadır⁵⁵. *Ahmed Saeed* kararında ATAD, 81 ve 82'nin birlikte uygulanabileceğini belirtmiştir (Bellamy ve Child 1993,591). Bu nedenle profesyonel meslek birliklerinin hangi madde kapsamında ele alınması gerektiği tayin edilmelidir. Profesyonellerin rekabete aykırı davranışlarının bir yandan tekel gücünün bir sonucu olması; diğer yandan, meslek birliği aracılığı ile gerçekleşen bir işbirliğinin sonucu olması, meseleyi karmaşık bir hale sokmaktadır.

Hukuki açıdan, hem ATAD'nın hem de Komisyon'un, profesyonel meslek birlikleriyle ilgili meseleleri 81. madde kapsamında ele almaya açıkça meyilli oldukları söylenebilir. Bu temayüle en iyi örnekler, taraflardan birinin BNIC⁵⁶ (Bureau National Interprofessionel du Cognac) olduğu pek çok davada

⁵² COAPI O.J. L 122/37, Komisyon Kararı Tarihi: 30.01.1995

⁵³ “Ortak pazarda rekabetin bozulmadığı bir sistemin kurulması” R.A. m. 3 (g bendi), bkz. Bellamy-Child, *Common Market Law of Competition*, sf.590.

⁵⁴ Case 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV, (1989) ECR 803.

⁵⁵ Case 85/76, Hoffman la Roche/Commission, (1979) ECR 461

⁵⁶ Case 123/83, BNIC/Clair, (1985) ECR 391

görülebilmektedir. Bu davalardan birinde⁵⁷ Komisyon, bir birliğin, kendisine yasalarla birtakım görevler verilmiş olması veya üyelerinin hükümet tarafından atanmış olması gibi nedenlerle 81(1)'in kapsamı dışında düşünülmemeyeceğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Meseleleri 82. madde yerine 81. madde kapsamında ele almanın sağladığı avantaj, 81(3). madde tarafından sağlanan, konuya daha esnek yaklaşılabilme imkanının, diğer bir deyişle muafiyet enstrümanının bulunmasıdır.

5.2.3. Profesyonellerin Getireceği Muhtemel Savunma Noktaları

Profesyonel meslek birliklerinin karar ve eylemleri hakkında rekabet kurallarının işletileceği vakalarda profesyoneller tarafından getirilecek savunmaların hemen hemen hepsinde, kendilerinin yarı-kamusal statülerinden söz edilmesi ve aşağıdaki madde ve doktrinlerin kullanılması kuvvetle muhtemeldir:

- Madde 86(2): Profesyoneller bu maddeye dayanarak, genel ekonomik yarar ve kamu yararı sağlayan hizmetler ifa ettikleri göz önüne alındığında; rekabet kurallarının kendilerine ancak, onlara verilmiş bu görevin performansının azalmasına yol açmamak şartıyla uygulanabileceğini; görevlerin ifasının rekabeti kısıtlamadan mümkün olamadığı durumlarda ise rekabet kurallarından muaf olduklarını öne sürebilirler (Topçuoğlu 2001,53).⁵⁸
- Devlet zorlaması: Zorlamanın yasal dayanağı olması ve herhangi bir irade serbestisine yer bırakmaması şartıyla, Komisyon tarafından da kabul gören tek argüman devlet zorlamasıdır.⁵⁹
- Pazarın regüle edilmiş olması: Pazarın oldukça fazla oranda regüle edilmiş olduğu savunmasının başarılı olduğu tek dava *Suiker Unie v. Comission*⁶⁰ vakasıdır. Bu davada öne sürülen argüman ise ilgili pazarın, rekabete zaten meydan bırakmayacak ölçüde regüle edilmiş olmasıdır.

5.3. ÜYE DEVLETİN REKABETE AYKIRI DAVRANIŞLARINI HEDEF ALAN KURALLAR

Üye devletlerin, özel hukuk kişilerinin rekabete aykırı davranışlarını teşvik eden veya haklı gören davranışlarına karşı düzenlenmiş olan yasal temeller, Topluluk hukukunun hayli karışık ve tartışmalı bir alanıdır. Hukuki tartışmaların ardında yatan unsur ise “serbestleştirme” sorunu ve

⁵⁷ Komisyon Kararı AROW/BNIC, OJ (1982) L 379/1

⁵⁸ Bkz. Case C-127/73 BRT/Sabam, (1974) ECR 313. Bu davada Mahkeme, birlik faaliyetinin icrası bakımından rekabetin kısıtlanmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir.

⁵⁹ Bkz. Pabst and Richarz/BNIA hakkında Komisyon kararı, (1976) O.J. L 231/24

⁶⁰ Case C-40/73 [1975] ECR 1663

serbestleştirmeyi Topluluk'ta kimin yapması gerektiğidir. Bu tezin konusu olmaması nedeniyle bu tartışmaya girilmeyecek; yalnızca konuyla ilgili olduğu ölçüde, üye devletlerin rekabete aykırı davranışları ile mücadelede kullanılacak enstrümanlara ve bunlara karşı getirilebilecek savunma enstrümanlarına kısaca yer verilecektir:

- AT Antlaşması'nın 3(g) (eski 3(f)) maddesine göre Topluluğun en önemli görevlerinden biri ortak pazarda rekabetin bozulmayacağı bir sistemin kurulmasıdır (Topçuoğlu 2001,51). Madde 3(g), 10 (eski 5) ve 81 birlikte değerlendirildiğinde; profesyonellerin rekabete aykırı davranışlarını veya yasadışı anlaşmalarını teşvik veya te'kid eden üye devlet, AT hukukunu ihlal etmiş olacaktır.
- Madde 86(1) ve 81 birlikte değerlendirildiğinde; üye devletler, profesyonellere özel haklar tanıyacakları zaman, hiçbir üye devletin madde 81'e aykırı herhangi bir önlemi yasalaştıramayacağı veya madde 81'e aykırı, mevcut bir hukuki düzenlemeyi muhafaza edemeyeceği unutulmamalıdır.
- Madde 86(3): Komisyon, madde 86(1)'in uygulanmasını temin etmek amacıyla gerekli gördüğü karar⁶¹ ve direktifleri üye devletlere gönderecektir.

Rekabet kuralları karşısında, madde 86(2)'nin tek muhtemel savunma enstrümanı olduğu düşünülmektedir. Fıkraya göre, genel ekonomik menfaatlere yönelik sektörler de rekabet kurallarına uymakla yükümlüdür. Ancak, rekabet kurallarına uymanın, sektörün doğası ve amaçlanan menfaatlerin gerçekleşemeyecek olması nedeniyle imkansız olması halinde, ilgili teşebbüsler rekabet kurallarının uygulanmasından muaf olabilmektedirler (Korah 1997b,6). Muafiyetten söz edebilmek için; ilgili hizmete rekabet kuralları uygulandığında hizmet yerine getirilememeli, hizmet teşebbüse yasa ile verilmiş olmalı, rekabetin kısıtlanması amaçlara ulaşmak için gerekli olandan öteye gitmemeli (oransallık) ve genel anlamda Topluluk menfaatlerine aykırı faaliyetler olmamalıdır.

5.4. PROFESYONEL MESLEKLER AÇISINDAN MADDE 81'İN YAPISI

Bu kısımda profesyonel mesleklerin 81. madde kapsamında nasıl değerlendirildiği ele alınacaktır.

⁶¹ Örneğin, Greek Public Property Insurance hakkında Komisyon kararı, O.J. (1985) L 152/25

5.4.1. “Teşebbüsler Arası Anlaşma” ve “Teşebbüs Birliği Kararı” Kavramları

Komisyon’un, serbest çalışan profesyonelleri Antlaşma’nın 81. maddesi anlamında teşebbüs olarak, profesyonel meslek birliğini ise teşebbüs birliği olarak değerlendirdiğine yukarıda değinilmiştir.

Meselenin bir başka boyutu ise, profesyonellere hükmeden kuralların “teşebbüsler arası bir anlaşma” mı yoksa “bir teşebbüs birliği kararı” mı olduğudur. Komisyon, evvelce andığımız ve aşağıda (5)’de özel olarak ele alacağımız *Coapi* davasında şu ayrımı yaparak tatmin edici bir çözüm bulmuştur: Birliğin kuruluşu ve prosedür ile ilgili kurallar teşebbüsler arası bir anlaşma; bu temel dökümanlarda sonradan yapılan küçük değişiklikler ve birlik üyelerinin ticari faaliyetlerini düzenleyen kurallar ise teşebbüs birliği kararı olarak değerlendirilmiştir.

5.4.2. Rekabetin Önemli Ölçüde Kısıtlanması

Coapi davasında, ilgili profesyonel meslek birliğinin iki düzenlemesi 81(1). maddeye aykırı bulunmuştur: Bunlar, asgari ücret miktarının belirlenmesine genel olarak temel teşkil eden (m.48) ile *Coapi*’nin, uyulması zorunlu asgari ücret tarifelerini, ücretin tayin edilmesinin zor olduğu hizmetler hariç olmak üzere, bütün hizmetler için belirleyeceğini düzenleyen (m.49)’dur.

Komisyon ilk olarak, bu iki kuralın amaç itibariyle, her profesyonelin kendi ücretini belirleme özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik olduğuna işaret ederek; bu yönüyle iki maddenin, madde 81(1) (a)’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. İkinci olarak, *Coapi*’nin yıllık ücret tarifelerini belirlemesinin yalnızca amacı bakımından değil; fikri ve sınai mülkiyet acentaları arasındaki rekabeti ortadan kaldırarak, etkisi bakımından da rekabete aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Komisyon’un üç temel argümanı bulunmaktadır:

- Asgari ücretlerin kolektif olarak belirlenmesi, genç sınai mülkiyet ajanları açısından giriş engeli yaratmaktadır.
- Tüketicilerin alternatif hizmet kaynaklarına ulaşması sınırlandırılmaktadır.
- Komisyon, üçüncü argüman olarak, Divan’ın *BNIC v. Clair* kararından alıntı yapmıştır: “Fiyat tespit eden ve tüm taraflar açısından bağlayıcı olan bir anlaşma, tabiatı gereği, rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla yapılmış demektir”.

