

Rekabet Kurumu'nun Merceği Altında Yeni Bir Piyasa: İşgücü

Doç. Dr. Koray Demir & Doç. Dr. Ulaş Baysal

Rekabet Kurulu 10.11.2020 tarihli açıklamasında sekiz özel hastane hakkında serbest hekimlerden talep edilen ameliyathane hizmet ücretlerinin birlikte belirlenmesi ve hastaneler arasında personel transferinin engellenmesi için yapılan centilmenlik anlaşması iddiaları ile soruşturma açtığını, 10.2.2021 tarihli açıklamasında ise ile yirmi bir özel hastanenin de bu soruşturmaya dahil edildiğini duyurmuştur. Kurul, 20.04.2021 tarihli bir duyurusunda da işgücü piyasasına yönelik centilmenlik anlaşmaları nedeniyle Türkiye genelinde 32 teşebbüs hakkında yeni bir soruşturma açtığını ilan etmiştir. Bu 32 teşebbüsün ekseriyetinin dijital platformlara sahip, inovasyona dayalı teknoloji şirketleri oldukları görülmektedir. Anılan duyurunun içeriğine bakıldığında¹ Kurum'un bahsi geçen soruşturma kapsamında işgücü piyasasını işçi ücretlerinin oluşumu dolayısıyla denetleyeceği anlaşılmaktadır. Öneri neticesinde Kurum'un birtakım bulgulara ulaştığı, bu bulgular ışığında söze konu teşebbüslerin işveren sıfatıyla işçi transfer etmeme, işçiler için öngörülecek ücretler bakımından bir tavan belirleme gibi uygulamalar içerisinde oldukları ve soruşturma kapsamında bu iddiaların tetkik edileceği de görülebilmektedir.

Bahse konu soruşturma birçok açıdan ilgi çekicidir. Bunlardan ilki, klasik rekabet teorisinde rekabet hukukunun maddi uygulama alanına dâhil olmadığı düşünülen işgücü piyasasının bahsi geçen soruşturmalar ile bu çapta ilk kez denetlenecek

¹ Duyuru metnine şu adresten ulaşılabilir: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/isgucu-piyasasına-yonelik-centilmenlik-a-d8bc3379bea1eb11812e00505694b4c6> (Erişim Tarihi: 22.04.2021).

olmasıdır². Özellikle 20.4.2021 tarihli duyuruda ilan edilen soruşturmanın, sadece işgücü piyasasına odaklanan bir soruşturma olması soruşturmayı özel bir konuma sokmaktadır.

Bu manada akla hızlıca şu sorular gelmektedir:

- *Acaba Rekabet Kurulu'nun işgücü piyasasını denetleme yetkisi mevcut mudur veya ne ölçüde mevcuttur?*
- *Duyuruda bahsedilen centilmenlik anlaşması Kurul tarafından ne şekilde anlaşılacak ve unsurları nasıl ortaya konacaktır?*
- *Soruşturulan şirketlerde çalışan işçiler veya bu şirketlerin birinden ayrılıp diğerine yaptığı iş başvurusu reddedilen işçiler bakımından kartel tazminatı veya başka alacak davaları açılabilir mi?*

Bu manada anılan soruşturma ile ilgili olarak işgücü piyasasının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") üzerinden denetlenip denetlenemeyeceği veya ne ölçüde denetlenebileceği, centilmenlik anlaşması kavramının ne olduğu, işçilerin kartel tazminatı talep edip edemeyeceği gibi soru ve sorunlar konusunda aşağıda belirtilen öz ve ön değerlendirmelerde bulunmak mümkündür:

● **İşgücü Piyasası RKHK Kapsamında Denetlenebilir Mi / Ne Ölçüde Denetlenebilir?**

Piyasa, arz ve talebin buluşarak fiyatları oluşturduğu, birbirlerinin yerine geçebilecek, birbirlerine ikame edilebilecek faktörlerin bu fiyatlar üzerinden ve para kullanılarak el değiştirdiği yere denir. Her piyasanın arz edenler ve talep edenler olmak üzere olmak üzere iki tarafı vardır.