İlk argümanı ile Komisyon tarafından kast edilen; asgari ücretler belirlendiğinden, daha düşük ücretlerle hizmet sunarak rekabet etme imkanından mahrum olan genç sınai mülkiyet ajanlarının müşteri çevresi edinebilmelerinin

çok uzun süreceğidir. İkinci argüman, tüketicilerin daha düşük kalitedeki ve daha ucuza sunulan hizmeti tercih etme özgürlükleri ile ilgilidir.

5.4.3. Antlaşma'nın 81(3). Maddesi Kapsamında Muafiyet

Coapi davasında Komisyon önce, bildirimde bulunulmamış olması nedeniyle 81(3) maddenin gündeme gelemeyeceğini belirttikten sonra, olaydaki gibi meslek birliği kurallarına neden muafiyet tanınamayacağını da açıklamıştır. Fiyat tespitinin esaslı rekabet ihlali olduğu belirtildikten sonra; meslek birliği kurallarının yüksek hizmet kalitesinin teminini amaçladığı savunmasını da dikkate alarak, neden muafiyet tanınamayacağı konusunda dört gerekçeye yer verilmiştir. Bu gerekçelere, kararın özet olarak aktarıldığı bölümde yer verilmiştir.

5.5. COAPI KARARI

Akademik çevrelerin *Gebhard*⁶² kararının sonuçlarına yoğunlaştığı bir esnada daha önemli bir gelişme olmuştur. Adından sıklıkla söz edilecek, önemli bir vaka olan *Coapi* davasında Komisyon, bir profesyonel meslek birliği kuralını Antlaşma'nın 81. Maddesine aykırı bulduğunu açıklamıştır.

Amerika, İngiltere ve Almanya'da meslek birliklerinin, rekabet otoritelerinin kararlarına karşı yargıya başvuru oranı, politik lobi güçleri ve rekabet kurallarının profesyonel mesleklere uygulanması noktasında görüş ayrılıkları bulunan akademisyenlerin yazdıkları dikkate alındığında bu karar, bir profesyonel meslek grubu olan avukatların iş yükünü artıracak sorunlarla dolu yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur.

Olay, 29 Ağustos 1990 tarihinde Komisyon'a, *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (Coapi)* hakkında bir şikayet ulaşması ile başlamıştır. Şikayetçi *Coapi*'nin, fikri ve sınai mülkiyet acentalarının sunduğu hizmetler için geçerli ve uyulması zorunlu ücret tarifeleri düzenlemek suretiyle Antlaşma'nın 81(1). Maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür.

Coapi, İspanya'da faaliyette bulunan fikri ve sınai mülkiyet acentalarının profesyonel meslek birliğidir. Ülkedeki acentaların tamamını bünyesinde barındıran ve tüzel kişiliği olan birlik, İspanyol kamu hukuku hükümlerine tabidir. İspanya'da 26 Aralık 1978 tarihli ve 74 no'lu kanunla tashih edilen 13 Şubat 1974 tarihli ve 2 no'lu Kanun (kısaca 2/ 74 no'lu Kanun), bütün meslek birlikleri üzerinde uygulama alanına sahiptir. Yalnızca genel ilkeleri tayin eden bu kanunun düzenlemediği detaylar ise profesyonel meslek birliklerinin

⁶² C-55/94, [1995] ECR I-4165. *Gebhard* davasının öznesi, Alman Barosu'na kayıtlı olduğu halde, İtalya'ya yerleşerek hem yerli hem yabancı müşterilere hizmet veren bir avukattır.

düzenlemeleri ile tamamlanmaktadır. 2/ 74 no’lu Kanun’da meslek birlikleri “yasa ile kurulan ve resmi olarak tanınan, tüzel kişiliği haiz, görevlerini gerçekleştirmek için gerekli hukuki ehliyete sahip meslek kuruluşları” olarak tanımlanmaktadır. Bu birliklerin görevleri ise yine yasa da, “profesyonel hizmetlerin düzenlenmesi, üyelerin mesleki menfaatlerinin korunması ve savunulması” olarak ifade edilmektedir. Kanununun 5. bölümünde asgari ücretlerin hangi şartlarda ve hangi organ tarafından belirleneceği düzenlenmektedir. Birlik karar ve eylemlerine karşı yargı mercii olarak idare mahkemelerinin görevli olduğu yine kanununun 8.bölümünde belirtilmektedir.

2/74 no’lu Kanun’un İspanya Anayasa’sına uygunluğu çeşitli vesilelerle anayasa mahkemesinin yargısal denetiminden geçmiş, kanunun “profesyonel meslek birliklerine ve üyelerine uygulanacak kuralların yasayla belirlenmesini ve birliklerin iç yapısının ve prosedürlerinin demokratik olmasını” öngören, Anayasa’nın 36. maddesiyle uyumlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, birliğe üye olmanın ve birlik kurallarına uygun davranmanın mecburi olmasının, haklı görülemeyecek ölçüde bir sınırlama olmadığına hükmetmiştir.

Coapi yönetim kurulunun başlıca görevleri genel kurula öneriler hazırlamak ve genel kurul kararlarının ve kamu otoritelerinin emirlerinin gereklerini yerine getirmektir. Genel kurul, yönetim kurulunun hazırlayıp sunduğu önerileri çoğunluk kararı ile kabul ettiğinde öneriler artık birlik kararı haline gelmektedir.

Coapi düzenlemelerinin 49. maddesi, tüm birlik üyelerinin, genel kurul tarafından onaylanmış olan asgari ücret tarifelerini uygulayacakları hükmünü amirdir. Söz konusu tarifeler bir kamu otoritesinin onayına tabi değildir. Maddede ayrıca İspanya dışından gelecek hizmet alıcıları iki sınıfa ayrılmakta ve her biri için farklı ücretlerin uygulanacağı da öngörülmektedir. Birliğin disiplinle ilgili yetkilerinin yer aldığı 35. maddede, “genel kurulun kabul ettiği tarifelerin altında ücretlerle hizmet sunmak” cezalandırılacak davranışlar arasında sayılmıştır (bölüm 7,prg 7). Cezalar çoğunlukla para cezası olurken, kimi zaman ise meslekten geçici veya sürekli uzaklaştırma şeklinde de olabilmektedir (m.38(3),(4),(5)). *Coapi*, genellikle yılda bir kez yaptığı genel kurul toplantılarında, ücret tarifelerini düzenli olarak artıran, kimi zaman da hizmetlerin yer aldığı kategorilerde değişiklikler yapan kararlar almıştır.⁶³

⁶³ Örneğin, 12 Aralık 1986 tarihli ve 27 no’lu sirküler, İspanya’nın Avrupa Patent Konvansiyonu’na katılması sayesinde oluşacak yeni hizmetlere ilişkin tarifeyi üyelere duyurmuştur.

5.5.1. Coapi Tarafından İleri Sürülen Argümanlar

Bu kısımda, *Coapi* tarafından Komisyon'a yazılı veya sözlü olarak iletilen savunma noktalarına özet olarak yer verilecektir.

Coapi herşeyden önce kendisinin kamu hizmeti yapan bir birlik olduğunu belirtmiştir.⁶⁴ Savunmada, İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin, profesyonel meslek birliklerine idare hukukunun uygulanması gerektiğine hükmettiği birkaç kararını dayanak gösteren *Coapi*'ye göre; İspanyol Anayasası'nın devlete, profesyonel birliklere uygulanacak kurallara ilişkin yasa yapma görevi vermesi bu birliklerin kamu hizmeti yaptığına delalet etmektedir. Meslek birliğinin yasa ile kendisine verilen görevlerin ifasından ibaret olan işlem ve eylemleri idari yargının denetimine tabi olmalı, hiçbir şekilde AT Antlaşması'nın 81(1).maddesi kapsamında ele alınmamalıdır. *Coapi* düzenlemeleri "devlet kuralı" sayıldığından 81.maddeye aykırı oldukları iddia edilemez; aynı durum, idari işlem niteliğindeki *Coapi* kararları için de geçerlidir.

Coapi, meslek birliklerine uygulanan İspanyol kanunları çerçevesinde fiyat tarifeleri belirlemiş, kanunlarda çizilen sınırı hiçbir zaman aşmamıştır. Şayet Komisyon, *Coapi*'ye kamu kurumu statüsü kazandıran ve onlara birtakım işlem ve eylemlerde bulunma görevi veren kanunun rekabeti kısıtlayıcı etkileri olduğu kanaatinde ise o halde İspanya Devleti'ne karşı AT Antlaşması'nın 169.maddesini işletmelidir.

Coapi'nin asgari ücret tarifeleri belirlemesinin esasen rekabet üzerinde olumlu etkisi mevcuttur: Fiyat rekabeti imkanı ortadan kalktığı zaman hizmeti sunanlar, kalite rekabetine yönelmek zorunda kalmaktadır. Tüketiciler, ücretleri tercih kriteri olarak kullanma imkanı olmadığı zaman kaliteli hizmeti tercih etmektedir. Bu durumda sektördeki hizmet kalitesi gittikçe yükselecektir.

5.5.2. Komisyon'un Hukuki Tespitleri

Coapi tarafından ileri sürülen noktalar özetlendikten sonra bu bölümde Komisyon'un tespitlerine yer verilecektir.

5.5.2.1. Teşebbüs ve Teşebbüs Birliği

Coapi kararında Komisyon, sunulan hizmetin entellektüel birikim ve teknik uzmanlaşma gerektiriyor olmasının ve İspanyol yasalarına göre regüle

⁶⁴ Ne var ki *Tribunal de Defensa de la Competencia* (İspanya'da, Rekabetin Korunması Mahkemesi) 20 Kasım 1992 ve 30 Aralık 1993 tarihli kararlarında, profesyonel meslek birliklerinin kamu hizmeti yapan birlikler olmadıklarına ve işlem ve eylemlerinin "idari işlem ve eylem" sayılmadıklarına karar vermiştir. Mahkemeye göre bu birlikler, özel hukuk hükümlerine göre kurulan ve belli bir sektörü düzenleyen hükmi şahıslardır.

edilmiş bir sektör olmasının konunun ekonomik boyutunu gölgelemeyeceğini belirterek, kendi başlarına çalışan fikri ve sınai mülkiyet acentalarının 81(1).madde anlamında teşebbüs olduklarını kabul etmiştir. Bu davada, ATAD'ın *Höfner v. Macroton*⁶⁵ kararında teşebbüs kavramının kapsamına ilişkin yaptığı tespite de aynen yer veren Komisyon:

'Teşebbüs tanımı, hukuki statüsüne veya nasıl finanse edildiğine bakılmaksızın, ekonomik faaliyette bulunan her varlığı kapsar.' Bu anlamda, İspanya'da faaliyette bulunan bütün fikri ve sınai mülkiyet ajanlarını bir çatı altında toplayan Coapi de 81(1).madde anlamında teşebbüs birliğidir. Kamu otoritelerince kendisine mesleği regüle etme yetkisi verilmiş olması ve İspanyol hukukuna göre birliğe idare hukukunun uygulanması gereği, Coapi'nin bir teşebbüs birliği olmamasını gerektirmez.

diyerek hem *Coapi*'yi hem de üyelerini m.81(1) kapsamında değerlendirmiştir.

5.5.2.2. Teşebbüsler Arası Anlaşma ve Teşebbüs Birliği Kararı

Komisyon, hem *Coapi*'nin kuruluşuna hem de işleyiş kurallarına ilişkin düzenlemeleri teşebbüsler arası anlaşma olarak değerlendirmiştir. Acentaların biraraya gelmesiyle oluşturulan bu düzenlemeler, yine *Coapi* genel kurulunca birkaç defa değiştirilmiştir. Bu yönüyle düzenlemeler aynı zamanda teşebbüs birliği kararı niteliğinde sayılmıştır.

Meslek birlikleri ile ilgili 2/ 74 no'lu kanuna göre birliklerin iç düzenlemeleri birlik karar organlarıncı gerçekleştirilip kamu otoritesinin onayına sunulmaktadır. Komisyon'a göre bu durum, mesleki düzenlemelerin 2/74 no'lu kanundan bağımsız, otonom bir yapı sergilediğine delalet etmektedir.

Komisyon'a göre *Coapi* yönetim kurulunun ve genel kurulun, *Coapi* düzenlemeleri uyarınca aldığı kararlar ise teşebbüs birliği kararıdır. *Coapi*, cezalandırma gücünü kullanarak, tüm üyeleri bağlayıcı olan bu kararların uygulanmasını sağlamıştır.

5.5.2.3. Rekabetin Önemli Ölçüde Kısıtlanması

Coapi'nin, tüzük olarak adlandırılması mümkün olan temel düzenlemesinin 49. maddesi, yönetim kurulunun daveti üzerine genel kurulun toplanarak, bütün üyeler açısından uyulması zorunlu ücret tarifelerini belirleyeceği hükmünü düzenlemektedir. 37. maddede ise tarifelerde gösterilenden düşük ücretle hizmet sunulması, cezalandırılacak davranışlar arasında sayılmaktadır. Ücret belirlemenin zor olduğu hizmet türleri için genel kurulun ayrıca bir tarife kabul edeceğini öngören 48. madde ile yukarıda bahsi

⁶⁵ Case C-41/90 [1991] ECR I-1979, prg. 21

geçen 49. madde, asgari ücret tarifeleri belirlemek suretiyle amaçları bakımından *Coapi* üyelerinin faaliyet özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Komisyon, teşebbüsler arası anlaşma saydığı bu düzenlemelerle *Coapi* üyelerinin bireysel olarak sundukları hizmetlerin ücretlerini belirleme haklarından topluca feragat ettiklerini; bu nedenle bu maddelerin Antlaşma'nın 81(1). maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir.

Komisyon, *Coapi* tüzüğünde bulunan m.48 ve m.49 ile belirlenen kuralların hayata geçirilmesini ve belirlenen ücretler üzerinde artışlar yapılmasını sağlayan birlik genel kurulu kararlarını ise R.A. 81(1)(a) hükmünü ihlal eden teşebbüs birliği kararları olarak değerlendirmiştir. Bu kararlar sebebiyle m.48 ve m.49 yalnızca amaçları bakımından değil etkileri bakımından da rekabeti kısıtlamaktadır.

BNIC v. Clair davasına ilişkin 30 Ocak 1985 tarihli kararında ATAD, “asgari fiyat belirleyen ve herkes için bağlayıcı olan bir anlaşma, doğası gereği rekabeti ortadan kaldırma amacını taşır” (prg.22) diyerek, üyeleri bağlayıcı asgari fiyatlar belirlemenin ciddi bir ihlal olduğunu vurgulamıştır.

5.5.2.4. Muafiyet Tanınması Meselesi

Coapi vakasında Komisyon, anlaşmalar hakkında bildirimde bulunulmadığı gerekçesiyle muafiyet konusunun gündeme gelemeyeceğini belirttikten sonra;

Bildirimde bulunulmuş olsaydı dahi, ücret tarifeleri belirlenmesini öngören *Coapi* düzenlemeleri ve bunları hayata geçiren *Coapi* kararları, muafiyet tanınması için gereken dört şartı yerine getiremezdi.⁶⁶

diyerek neden muafiyet tanınamayacağını açıklamaktan da geri kalmamıştır. Zaten ATAD tarafından da onaylanan ve artık kökleşmiş sayılan Komisyon uygulamalarına göre asgari fiyatlar üzerinde topluca anlaşmaya varılması (collective fixing of minimum prices) AT rekabet kurallarının ciddi biçimde ihlali sayıldığından, 81(3) uygulamasından yararlanmasına imkan bulunmamaktadır.

İlk olarak, fiyat tespitinin kalitesiz hizmet sunulmasını engellemeyeceği belirtilmektedir. Komisyon aynı tespiti *AROW/BNIC*⁶⁷ vakasında da yapmıştır. İkinci olarak, Komisyon'a göre hizmet kalitesi, mesleğe girişte aranan şartlarla zaten yeterince güvence altına alınmaktadır; bu nedenle hizmet kalitesinin güvence altına alınması da mazeret olarak kabul edilmemiştir. Üçüncüsü, tüketiciler lehinde adil bir pay ortaya çıkmalıdır. Komisyon bu beklentisini *VBBB/VBVB* kararında açıkça ortaya koymuştur (Esin 1998,76) Komisyon'a

⁶⁶ OJ No L 122/48, 2.6.1995, s.24, prg.41

⁶⁷ OJ No L 379, 31.12.1982, s.1, prg.69

göre *Coapi*'ye hizmetten yararlananların menfaatini gözetme ödevinin 2/ 74 no'lu kanun ile verilmiş olması, tüketicilerin *Coapi* düzenlemelerinden adil pay aldığı anlamına gelmemektedir. Ayrıca Komisyon, anılan kanunun 5. bölümünde meslek birliklerinin asgari ücret tayininde tamamen serbest oldukları sonucuna götüren ifadeler olduğunu tespit etmiştir. Bu rekabet kısıtlaması tüketicilerin daha etkin çalışan acentaların sunacağı daha ucuz hizmetlerden yararlanma imkanını ortadan kaldırdığı gibi aynı zamanda acentaları, maliyetlerin azalmasını sağlayacak yeni çalışma yöntemleri geliştirmekten de alıkoymaktadır. İşte bu nedenlerle Komisyon tüketicilerin adil pay almadıklarını düşünmektedir.

Coapi'nin söz konusu fiyat tarifelerini düzenlemeye, 2/ 74 no'lu kanun mucibince mecbur olduğu yolundaki savunması Komisyon tarafından reddedilmiştir. Komisyon'a göre *Coapi*'nin mecbur olduğu husus, mesleğe ilişkin iç düzenlemeler yapmaktır. Asgari ücret tarifesi düzenlemek ise bir zorunluluk olmayıp, *Coapi*'nin insiyatifinde olan bir konudur. 30 Ocak 1985 tarihli *BNIC/Clair* kararında ATAD'ın,

85.madde teşebbüsler arası anlaşmalara ve teşebbüs birliği kararlarına uygulanır. Topluluk rekabet kurallarının, bilhassa 85.maddenin uygulanması söz konusu olduğunda, rekabete aykırı anlaşmanın veya kararın hukuki çerçevesi ve bu çerçevenin milli hukuk açısından geçerliliği, konu açısından önem ifade etmez.⁶⁸

ayrıca daha önce, 16 Kasım 1977 tarihli *INNO v. ATAB*⁶⁹ kararında,

Teşebbüsler, davranışları devlet tarafından teşvik edildiği veya yetkilendirildiği gerekçesiyle Topluluk rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulsalardı, 85 ve benzeri maddelerin hiçbir etkinliği kalmazdı.

tespitlerinde bulunmuş olması, Komisyon'a yukarıdaki sonuca ulaşması bakımından güç vermektedir.

Zaten, *Tribunal de Defensa de la Competencia* (Rekabetin Korunması Mahkemesi), daha önce zikredilmiş olan iki kararında meslek birliklerinin düzenlemelerine karşı idari yargıya gidilmesinin nedeninin, birliklerin işlem ve eylemlerinin idari işlem ve eylem sayılması olmayıp, yalnızca idare mahkemelerinin, kamusal yetkilerin kullanılmasından doğan uyuşmazlıkların çözümündeki uzmanlığından kaynaklandığını vurgulamıştır.

Bir an için İspanya Devleti'nin sorumluluğuna gidildiği kabul edilse bile bu durumda en iyi ihtimalle *Coapi*'ye verilecek para cezasının azalması söz konusu olacak, fakat *Coapi* yine rekabet kurallarının uygulama alanından kaçamayacaktır. Zira, *Coapi* vakasında Komisyon şu tespiti yapmaktadır:

⁶⁸ [1985] ECR 391, prg.17

⁶⁹ [1977] ECR 2115, prg.30-34

Devletin bir birliğe ücretleri belirleme yetkisi vererek Antlaşma'nın 3(g) maddesini, 5.maddenin ikinci paragrafını ve 85.maddeyi ihlal ettiği durumlarda, birlik o yetkiyi kullanarak gerçekleştirdiği ihlal nedeniyle madde 85'in uygulanmasından kurtulamaz.