Bu manada işgücü de bir piyasadır. Bu piyasada işçiler emeklerini arz etmekte, işverenler de bu emeği talep etmektedir. İşgücü piyasasında da arz ve talep dengesi üzerinden işçi ücretleri, yani işgücünün fiyatı oluşur. İşgücünü arz eden biri olarak çok

² Daha önce bu konuda Kurumun bazı işlemleri olmakla birlikte, bu denetimler çok sınırlı gerçekleşmiş, sonucu görüş bildirme ile sınırlı kalmıştır. Örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun, 03.03.2011 tarih ve 11-12/226-76 sayılı kararı; 28.3.2013 tarihli ve 13-17/245-120 sayılı kararı; 7.2.2019 tarih ve 19-06/64-27 sayılı kararı; 2.1.2020 tarih ve 20-01/3-2 sayılı kararı.

talep olunmayan ya da fazlaca arz olunan bir mesleğe sahipseniz, ücret talebiniz o kadar baskılanır. Çok talep olunan, ama o ölçüde de arzı kısıtlı bir mesleğiniz varsa, ücret konusunda oldukça rahat olabilirsiniz.

Ancak işgücü piyasası diğer piyasalardan önemli ölçüde ayrışır. Diğer piyasalarda talep azaldıkça arz da azalır. Örneğin bir piyasada on daktilo üreticisi yılda yüz daktilo üretiyorsa ve fakat daktilo talebi her geçen yıl düşüyorsa, artık istenilen karlılığa erişemeyen teşebbüsler bu piyasayı terk ederek ellerindeki üretim faktörleri ile kar hedefini sağlayabilecekleri başka piyasalara, talebin artış trendinde olduğu piyasalara yönelirler. İşgücü piyasasında ise durum farklıdır. Mesleğime olan talep düştü ve artık istediğim ücreti alamıyorum diye düşünen vasıflı bir işçinin bu mesleği bırakayım ve talebi artan bir mesleğe geçeyim deme şansı yoktur. Dört yıllık bir üniversite eğitimi neticesinde avukat olan kişinin, piyasadaki avukat fazlalığı ücreti baskılıyor diye tıp eğitimi alıp doktor olması ihtimali oldukça düşüktür. Olsa da kişi yıllar süren eğitimini tamamlamadan piyasa koşulları tekrar değişmiş olur. Bu manada işgücü piyasası anomali bir pazar olarak tanımlanır.

İşgücü piyasasında da rekabet mevcuttur. Bu çerçevede işverenler vasıflı işgücü için, işçiler de iyi çalışma koşulları dolayısıyla kendi aralarında yarışır. Ancak işgücü piyasasında işçiler arasında yaşanan rekabet, tarihi olarak insanca görülemeyecek neticeler doğurmuştur. İngilizlerin “warm beds” diye tabir ettikleri, bir fabrikada yüz işçinin on iki saatlik iki vardiya halinde çalışıp, işverenin işçilerin uyuması içinse sadece elli yatak alması yasa koyucunun işgücü piyasasındaki rekabeti düzenlemesine yol açmıştır. Bugün için işgücü piyasası özellikle Kıta Avrupası geleneğinden gelen ülkelerde bireysel ve toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku üzerinden yoğun şekilde regüle edilmiş bir pazar hüviyetine sahiptir.

Görüldüğü üzere işgücü piyasasında da rekabet olduğu için bu piyasaya da RKHK uygulanabilir diye düşünmek ilk bakışta mümkün olsa da rekabet teorisinde hâkim görüş bunun aksi istikametindedir. Rekabet hukukunun yazılı olmayan istisnaları mevcuttur. Örneğin kanunda bu kanun fikri ve sınai haklardan kaynaklı tekel haklarına uygulanmaz şeklinde açık bir hüküm yoktur. Ama bir patente yirmi yıllık tekel hakkı

tanınmazsa, teknolojik gelişimin sekteye uğrayacağı bilindiğinden fikri ve sınai haklardan kaynaklı tekel hakları rekabet hukukunun maddi uygulama alanı dışında kabul edilir.