Bilindiği üzere Komisyon, re'sen veya şikayet üzerine madde 81(1)'in ihlal edildiğini tespit ettiği takdirde, teşebbüslere bu ihlale son verilmesini emretmektedir. *Coapi*, İspanyol mevzuatının kendisine tanıdığı statü nedeniyle karar ve eylemlerinin 81.madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine olan inancı yüzünden, ihlale son vermek adına yapıcı bir adım atmamıştır. Bu nedenle Komisyon, *Coapi*'ye ihlale son vermesini emretme gereği duyarak, aşağıdaki kararları almıştır:

- *Coapi* düzenlemelerinin 48. ve 49. maddeleri ile bu maddelerin hayata geçirilmesine yönelik olarak alınan birlik kararları Antlaşma'nın 81(1). Maddesini ihlal etmektedir.
- *Coapi* bu ihlale son vermek için gereken düzeltmeleri yapacak ve ilerde bu tür uygulamalarda bulunmaktan kaçınacaktır.
- *Coapi*, bütün üyelerini konudan haberdar edecek ve onlara kendi ücretlerini tayin etmekte serbest olduklarını duyuracaktır. Söz konusu duyuruları gerçekleştirdiği hususunda Komisyon'a iki ay zarfında bilgi verecektir.

5.6. CNSD VAKASI

Consiglio Nazionale Degli Spezidionieri Doganali (CNSD), İtalya'da faaliyette bulunan gümrük müşavirlerinin meslek birliğidir. Bu dava İtalyan Rekabet Otoritesi'nin ilgilendiği bir dava olmamakla birlikte İtalya'da profesyonel mesleklerin rekabete aykırı uygulamalarına örnek teşkil etmesi münasebetiyle bu kısımda yer alması uygun bulunmuştur.

İtalya'da gümrük müşavirlerinin faaliyetleri 22 Aralık 1960 tarihli ve 1612 sayılı kanunla düzenlenmektedir. Meslekle ilgili ikincil düzenleme ise 10 Mart 1964 tarihli bakanlık kararnamesidir. Gümrük müşaviri olabilmek için ilgili mevzuatta belirlenen vasıfları haiz olmak ve üç yılda bir yapılan mesleğe giriş sınavında başarılı olmak gerekmektedir.

Dava sanayi, ticaret ve ulaştırma sektörlerinden bazı teşebbüslerin Komisyon'a şikayet başvurularında bulunmaları ile başlamıştır. şikayetçiler, İtalya'da faaliyette bulunan gümrük müşavirlerinin bazı uygulamalarından dolayı güçlüklerle karşılaştıklarını ifade etmişlerdir. şikayetlerin temel sebebi CNSD'nin, gümrük müşavirlerinin sundukları hizmetlere ilişkin ücret tarifesi belirlemiş olmasıdır. Yukarıda anılan yasanın 14. maddesi ile kendisine verilen yetkiye dayanan CNSD, 21 Mart 1988 tarihinde şikayet konusu ücret tarifesini hazırlamıştır. Anılan kararnameye göre ise Maliye Bakanı söz konusu tarifeyi

onaylayarak 20 Temmuz 1988 tarihli resmi gazetede yayınlanmasını müteakip yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Tarife, gümrük muamelesi yapılacak malların ağırlıklarına veya değerlerine göre farklı kategoriler öngörmektedir. Gümrük müşavirlerinin tarifede belirlenen ücretlerden farklı ücretler uygulaması yasaklanmıştır. Yeni tarife ücretlerde önemli artışlara yol açmıştır.

Bir profesyonel meslek olarak gümrük müşavirlerinin faaliyetlerinin İtalya'da kanunla regüle edilmiş olması, AB Komisyonu'na göre, onların ekonomik faaliyetlerle uğraşan teşebbüsler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Komisyon bu noktada ATAD'ın 23 Nisan 1991 tarihli *Höfner*⁷⁰ kararındaki, "teşebbüs kavramı, hukuki statüsünden ve nasıl finanse edildiğinden bağımsız olarak, ekonomik faaliyette bulunan her varlığı kapsar" tespitine atıf yapmıştır.

Sonuç olarak CNSD bir teşebbüs birliği, CNSD'nin almış olduğu kararlar ise teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilmiştir. Komisyon'a göre tarifenin bakanlık tarafından onaylanarak yürürlüğe giriyor olması bu durumu değiştirmemektedir, zira CNSD tarifenin ücret düzeyinin ve uygulanış tarzının tayininde tamamen serbestçe hareket etmektedir. CNSD, 1612 sayılı kanunun 11 ve 14. maddelerinin kendisine ücret tarifesi belirleme görevini verdiğini, dolayısıyla tarife belirlemeye mecbur olduğunu da öne süremeyecektir. ATAD'ın *VBVB/VBBB v. Commission*⁷¹ ve *BNIC v. Clair* kararlarına atıf yapan Komisyon, Topluluk rekabet kurallarının ülke kanunlarına üstün olduğunu, bu nedenle anılan kanunun rekabet kurallarının uygulanmasına engel olamayacağını belirtmiştir.

Komisyon, kendisine bildirimde bulunulmadığı için muafiyet incelemesine gerek olmadığını ifade etmekle birlikte, kökleşmiş uygulamalarına ve ATAD kararlarına dayanarak asgari fiyat ve sabit fiyat belirlenmesi uygulamalarının muafiyetten yararlanamayacağını altını çizmiştir.

CNSD'nin rekabete aykırı uygulaması sonucunda gümrük müşavirlerinin hizmet ücretlerini bireysel olarak serbestçe belirleme özgürlükleri kısıtlanmıştır. Komisyon, CNSD'nin gümrük müşavirlerinin sundukları hizmetlere ilişkin ücret tarifesi belirlemek suretiyle Antlaşma'nın 81(1). Maddesini ihlal ettiğine, bu ihlale derhal son verilmesi için gerekli adımları atmasına ve üyelerini bu durumdan haberdar ettiğine dair bilgiyi iki ay içinde Komisyon'a sunmasına karar vermiştir. Herhangi bir para cezası verilmemiştir.

⁷⁰ C-41/90, [1991] ECR I-1979, s.I-2016, prg.21

⁷¹ Birleştirilmiş davalar: C-43/82 ve C-63/82, 17 Ocak 1984,[1984] ECR 19

BÖLÜM 6

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİ

Bu bölümde, meslek birliklerinin Türk Rekabet Hukuku açısından nasıl ele alındığı teorik ve pratik olarak anlatılacaktır. Öncelikle profesyonel mesleklere ve bunların birliklerine rekabet hukuku doktrininde nasıl bakıldığı özetle aktarıldıktan sonra, -bütün mesleklere değinme imkanından mahrum olarak-

okuyucuya fikir vermesi amacıyla belli başlı mesleklerdeki, rekabet kuralları ile bağdaşmayan uygulama ve düzenlemelere örnekler verilecektir. İkinci kısımda ise Kurul kararlarından yararlanarak rekabet kurallarının profesyonel mesleklere nasıl uygulandığı, eleştirilerle birlikte somut bir şekilde aktarılacaktır.

6.1. PROFESYONEL MESLEK BİRLİKLERİNİN REKABETE AYKIRI YASAL YETKİLERİ

Profesyonel meslekler, Gelir Vergisi Kanunu'nda (GVK) "serbest meslek" tanımı içinde düzenlenmektedir. Kanununun 65. maddesine göre serbest meslekler, "sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin, bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır." Serbest meslekler GVK açısından "ticari" iş sayılmamış olsa bile, onların da ekonomik faaliyette buldukları kuşkusuzdur; böylelikle, serbest meslek erbabı da rekabeti sınırlayıcı davranışlar içine girebilirler (Topçuoğlu 2001,122). Zaten Aslan (2001,32)'a göre "ticari mahiyette olmayan" ibaresi, ticari kazançların daha farklı vergilendirilmesinden dolayı, iki durumu ayırd etmek için kullanılmıştır.

Profesyonel mesleklerde, meslek birlikleri vasıtasıyla üyeler açısından bağlayıcı olan ücret tarifelerinin belirlenmesi, faaliyet şekline ilişkin sınırlamalar ve reklam yasakları, ülkemizde de en fazla rastlanan rekabet kısıtlamalarıdır. Örneğin, Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi Barolar Birliği'ne, Adalet Bakanlığı'nın onayı ile asgari ücret tarifesi belirleme yetkisi vermektedir. İlerleyen bölümlerde, bazı mesleklerde yer alan rekabete aykırı düzenlemelere örnekler verilmektedir.

6.1.1. Türk Eczacıları Birliği

Türk Eczacıları Birliği (TEB); eczacıların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, eczacılığın genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, eczacıların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü hakim kılmak üzere; mesleki disiplini ve ahlakını korumak maksatıyla, 25.01.1956 tarih ve 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu ile kurulmuş, tüzelkişiliğe sahip bir meslek birliğidir.

6643 sayılı kanununun 4'üncü maddesinin (e) bendindeki düzenleme ile TEB'e; "Hususi ihtisas komisyonlarına hazırlattıracağı ilaç **fiyat tarifelerini** Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti'nin tansip ve tasdikine arz etmek ve tasdik edilen tarifelerin tatbik olunup olunmadığını kontrol etmek" görevi verilmiştir.

Aynı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendi ile TEB İdare Heyeti'ne "Meslektaşların Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti'nce **kabul ve tasdik edilen formül, imal tarzı ve fiyatlar dışında** ilaç yapmalarını,.....,

eczaneler ve müstahzarlar hakkında meslek adabına ve bu husustaki kanun hükümlerine uymayacak şekilde **reklam, ilan ve propaganda** yapmalarını önlemek” görevi verilmiştir.

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü’nün 9’uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, “...Eczacı yazı veya sözle veya her ne şekilde ve suretle olursa olsun kendi **reklamını yapamaz**; iş kağıtlarına ve faturalara **reklam mahiyetinde ibareler koyamaz**.” Tüzüğün 12’nci maddesinde, “Eczacı, resmi veya özel kuruluşlarla yapılacak sözleşmelerinde, Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti’nce tespit edilecek iskonto haddi dışında bağış adı altında da olsa bir **indirim yapamaz**.” hükmü bulunmaktadır.

Ayrıca, Türk Eczacıları Birliği Kanunu’nun 20’nci maddesine eklenen (m) bendi ile TEB İdare Heyeti’ne “ Eczacılık ile ilgili kanunlar ve yönetmelikler ile Deontoloji Tüzüğü hükümlerinin ve Birlik ile odalar tarafından alınmış mesleki kararların gerektiği şekilde uygulanıp uygulanmadığını belirlemek için, **eczacıların çalışmalarını ve işyerlerini denetlemek**” görevi de verilmiştir.

6.1.2. Türk Mimar ve Mühendis Odaları Birliği

Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB), (7303 sayılı Yasa, 66 ve 85 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle değişikliğe uğramış) 6235 sayılı yasa ile 1954 yılında kurulmuştur. TMMOB tüzel kişiliğe sahip, Anayasanın 135. Maddesinde belirtilen kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

TMMOB bünyesinde 23 oda, bu odalara bağlı 160 şube ve 30 il koordinasyon kurulu bulunmaktadır. TMMOB’a bağlı odalara 50 kadar mühendislik, mimarlık ve şehir plancılığı disiplininden mezun olan mühendis, mimar ve şehir plancıları üyedir.

6235 sayılı TMMOB kuruluş kanununda Birliğin amaçları şöyle sıralanmıştır:

- Günün gerek ve koşullarına ve mevcut olanaklara göre, yasa ve tüzük hükümleri içinde kalmak üzere, mühendis ve mimarları meslek kollarına ayırmak, meslek ve çalışma konuları aynı veya birbirine yakın bulunan mühendis ve mimarlık grubu için Odalar kurmak.
- Mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının ortak gereksinmelerini karşılamak, mesleki etkinlikleri kolaylaştırmak, mesleğin genel yararlarına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplinini ve ahlakını korumak; kamunun ve ülkenin çıkarlarının korunmasında, yurdun doğal kaynaklarının bulunmasında, korunmasında ve işletilmesinde, çevre ve tarihi değerlerin ve kültürel mirasın korunmasında,

tarımsal ve sınai üretimin artırılmasında, ülkenin sanatsal ve teknik kalkınmasında gerekli gördüğü tüm girişim ve etkinliklerde bulunmak.

- ...
- Meslek ve çıkarları ile ilgili işlerde, resmi makamlar ve öteki kuruluşlar ile işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve önerilerde bulunmak, meslekle ilgili bütün mevzuatı, normları, bilimsel şartnameler, tip sözleşmeler ve bunlar gibi bütün bilimsel evrakı incelemek ve bunların değiştirilmesi, geliştirilmesi, veya yeniden konulması yolunda önerilerde bulunmak.

6235 sayılı Kanun'un 26. maddesi disiplin cezalarını düzenlemektedir. Maddeye göre;

Odalara kayıtlı meslek mensuplarından bu kanuna aykırı hareketleri görülenlerle, meslekle alakalı işlerde gerek kasten ve gerekse ihmal göstermek suretiyle zarara sebebiyet veren veya akdettiği mukavelelere riayet etmeyen veyahut meslek şeref ve haysiyetini muhıl durumları tespit olunanlara kayıtlı buldukları oda haysiyet divanınca aşağıda yazılı inzibati cezalar verilir:

- a) Yazılı ihtar;
- b) (25) liradan (100) liraya kadar para cezası;
- c) (100) liradan (1000) liraya kadar para cezası;
- ç) 15 günden 6 aya kadar serbest sanat icrasından men;
- d) Odadan ihraç.

Bu cezaların verilmesinde sıra gözetilmez. Ancak sebep teşkil eden hadisenin mahiyet ve neticelerine göre bu cezalardan biri tatbik olunur.

33. madde odaya kayıt zorunluluğu öngörmektedir. Buna göre, Türkiye'de mühendislik ve mimarlık meslekleri mensupları, mesleklerinin icrası ile ilgili işlerde faaliyet gösterebilmek için, uzmanlığına uygun bir **odaya kaydolmak** ve üyelik vasfını korumak zorundadırlar.

TMMOB Serbest Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Yönetmeliği

Bu yönetmelik, ülke çapında uygulanacak ücretlerdeki asgari miktarları tespit etmek ve denetimini sağlamak amacıyla hazırlanmıştır (m.1). Tespit edilen değerler asgari ücretler olup, hiçbir hizmet bu ücretlerin altında yapılamaz (m.7). Klasik literatüre girmeyen, özel uzmanlık ve tecrübeyi gerektiren, yeni alternatif ve çözümlerin ortaya çıkacağı veya çok geniş bir araştırmayı gerektiren konulardaki mühendislik ve mimarlık hizmetleri için asgari ücret odalar tarafından ayrıca tespit edilmektedir(m.9). Mühendislik, mimarlık hizmetini yüklenen mühendis ve mimarlar bu yönetmelik hükümlerine göre belirlenecek ücretler karşılığı fatura kesmek ve bu faturaları odalarına ibraz etmek zorundadırlar (m.10).

6.1.3. Türk Diş Hekimleri Birliği

Türk Dişhekimleri Birliği (TDB), 3224 sayılı Türk Dişhekimleri Birliği Kanunu ile kurulmuş bir meslek örgütüdür.

- Türk Dişhekimleri Birliği;
- Dişhekimliği mesleğinin, gelişmesini sağlamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak,
- Dişhekimlerinin ortak gereksinimlerini karşılamak,
- Meslek disiplin ve etiğini korumak,
- Meslektaşlarının çıkarlarını her platformda savunmak
- Üyelerinin maddi ve manevi haklarını korumak,
- Toplumun ağız ve diş sağlığı seviyesinin yükseltilmesine katkıda bulunmak

amaçlarıyla kurulmuştur (m.19).

TDB bünyesinde yerel dişhekimleri odaları bulunmaktadır. Türkiye'de halen 31 Dişhekimleri Odası vardır.

TDB serbest çalışan dişhekimleri ve kurum ve kuruluşların uymakla zorunlu oldukları asgari muayene ve tedavi ücreti tarifesini belirlemektedir. Bölgesel oda yönetim kurulunun görevleri arasında; dişhekimlerinin, merkez yönetim kurulunca şekli belirlenmiş örneğe uymayan tabelalar kullanmasını ve her türlü araçla **reklam yapmasını** önlemek(m.11/e), faaliyet alanı içerisinde uygulanacak **asgari muayene ve tedavi ücret tarife** tekliflerini düzenleyip, Birlik Merkez Yönetim Kuruluna göndermek(m.11/f), oda üyeleri hakkında disiplin cezası uygulamasını gerektiren veya suç teşkil eden fiillerinin öğrenilmesi halinde inceleme yaparak sonucu disiplin kuruluna tevdi etmek(m.11/t) bulunmaktadır.

17. maddeye göre “Bir Oda sınırları içinde sanatını serbest olarak icra etmeye başlayan diş hekimleri bir ay içinde o il veya bölge Odasına **üye olmak** ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler.”

TDB yönetim kurulunun görevleri ise; bölgesel odalarca önerilen **asgari muayene ve tedavi ücreti** tarifeleri hakkında vereceği kararı Bakanlığın onayına sunmak(m.26/e), diş hekimlerinin kullanacakları tabela örneğini tespit etmek, bu örneğe uymayan tabelaların kullanımını ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğüne aykırı **ilan ve reklam yapılmasını önlemek**(m.26/f), muhtelif odaları içine alacak grupları tespit etmek ve gruplarda uygulanacak tarifeleri hazırlayarak Bakanlığa göndermektir(m.40/2).

6.1.4. Türk Tabipler Birliği

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği (TTB); tabipler arasında mesleki dayanışmayı sağlamak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur.

TTB yönetim kurulunun görevleri arasında; tedavi ücretlerinin asgari miktarını gösteren tarifeler düzenlemek yer almaktadır (m. 28/II/1). Bu tarifeler Merkez Konseyince tasdik edildikten sonra bilgi edinilmek üzere Sağlık Bakanlığı'na gönderilmektedir. Söz konusu "asgari ücret tarifesi" TTB tarafından zaman zaman yenilenmektedir. Bu yenilenme aşamasında birimleri belirlemek ve belirlenen birimlerin genel olarak "uyumunu" sağlamak amaçlanmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesi bakımından uzmanlık dernekleri katkıda bulunmakta; ayrıca, bir model oluşturmak üzere kurulan bir ücret tespit komisyonu bulunmaktadır. Bu modele göre belirlenen birim ücretler, tabip odalarının belirlediği bölgesel "katsayı" ile çarpılmakta ve KDV eklenmektedir. Belirlenen bu "ücret" asgaridir, ancak azami ücret ile arasında büyük farklılık olmaması beklenmektedir. Hekimlerin bu belirlenen asgari ücrete uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Gerek hekimlerin, gerek kuruluşların asgari ücret konusundaki tutumları tabip odaları tarafından denetlenmektedir.

6.2. MESLEK KURULUŞLARI HAKKINDA REKABET KURULU KARARLARI

6.2.1. Türkiye Eczacılar Birliği (TEB) Kararı

İlaç ve Kimya, Petrol ve Lastik Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS)'ndan alınan, 08.05.1998 tarih ve 1214 sayılı şikayet başvurusunda yer alan;

- İEİS üyesi firmaların satışlarını artırmaya yönelik uygulamalarıyla ilgili olarak TEB ve bazı eczacı odalarının şikayetlerini değerlendiren Sağlık Bakanlığı'nın göndermiş olduğu uyarı yazıları üzerine, İEİS Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarih ve 102 sayılı Kararı aldığı ve TEB ile bağlı eczacı odalarının 102 sayılı Karar'ı boykot etme amacıyla, eczanelerin alım koşullarını düzenleyen ve yaşama geçirilen bir teşebbüs birliği kararı aldığı,
- TEB ve eczacı odalarınca alınan kararın 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6'ncı maddelerine aykırı olduğu

iddiaları ile ilgili olarak soruşturma yürütölmüştür. Gerek TEB'in ve gerekse birliğe bağlı eczacı odalarının, 4054 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi anlamında teşebbüs birliği oldukları; TEB bünyesinde alınan ve soruşturmaya konu olan birlik kararının ise teşebbüs birliği kararı olduğu sonucuna varılmıştır.