İş ilişkileri de uzun süre sair sebeplerle³ bu türden bir istisna alanı olarak addedilmiştir. Bu sebeplerin başında yukarıda belirtilen işgücü piyasasına hakim anomali gelir. Aynı zamanda genel kanaat ve tecrübe, işgücü piyasasında sınırlanmamış, serbestçe yaşanan rekabetin faydadan çok zarar getirdiği yönündedir. Her halükarda iş hukukunun kapsamlı regülasyonları ve kendine has çözüm yollarının tatminkâr sonuçlara ulaşıyor olması da işgücü piyasasının geleneksel olarak rekabet hukukuna konu olması gerekliliğini doğurmamıştır. Elbette ki bu söylenenler Kıta Avrupası'nın klasik bakış açısını taşımaktadır. Fakat Amerikan hukukunun da etkisiyle Kıta Avrupası hukukunda bu bakış açısı yumuşamakta, söz konusu istikamette denetimlerin mümkün olabileceği dile getirilmektedir⁴. Çünkü Amerikan hukukunda işçi-işveren ilişkilerine rekabet hukukunun uygulanacağı genel kabul görmektedir ve bu konuda çeşitli örnek kararlar mevcuttur⁵. Ancak bilinmelidir ki, Amerikan iş hukuku Kıta Avrupası'na nazaran özel hukuk karakteri daha ağır basan bir disipline sahiptir.

Netice itibariyle şunu tespit edebiliriz: Bizim de dâhil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde rekabet otoritelerinin işgücü piyasasını denetlemeleri mutlak yetki alanı içinde görülmez. Bu bakımdan söz konusu soruşturma ve hukuki sonuçları Kıta Avrupası hukukları bakımından da ilgi çekici ve emsal oluşturabilecek niteliktedir.

³ Sebepler için bkz. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, N. 257 vd.

⁴ Bu konuda benzer yönde bkz. <https://www.noerr.com/en/newsroom/News/war-for-talents-in-the-crosshairs-of-competition-authorities> ve <https://www.steptoantitrustblog.com/2019/01/new-year-resolution-eu-antitrust-compliance-teams-putting-hr-practices-radar-screen/> (Erişim Tarihi: 22.04.2021).

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf> (Erişim Tarihi: 22.04.2021).

Centilmenlik Anlaşması Nedir?

Yukarıda da ifade olunduğu üzere Kurum ilgili duyurusunda centilmenlik anlaşması (gentlemen's' agreement) tabirini⁶ kullanmaktadır. Mezkûr soruşturma üzerinden bu kavramın hukukumuzda ilk defa tanımlanabilecek olması da ayrı bir hukukçular için merak ve heyecan sebebidir.

Adam Smith, Milletlerin Zenginliği (Wealth of Nations) kitabının 34. sayfasında şöyle der:

"Aynı ticaret sahasından kişiler sık olmasa da ve sadece eğlence amaçlı da olsa bir araya geldiklerinde sohbetleri hep topluma karşı bir komplo veya fiyatların artırılması planı ile sona erer. Böyle toplantıları bir kanunla engellemek mümkün değildir; çünkü böyle bir kanun hem uygulanamaz hem de özgürlük ve adaletle de bağdaşmaz"

Rekabet hukukunda ne zaman centilmenlik anlaşması kavramı tarif edilecek olsa Adam Smith'in bu sözlerine atıf yapılır. Çünkü centilmenlik anlaşması en hafif anlaşma türlerinden biridir. Esasen ortada borçlar hukuku anlamında bir uzlaşma, iradelerin örtüşmesi dahi mevcut değildir. Adam Smith'in de verdiği örnekte olduğu gibi bir düğünde bir araya gelen iki tacir sohbet sırasında olan bitenden yakınmak şeklinde konuşur. Alman Hukuku'nda bu centilmenlik anlaşmalarını anlatmak için "kahvaltı karteli" (Frühstückskartelle) tabiri de kullanılır. Bu türden "sohbetlerin" rekabet hukukunca cezalandırılabilmesinin temel koşulu, önce sohbetin, sonra da, sohbet neticesinde sohbe katılan şahısların her birinde söylenenlerin ciddiye alındığı ve uygulanacağı algısının olduğunun, bu zihni kaydın ispatlanması gerekecektir. Bu manada centilmenlik anlaşması tabiri Kurul'ca yukarıda açıklanan anlamda kullanılıyorsa, ispatı güç ve uç bir ihlal iddiası söz konusu olduğundan ispat meselesi hukuki tartışmaların merkezinde yer alacaktır.