Soruşturma sonucunda; TEB tarafından alınan birlik kararının, alım koşullarının pazar dışında belirlenmesi, talebin kısılarak mal sağlayıcıları üzerinde baskı kurulması ve bazı teşebbüslerin pazar dışına çıkarılması amaçlarını taşımaması ve bu etkileri doğurabilecek nitelikte olmaması nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesini ihlal etmediği; ancak, TEB'in eczacı teşebbüsler üzerinde kaynağını kanundan almayan kimi yetkiler kullanmak suretiyle teşebbüslerin ticari davranış özgürlüklerini yasalarla çizilmiş çerçevenin ötesinde sınırlaması durumunda 4054 sayılı RKHK hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılmıştır.

6.2.2. Elektrik Mühendisleri Odası (EMO) Kararı

EMO'nun "Teknik Uygulama Sorumluluğu (TUS)" puanı uygulamasına karşı yapılan bir başvuruyu inceleyen Rekabet Kurulu; mühendislerin teşebbüs, EMO'nun da teşebbüs birliği olduğuna karar vermiştir. Karara konu olay özetle; Manisa'nın Salihli ilçesinde faaliyette bulunan mühendislere, aldıkları işlere göre TUS puanı verilmesini, puanı belirli bir limite ulaşan mühendisin belirli bir süre iş alamamasını öngören bir meslek birliği düzenlemesidir. EMO uygulamasının kamu yararına yönelik olması nedeniyle soruşturma açmama kararı alan Kurul yine de, rekabete aykırı işlem ve eylemler tespit edildiği takdirde soruşturma açılacağını belirterek, hem mühendislik faaliyetlerinin hem de meslek birliğinin düzenleyici işlemlerinin RKHK kapsamında olduğunu vurgulamıştır.

Gerekçeli kararın "Değerlendirme" başlıklı bölümünde özetle; mühendislerin kendi aralarında yaptıkları protokolün fiilen ortadan kalkması nedeniyle puan sınırlaması uygulamasının artık yürürlükte olmadığı, şikayetçinin şikayetinin konusuz kaldığı, Salihli'nin çok küçük bir bölge olması nedeniyle rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığı gerekçeleriyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı belirtilmektedir. Karar ise aşağıdaki gibidir:

- 1- Bir protokole dayanılarak başlatılan TUS puan uygulamasına son verilmiş olması nedeniyle Salihli ilçesi özelinde soruşturma açılmamasına,
- 2- EMO TUS uygulama esasları yönetmeliğinin 5.2. maddesine dayanılarak (her bir EMO birimince getirilecek uygulama esasları hakkında soruşturma yapma hakkı saklı olmak üzere) soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Tan (2000,12)'a göre, bu olayda "sadece mevcut yönetmelik hükmüne istinaden soruşturma açılmasına gerek olmadığına" karar veren Kurul'un, "herbir EMO birimince getirilecek uygulama esasları hakkında soruşturma yapma hakkını saklı tutması"ndan; Kurul'un, yönetmelikte yer alan düzenlemenin RKHK'a uygunluğunu inceleyemeyeceğini fakat yönetmeliğe dayanılarak gerçekleştirilecek uygulamaların RKHK kapsamında incelenebileceğini kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün

görülmemektedir. Her ne kadar, kararın anlaşılması zor üslubu böyle bir izlenim vermekte ise de, rekabete aykırı eylemler ile bu eylemlere dayanak olan genel düzenleyici işlem birbirinden ayrı düşünülemez. Kanaatimizce Kurul'un bir düzenlemeyi Kanun kapsamının dışında telakki ederken, o düzenlemenin tatbiki olan birel işlemi Kanun kapsamında telakki edip cezalandırması çelişki arz edecektir. Soruşturma açılmamış olmasını haklı bulmadığımız EMO kararının bu tez açısından önemi, mühendislik faaliyetinin ve mühendisler odasının teşebbüs olarak kabul edilmesidir.

Rekabet Kurulu'nun profesyonel meslek birlikleri hakkında bugüne kadar verdiği kararlardan anlaşıldığı kadarıyla Kurul'un profesyonel meslek mensuplarını teşebbüs, bunların oluşturduğu birlikleri ise teşebbüs birliği saydığına tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, yine bugüne kadar, kuruluş kanununda rekabeti engelleyen hükümler bulunan ve bu hükümleri uygulamaya da geçiren meslek birlikleri hakkında, 4054 sayılı Kanun uyarınca müeyyide uygulandığı da vaki değildir. Bir profesyonel meslek birliği hakkında, rekabetin fiyat tespiti yoluyla ihlal edildiği iddiasıyla açılan ilk soruşturma TMMOB soruşturmasıdır.⁷² Soruşturmanın konusu temel olarak, TMMOB tarafından hazırlanan ve uyulması zorunlu olan "en az ücret tarifeleridir". TMMOB kuruluş kanununda fiyat belirleme yetkisinin tanınmamış olması soruşturma açılmasını kolaylaştırmıştır. Kurul'un bu konudaki resmi yaklaşımı, ikinci yıllık raporda şu şekilde özetlenmektedir:

Açık bir yasal dayanağı olmayan ücret belirlemeye yönelik tüzük, yönetmelik, sirküler gibi meslek örgütleri düzenlemeleri derhal yürürlükten kaldırılmalı, kaynağını bir yasadan alan düzenlemeler için ise, süratle söz konusu yasaların değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.⁷³

Takip eden bölümde gerekçeleriyle anlatılacağı üzere, kanaatimizce bu yaklaşım yeterli değildir. Ayrıca Kurul'un, aynı Anayasa maddesine göre kurulmuş olan aynı nitelikli kurumlar arasında, birinin kuruluş kanununda fiyat belirleme yetkisinin düzenlenmesinin "unutulmuş" olmasından yararlanmaya ihtiyacı olmadığı kanaatindeyiz. Yine de TMMOB soruşturması, profesyonel mesleklerin rekabete açılması mücadelesinde bir dönüm noktasıdır.

⁷² TMMOB soruşturması, bu tezin yazıldığı esnada henüz tamamlanmamıştır.

⁷³ Rekabet Kurumu 2.yıllık raporu (2000), s.24

6.3. NORMLARIN ÇATIŞMASI MESELESİ

6.3.1. Normlar Hiyerarşisi (Kurallar Kademelenmesi)

Bir ülkede yürürlükte olan hukuk sistemini oluşturan, uyulması zorunlu kuralların herbiri aynı derecede ve güçte değildir (Teziç 1991,74). Hukuk düzenini oluşturan normlar arasında bir hiyerarşi (kademelenme) mevcuttur.

1982 Anayasası'nın farklı maddelerinde normlar hiyerarşisine ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne (m.11), tüzüklerin kanunlara aykırı olmamasına (m.115), yönetmeliklerin kanun ve tüzüklere aykırı olmamasına (m.124) dair düzenlemeler buna örnek gösterilebilir (Teziç 1991,76).

Aynı kademede yer alan ve genel norm- özel norm ayırımı bakımından da aynı özellikleri taşıyan iki norm arasında çatışma gerçekleştiği zaman, sonraki normun önceki normu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırdığı (zımni ilga) kabul edilmektedir. Buna karşın, sonraki tarihli genel norm önceki tarihli özel normu yürürlükten kaldırmaz. Bu duruma bir istisna öngören Teziç (1991,79), “**Ancak burada dikkat edilecek nokta, genel nitelikteki kanunun içeriği ve amacı, özel kanunla bağdaşmıyorsa, onu yürürlükten kaldırdığı sonucuna varmak gerekir**” demektedir. Esasen bu fikir, ülkemizdeki uygulama açısından, kanunlar ihtilafı meselesine karşı bu tezde getirilecek önerinin temelini oluşturmaktadır.

6.3.2. Norm Çatışmasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Aslan (2001,33)'a göre, serbest meslek mensuplarının birlikleri vasıtasıyla uyulması zorunlu ücretleri tesbit etmesinin rekabeti sınırlayıcı olacağına şüphe yoktur. Ancak, bu faaliyetlerin yasaklanıp yasaklanamayacağı ise bu kadar kolay cevaplanamaz. Kamusal nitelikli olan pek çok mesleki birliğe kuruluş kanunları fiyat veya ücret tarifesi belirleme yetkisi vermektedir. Örneğin, Avukatlık Kanun'un 168'inci maddesi Adalet Bakanlığı'nın onayı ile Barolar Birliğine ücret tarifesi belirleme yetkisi vermektedir. Anılan Kanun'un 163/3'ncü maddesine göre avukatlar bu asgari ücretlerden daha “aşağı” ücretlerle dava alamazlar; aksine hareket disiplin cezasını gerektirir.

Yazara göre, belirli mesleklerin örgütlenmesini düzenleyen kanunların **özel kanun** olduğunu kabul edilirken, RKHK da hayatın iktisadi alanındaki rekabet ilişkilerini düzenlemeye çalıştığı için **özel** bir kanundur. Böylece Rekabet Kanunu'ndan önce çıkarılmış olan kanunlarda yer alan hükümlerin uygulanamayacağı, bunların Rekabet Kanunu ile yürürlükten kalktığı söylenebilir (2001,33). Yazar bu noktada **zımni ilga** durumundan söz etmektedir.

İnan (1999,12)'a göre ise RKHK **genel** bir kanundur; Bu durumda, özel kanun olan, örneğin, Avukatlık Kanunu uygulanma önceliğine sahip olduğunu düşünen yazar, “mesela, bir devlet kuruluşuna pazarda işlem gören bir ürünün fiyatını belirleme yetkisi verilmişse tabii bu kural önce uygulanacaktır. Bunun fiyat belirleme olduğu açıktır ama yapacak birşey yoktur” demektedir. Yazara göre Rekabet Kurulu böyle durumlarda, ilgili uygulama ve kuralların rekabet politikası ile bağdaşmadığını tespit ederek, gerekli **önerileri** hükümete sunmalıdır.

Bilindiği üzere rekabet hukuku anayasal dayanağını 1982 Anayasası'nın 167. maddesinden almaktadır. Maddeye göre;

Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.”

Maddenin gerekçesine göre bu madde devlete üç görev yüklemektedir: Birincisi, özel teşebbüsün **rekabet koşulları içinde** yararlı yönde gelişmesine yardımcı olmaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın yolu ise diğer iki görevle açıklanmıştır. İkinci görev, mal ve hizmet piyasalarında **tekelleşme olgusunun önüne geçmektir**. Tekel ve tekel benzeri oluşumların önüne geçilmesi demokrasi açısından vazgeçilmez görülmüştür. Üçüncü olarak; tekel teşkil etmemekle beraber, üretim ve hizmet kuruluşlarının **fiyat anlaşmaları**, üretim hataları, coğrafi **bölge paylaşma** ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri eylemler de yasaklanmıştır.

Güzel (2001,76)'e göre Rekabet Kurulu'nun, rekabete aykırı yasal düzenlemelerin yasama organı tarafından kaldırılmasını sağlaması en doğru çözümdür. Ancak bunun kolay olmayacağını düşünen yazar; Rekabet Kurulu'na, sanki rekabet kurallarına aykırı olan önceki tarihli hükümler 4054 sayılı Kanun ile zımnen ilga edilmiş gibi hareket etmesini ve profesyonellere rekabet kurallarını uygulamasını önermektedir. Bu görüşüne tamamen katıldığımız yazar, 4054 sayılı Kanun'dan sonraki tarihli bir kanun hükmü ile rekabetin kısıtlanması halinde ne yapılması gerektiğine dair bir öneri getirmemektedir.

Kanaatimizce Anayasal dayanağını A.Y. m.167'den alan 4054 sayılı Kanun, rekabetin söz konusu olduğu bütün sahalarda uygulanması cihetiyle; belirli bir sektör veya belirli kişiler yerine, iktisadi hayatın tüm aktörlerini kapsayan ve her durumda uygulanması gereken genel bir kanundur. Bu nedenle, özel bir kanunla çatışması söz konusu olduğunda özel kanunun uygulanması gerektiği kural olarak söylenmelidir. Ancak, bütün normların en üstünde bulunan

Anayasa'nın 167. maddesinde, ülkemizde rekabetin tesisi ve korunması için gerekli tedbirlerin alınmasının emredilmiş olmasını ve tüm normların Anayasa'ya uygun olma zorunluluğunu dikkate alarak; "sonraki tarihli genel nitelikteki kanunun içeriği ve amacı, özel kanunla bağdaşmıyorsa, onu yürürlükten kaldırdığı sonucuna varmak gerekir" diyen Teziç'ten de destek alarak, **4054 sayılı Kanun'un kendisinden önceki tarihli genel ve özel nitelikli kanunlardaki rekabete aykırı bütün hükümleri ilga ettiğini düşünmekteyiz.**⁷⁴ Rekabeti ihlal eden bir meslek kuruluşu hakkında 4054 sayılı Kanun'un bu anlayışla uygulanması gerekmektedir.⁷⁵ Kurul kararı ne kadar hatasız olursa olsun karara karşı yargı yoluna gidileceği muhakkaktır. Kanaatimizce kısa süre içinde Kurul'un haklılığı Danıştay tarafından kabul edilecektir.

4054 sayılı Kanun'dan sonraki tarihli kanunlardaki rekabete aykırı hükümler bakımından ise zımni ilga müessesesi ileri sürülemeyecektir. Bu durumda bizce en makul yol, Aslan (2001,35)'in önerdiği gibi, Kurul'un "itiraz" yoluyla Anayasa'ya uygunluk denetimi sağlamasıdır. Yazara göre, özel kanunundan aldığı yetki ile rekabeti kısıtlayan teşebbüs Kurul tarafından alenide bir teşebbüs gibi cezalandırılmalı; teşebbüs yargıya başvurarak, kuruluş kanununa dayandığı yolundaki savunmayı getirdiğinde ise Kurul Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmalıdır.

Yine de asıl önemli olan Rekabet Kurulu'nun; rekabet kültürünün yerleşmesini sağlayarak, rekabete aykırı yasal düzenlemelerin zararları hakkında yasama organını bilgilendirerek bu tür sorunları ortaya çıkmadan engellemesidir. Bu konuda A.B.D., İngiltere ve İtalya rekabet otoritelerinin, tezde özet olarak bahsedilen çabaları örnek alınmalıdır.

⁷⁴ Farklı gerekçe ile aynı görüşte, Aslan (2001,33)

⁷⁵ Aynı görüşte, Güzel (2001,76)

SONUÇ

Bu çalışmada, detaylarda farklılıklar bulunmasına karşın pek çok ülkede belli başlı profesyonel meslek faaliyetlerinin regüle edildiği hususu dikkati çekmektedir. Regülasyonlar bazen bizzat devlet eliyle, bazen de ilgili meslek birliğine mesleği düzenleme yetkisinin kanun ile verilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Yapılan düzenlemeler ve getirilen kurallar genellikle mesleğe giriş, meslek mensuplarının davranışları, hangi faaliyetlerin münhasıran meslek mensuplarınca ifa edileceği ve profesyonellerin iş yaşamlarını hangi formlarda sürdürebilecekleri gibi konulara ilişkin olmaktadır. Bu çalışmadan edinilen bir izlenim ise, pek çok ülkede profesyonel mesleklere ilişkin düzenlemelerin rekabet üzerinde doğrudan veya dolaylı olumsuz etkileri olduğunun ileri sürülmüş ve bu konuda çalışmalar yapılmış olmasıdır. Söz konusu olumsuz etkilerin neler olduğu, çalışmanın içinde detaylı olarak incelenmiştir.

Bu düzenlemeler temel olarak, yapısal düzenlemeler ve davranışsal düzenlemeler olmak üzere iki kategoride incelenmiştir. Yapısal düzenlemelere mesleğe girişe ilişkin kısıtlamalar ve belirli hizmetlerin münhasıran meslek mensuplarına tahsis edilmesi, davranışsal düzenlemelere ise ücret düzeyini tespit eden veya reklamı yasaklayan kurallar örnek olarak gösterilebilmektedir.

Söz konusu yapısal ve davranışsal düzenlemelerin profesyonel hizmetler pazarında rekabeti gerektirmediğinden fazla kısıtladığı, fiyatların yükselmesine sebep olduğu ve yeniliklerin önünü kapattığı sonucuna ulaşılmıştır. Üyeleri için disiplin kuralları belirleme ve mesleği düzene sokma yetkileri ile donatılmış meslek birliklerinin, bu yetkilerini çoğu zaman giriş engelleri yaratmak, fiyat tespit etmek ve üyelerini rekabet etmemeye zorlamak için kullandıkları tespit edilmiştir.

Uyulması zorunlu ücret tarifeleri rekabete en çok zarar veren mesleki düzenlemelerdir. Aynı şekilde, gerçeklere dayanan, aldatıcı olmayan ve özellikle ücretlere ilişkin reklamların yasaklanması, tüketicilerin lehine sonuçlar doğuracak olan ücret ve kalite rekabetine hayat hakkı tanınmaması sonucunu doğurmaktadır.

Profesyonel hizmetlere ilişkin düzenlemelerin gerekliliği tartışma konusu yapıldığında, bu tür pazarlarda mekanizmanın diğer pazarlarda olduğu gibi başarı ile işleyemediği, iktisatçılar tarafından “market failure” denen sistem

çökmesinin yaşandığı gerekçesiyle dışarıdan müdahaleye (regülasyon) ihtiyaç duyulduğu savunulmaktadır. Tezde bu sistem aksaklığının sebeplerine açıklık getirmek amacı ile asimetrik bilgi gibi iktisadi kavramlara da değinmek gerekmiştir. Profesyonel hizmetler pazarında, sunulan hizmetin teknik boyutunun yüksek olması nedeniyle sağlayıcı ile tüketici arasında hizmetin kalitesi de dahil olmak üzere pek çok konuda bilgi asimetrisi bulunmaktadır. Tüketicilerin, hizmetin kalitesini veya hangi hizmeti almaları gerektiğini tayin edemeyecek olmaları nedeniyle, bu pazarların rekabete açılmasının, tüketicilerin düşük kalitede veya uygun olmayan hizmetlerle karşı karşıya kalmalarına neden olacağı ileri sürülerek, mesleki düzenlemelerin savunulduğu bilinen bir gerçektir. Ancak tezde, asimetrik bilgi sorunu ile mücadele etmek için regülasyona başvurmanın kaçınılmaz olmadığı; bu amaç için daha az zararlı başka enstrümanların kullanılabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Tezde ayrıntılı olarak incelenen bu enstrümanlar şöhret, kalite garanti sözleşmeleri, kalite reytingleri, sorumluluk ve tazminata ilişkin hukuk yolları olarak özetlenebilir. Bu enstrümanların pazar mekanizmasının çöküşünü ve tüketiciler açısından arzu edilmeyen sonuçları engellemeye yetmediği alanların bulunabileceği kabul edilmektedir. Meslektaşlar arası rekabetin zayıf olduğu, hizmetin tüketiciler tarafından nadiren satın alındığı, hizmetten kaynaklanan zararlara karşı kusurun ispatının zor olduğu ve kimi zaman olumsuz sonuçların kaçınılmaz olduğu meslekler (bir kalp cerrahı..gibi) bu alanlara örnek olabilir. Bu gibi durumlarda, rekabeti en az kısıtlayacak regülasyon yöntemlerinin seçilmesi gerekmektedir.

Mesleğin teknik niteliği zorunlu kılmadıkça mesleğin icrası belirli nitelikteki insanlara hasredilmemelidir. Ancak, profesyonel mesleklerin hemen hepsinin belirli süre lisans eğitimi gerektirdiği hatırlandığında bu cümle pek anlamlı kalmamaktadır. Bir mesleğin belirli bir lisans eğitimi alanlara ve diğer nitelikleri haiz olanlara hasredilmesi kaçınılmaz ise en azından, mesleğe giriş kriterleri o mesleği hakkıyla icra edebilmek için gerekenden daha zor olmamalıdır. Mesleğe giriş bir sınava tabi ise sınavın zorluk derecesine ilgili meslek birliği karar vermemelidir.