⁶ Ayrıntısı için bkz. Roland von Büren/Eugen Marbach, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2002, s. 251.

Kartelin Zarar Görenleri: İşçiler?

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58/1'e göre; "*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.*" Bahsi geçen düzenlemenin ikinci fıkrası ise "*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*" şeklindedir. Uygulamada "*Üç kat tazminat*" adı verilen bu tazminat türü zararı gidermek dışında güçlü konumunu kullanarak karşı tarafa zarar verenleri cezalandırmak amacını taşımaktadır. Bu tazminatın talep edilebilmesi için zarar verenin kusurlu olması ve maddi bir zarara uğranılmış olması gerekmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58/2 uyarınca zarar görenin uğradığı maddi zarar veya zarar verenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârlar, üç katına kadar tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58 hükmü yukarıda belirtildiği üzere kartel anlaşmasından zarar gören kimselerin kartel tazminatı davası açabileceğini öngörmektedir. Kanun koyucu "*zarar görenler*" konusunda "*rakip teşebbüsler*" gibi bir kısıtlama getirmemiş, kullandığı ifadeyle hakkın kişiler bakımından kapsamını geniş tutmuştur. Nitekim kartellerden zarar gören tüketicilerin ilgili düzenleme kapsamında tazminat talep edebilecekleri Türk mahkemeleri tarafından da farklı kararlarda ifade edilmiştir⁷. Ancak bugüne kadar işçiler bakımından bu şekilde bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinin önüne gelmemiştir. Böyle bir uyuşmazlığın mahkemelerin önüne gelmesi halinde, görevli mahkeme, tazminatların hesaplanması, zamanaşımı uygulaması gibi birçok husus çözüme muhtaç görünmektedir.

⁷ Örnek olarak bkz. İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi 09.05.2017 tarih, 2016/152 E., 2017/192 K. sayılı karar; yine ilgili davaların Kurulun vereceği karara göre sonuçlandırılması yönünde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.9.2019 tarih ve E. 2019/1422, K. 2019/8836 sayılı kararı; zarar görenlerin tüketici olması halinde davanın tüketici mahkemesinde açılması gerektiği yönünde Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 20.6.2017, 2016/10649 E. , 2017/5244 K. sayılı kararı.

Kartel tazminatı haricinde ücret farkı alacağı talebinin soruşturma kapsamındaki şirketlerden talep edilip edilemeyeceği ayrı bir soru olarak kenarda durmaktadır. Yine soruşturmanın sonucuna göre, soruşturma kapsamındaki bir şirkette çalışmakta iken veya böyle bir şirketten ayrıldıktan sonra soruşturma kapsamındaki diğer bir şirkete yaptığı başvurusu reddedilen işçinin ayrımcılık tazminatı talep edip edemeyeceği, centilmenlik anlaşmalarıyla işçinin ücretinin düşük tutulmasının işçiye İş Kanunu m. 24 bakımından haklı fesih imkânı verip vermeyeceği gibi birçok türev uyuşmazlıkla karşılaşılması muhtemeldir. Bu kapsamda gündeme gelmesi muhtemel uyuşmazlıklardan biri centilmenlik anlaşması çerçevesinde asıl işverenin işçisi olması kısıtlanan alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi olsalardı talep edebilecekleri hakları talep etmelerinden doğabilecektir.

Sonuç itibarıyla iş hukuku ve rekabet hukukunun geniş bir kesişim kümesinde değerlendirilmesi gereken soru ve sorunlar silsilesi Türk hukukunun kapısının önünde durmaktadır.