İster devlet tarafından isterse profesyonel meslek birlikleri tarafından yapılmış olsun; pazara girişin, faaliyet tarzının, ücretlerin veya reklamın kontrolü, tüketicilerin korunması ve kalitenin sağlanmasından ziyade mesleği icra edenlerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Regülasyonlar küçük tüketicileri, bireysel hizmet alıcılarını korumaya yönelik olmalıdır. Tezde yer verildiği üzere, bireysel alıcılar büyük alıcılara nazaran asimetrik bilgi sorunu ile daha fazla karşı karşıya kalmaktadır.

Bazı ülkelerde profesyonel meslek birliklerinin düzenlemeleri yürürlüğe girmeden önce rekabet otoritesinin incelemesinden geçmekte ve ancak rekabete

aykırı olmadığı onaylandıktan sonra yürürlüğe girmektedir. Örneğin İngiltere’de, Hukuk Birliği (Law Society) kurallarının uygulanmasından sorumlu olan Lord Chancellors Department, Office of Fair Trade tarafından, birlik kurallarına ilişkin olarak yapılan değişiklik önerilerinin gereğini yerine getirmek zorundadır. Yapılacak yasal bir düzenleme ile profesyonel meslek birliklerinin, mevcut düzenlemeleri de dahil olmak üzere, yapacakları mesleki düzenlemelerin Rekabet Kurumu’nun denetiminden geçmesi ve onayına tabi olması zorunluluğunun tesis edilmesinin yararlı olacağı sonucuna varılmıştır.

Rekabet Kurumu, profesyonel hizmetlerde iktisadi rekabetin artması amacıyla profesyonel meslek birliklerinin kural ve eylemlerini inceleyerek; özellikle pazara girişi önlemeye, ücretleri ve yeni geliştirilen hizmetleri tanıtan, aldatici olmayan reklamları yasaklamaya ve fiyat belirlemeye hizmet eden düzenlemelere karşı mücadele etmelidir.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to form a framework of the policy on the application of competition rules to professional services. One issue regards the role of government intervention in markets where market failure occurs; one of which is the market of professional services. Some advocate intervention to correct market failures while some others advocate a “laissez-faire” policy as a result of their belief in the unique nature of the professions beside other regular services.

Main properties of so called “learned” professions are that they require, having finished a long and expensive education period, again a long training practice. Professions generally gather in the form of professional unions/bodies, which are often delegated public powers in most countries. The regulations generated by such bodies are often in conflict with competition rules. Mainly, it can be said that the problem arises from the conflict between the positive effects of regulations in the means of consumer welfare and the negative impacts on the competition. From this point of view, it has been analysed in this thesis how this conflict has been challenged. In spite of the fact that the problems arising from the professional regulation and the solutions may differ from state to state, it is observed that the policy instruments are common, in general.

This analysis is made in the frame of the decisions of E.U. Commission, E.C. Court of Justice, U.S. Supreme Court and Turkish Competition Authority mostly. As a result, it is suggested that professional regulation which distorts competition by exceeding the limit of necessity to obtain public welfare should be prohibited.

KAYNAKÇA

- AKERLOF, G. (1970), "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *An Economic Theorist's Book of Tales* içinde(sf.7-23), Cambridge University Press, 1984.
- AREEDA, P. ve L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis, Problems, Text and Cases*, Fifth Edition, Aspen Law&Business, Boston
- ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, 2.Bası, Ekin Kitabevi, Bursa.
- ASLAN, Y. (1999), "Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi", *Perşembe Konferansları*, Ekim 1999 içinde, sf.64-102, R.K. yayını
- ASLAN, Y. (1998), *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı*, (çeviri), RK Yayını, Ankara.
- AZCUENEGA, M.L. (1995), "Freedom: XXI. Century; The Century of The Consumer", International Congress of Advertising and Free Market, 11 May 1995, Lima, Peru.
<http://www.ftc.gov/speeches/azcuenaga/lima.htm>
- BELLAMY, C. W. ve G. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London.
- BOLZE, R. S. ve M. W. PENNAK (1994), Reconciliation of the Sherman Act With Federal Health Planning Legislation: Implied Antitrust Immunity in the Health Care Field, *Antitrust Bulletin Summer 1994* içinde, sf. 225
- CARBONARA, P. (2001), "Are We Souring on Laissez-Faire?", *Money Aralık 2001, Vol.30, Issue 13*
<http://www.ebscohost.com>
- CARLTON, D. W. ve J. M. PERLOFF (1994), *Modern Industrial Organization*, 2 nci bası, Harpers Collins College Publishers, New York.
- DEISENLAGE, T. (1996), "Shoot First, Ask Later: DGIV's Approach to Professional Services-An Economic Analysis", Brugges.

DINGWALL, R. (1999), "Professions and Social Order in a Global Society", *International Review of Sociology*, March 99, Vol.9, Issue I, p. 131. <http://www.ebscohost.com>

ERGINAY, A. (1994), *Kamu Maliyesi*, Savaş Yayınları, Ankara.

ESİN, A. (1998), *Rekabet Hukuku*, Birinci baskı, ESC Yayınları, İstanbul.

GÖZÜBÜYÜK, Ş. (1974), *Türkiye'nin İdari Yapısı*, Dördüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve T. TAN (2001), *İdare Hukuku: Genel Esaslar, C.1*, 2. bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÜNDAY, M. (1998), *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara.

GÜZEL, O. (2001), "Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri", (Yayınlanmamış Rekabet Uzmanlığı Yükseltme Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.

HATZOPOULOS, V. (2000), "Recent Developments of The Case Law of The ECJ in The Field of Services", *Common Market Law Review*, V.37, Kluwer Law International içinde, s. 43-82

HOROWITZ, I. (1984), "The Reasonableness of Horizontal Restraints: NCAA", KWOKA, J. E.; WHITE, L. J. (der.) *The Antitrust Revolution, The Role of Economics* içinde, Second Edition, Harper Collins College Publishers, New York, sf. 214, 1994.

İNAN, N. (1999), "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", *Perşembe Konferansları*, Ekim 1999 içinde, sf. 1-30, R.K. yayını.

KABAALIOĞLU, H.A. ve T. YILDIRIM (1995), *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.

KORAH, V. (1997a), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford.

KORAH, V. (1997b), *Cases & Materials on EC competition Law*, Hart Publishing, Oxford.

LERNER, A. (1994), "Federal Trade Commission Antitrust Activities in the Health Care Services Field", *Antitrust Bulletin*, Summer 1994 içinde, sf. 205.

Monopolies and Mergers Commission, *Private Medical Services: a report on agreements and practices relating to the charges for the supply of private medical services by NHS consultants*, Cm 2452, Şubat 1994
<http://www.competition-commission.org.uk/reports/pms.htm>

MUSGRAVE, R. A. ve P. B. MUSGRAVE (1989), *Public Finance In Theory and Practice*, 5.edition, McGraw-Hill International Editions, Finance Series, Singapore.

NICOLAIDES, P. (1998), "The Enforcement of Competition Rules in Regulated Sectors", *World Competition, Law and Economics Review*, V.21, March 98 içinde, s.5-28.

OECD (2000), "Competition in Professional Services", Committee on Competition Law and Policy, DAFPE/CLP(2000)2.

OECD (1997), "Regulatory Reform and Professional Business Services", Report on Regulatory Reform, Vol.I, Sectoral Studies.

ONAR, S.S. (1952), *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Marifet Basımevi, İstanbul.

REKABET KURUMU (2001), İkinci Yıllık Raporu (2000), Ankara.

RODGER, B. J. ve A. MACCULOCH (1999), *Competition Law and Policy in the EC and UK*, Cavendish Publishing Ltd., London.

SULLIVAN, E. T. ve H. HOVENKAMP (1999), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Fourth Edition, Lexis Law Publications, Charlottesville, V.A.

TAN, T. (2000), *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kurumlarının Faaliyetleri*, Rekabet Dergisi c. I, sayı: 4 içinde, sf. 3-42, RK Yayını, Ankara.

TEZİÇ, E. (1991), *Anayasa Hukuku*, İkinci Bası, İstanbul.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, R.K. Yayını, Ankara.

TÜRKKAN, E. (2001), *Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı*, Ankara.

VISCUSI, W. K.; J. M. VERNON ve J.E. HARRINGTON (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, The MIT Press, London.

WALDMAN, D. E. ve E. JENSEN (1998), *Industrial Organization, Theory and Practice*, Addison-Wesley Publications.

YILDIRIM, T. (1997), *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*, Alkım Yayınevi, İstanbul.

Kararlar

ATAD Kararları

BNIC/Clair, Case 123/83, [1985] ECR 391
BNIC v. Yves Aubert, Case 136/86 [1987] ECR 4789
Gebhart, C-55/94 [1995] ECR I-4165
Hoffman la Roche/Commission, Case 85/76 [1979] ECR 461
Höfner and Elser v. Macrotron, Case 41/90 [1991] ECR I-1979
Inno v. ATAB, Case 13/77 [1977] ECR 2115
Suiker Unie v. Comission, Case C-40/73 [1975] ECR 1663
Van Eyke Pascal v. ASPA NV, Case 267/86 [1988] ECR 4769
VBVB/ VBBB v. Commission, C-43/82 ve C-63/82, [1984] ECR 19

AT Komisyon Kararları

Arrow/BNIC, OJ L 379/1. (1982)
COAPI, OJ L 122, 2.6.1995
CNSD, OJ L 203, 13.8.1993
Pabst and Richarz/BNIA, O.J. L 231/24,(1976)

A.B.D. Mahkeme Kararları

Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982)
Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350
California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, 445 US 97 (1980)
FTC v. American Medical Association, 455 US 676(1982)
FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986)
FTC v. Ticor Title Insurance Co., 504 US 621 (1992)
Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)
Lafayette v. Louisiana Power &Light Co., 435 US 389 (1978)
National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)
NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 US 85 (1984)
Parker v. Brown, 317 US 341 (1943)

Rice v. Norman Williams Co., 458 US 654 (1982)

United States v. South-Eastern Underwriters Assn., 322 US 533 (1944)

Rekabet Kurulu Kararları

Elektrik Mühendisleri Odası (EMO), 23529 RG.

Türkiye Eczacılar Birliği (TEB), 24524 RG.