

## İşgücü Piyasalarında Rekabetin Sınırları: Çalışan Ayartmama Anlaşmaları ve Yan Sınırlama Savunması Açısından Bir Analiz

Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") işgücü piyasalarına yönelik rekabet ihlalleri nedeniyle ilki 2021 yılında olmak üzere birbiri ardına başlattığı soruşturmalar oldukça yankı uyandırdı. İnovasyona dayalı teknoloji şirketlerinden oluşan 32 teşebbüs hakkındaki soruşturma sonucunda soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin bir kısmı hakkında uygulanan yüksek idari para cezalarının ardından, çoğunluğu ilaç sektöründe faaliyet gösteren 19 teşebbüs hakkında başlatılan soruşturma ve geçtiğimiz günlerde sonuçlanan bilişim sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslere yönelik soruşturma, Kurul nezdinde işgücü pazarlarındaki rekabet sorunlarının gündemdeki sıcaklığını korumaya devam edeceğini göstermekte ve farklı sektörlerin de mercek altına alınarak işgücü piyasasına yönelik rekabeti sağlamak amacıyla birçok denetleme yapılacağı öngörüsünü desteklemektedir.

### Çalışan Ayartmama Anlaşmaları (no-poaching agreement) Nedir?

Çalışan ayartmama anlaşmaları ("no-poaching agreements"), bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün çalışanlarına iş teklif etmemesi veya bu çalışanları işe almaması üzerine kurulu olarak doğrudan veya dolaylı şekilde yapılan anlaşmalardır. Çalışan ayartmama anlaşmaları genellikle işverenler arasında yapılmakla birlikte işverenler ile işgücü sağlayıcıları arasında da yapılabilmektedir. İşletmelerin sınırlı işgücü kaynakları üzerinde rekabet etmekten vazgeçerek karşılıklı olarak anlaşmaya vardıkları bu tip anlaşmalar, işgücü piyasasında rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabileceğinden rekabet hukuku kurallarının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir.

Bu tür anlaşmalar işverenler arasında veya işveren ve işgücü sağlayıcı arasında farklı biçimlerde olabilmektedir. İki veya daha fazla işveren arasında, belirli çalışanları ayartmama veya işe alıp almama konusunda bir uzlaşma sağlanabilir veya işverenler, işgücü sağlayıcılarla (örneğin, işe alım firmaları) yapılan anlaşmalarla, belirli çalışanları işe almama veya ayartmama hususunda bir anlaşma sağlayabilirler. Bu tür anlaşmaların katı şekilde uygulandığı yahut karşılıklı onay şeklinde daha esnek uygulamaların da yapıldığını söylemek mümkündür. Örneğin yapılan anlaşma tarafların birbirlerinin çalışanlarını transfer etmemeyi ve buna yönelik herhangi bir istisna tanımamayı içerebilir. Diğer bir senaryoda ise teşebbüsler karşılıklı bir onay mekanizmasına dayalı olarak esnek bir şekilde çalışan transferlerini sınırlandırabilirler. Bu durumda, taraflar çalışan geçişlerini tamamen yasaklamazlar, ancak sadece karşılıklı olarak onayladıkları geçişlere izin verirler.

Çalışan ayartmama anlaşmaları, işgücü piyasasındaki rekabeti olumsuz etkileyebileceği gibi çalışanların yeni bir iş bulma veya iş değiştirme özgürlüklerini kısıtlayabilir. Bu sebeple,

bir çok ülkede rekabet otoriteleri, bu tür anlaşmaları rekabet yasalarına aykırı olarak değerlendirmekte ve yasaklamaktadır. Bu tür anlaşmaların değerlendirilmesinde temel kriter, işgücü kaynaklarına yönelik rekabet karşıtı bir husus üzerinde anlaşma sağlanıp sağlanmadığıdır.

Çalışan ayartmama anlaşmaları her durumda bir rekabet ihlali olarak değerlendirilmez. Örneğin bir teşebbüse bilgi teknolojileri kapsamında hizmet sağlayan bir teşebbüsün, müşterisine sağladığı hizmetlerde kilit rol üstlenen personelinin, daha sonra müşteri tarafından aradaki ticari ilişki sonlandırılarak kendi bünyesinde istihdam edilmek üzere değerlendirilmesi ve işe alınması durumunda, kuşkusuz ki hizmet sağlayıcı teşebbüsün, personelinin eğitmek ve desteklemek için harcadığı zaman, emek ve masrafı korumak amacıyla, müşterileri ile akdettikleri sözleşmelerde müşteriye sunulan hizmetlerin ifasından sorumlu kilit personelin daha sonra müşteri tarafından işe alınmasını önleyici hükümlere yer vermek istemesi, ilk bakışta makul bir talep olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde, müşteriler de hizmet sağlayıcıların kendi personelinin işe almasını engellemeye çalışabilir. Bu, müşterilerin genellikle ilgili iş birimi ile ilgili olarak müşterinin hizmet sağlayıcıya göre daha az sayıda personelden oluşan bir ekibe sahip olmaları ve personellerini eğitmek için önemli zaman ve emek harcamış olmaları nedeniyledir. Ayrıca, müşteriler, kilit çalışanlarının hizmet sağlayıcılar tarafından transfer edilmesinin, hizmet sağlayıcılara olan bağımlılıklarını artırma riskinden de endişe etmektedirler. Bu nedenle, müşteriler de hizmet sağlayıcılarla akdettikleri sözleşmeler bakımından sözlü veya yazılı şekilde çalışan ayartmama ile ilgili düzenleme yapılmasını talep edebilirler.

### **Yan Sınırlama Doktrini Bakımından Çalışan Ayartmama Anlaşmaları**

Yan sınırlamalar, bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan kısıtlamalar olarak tanımlanmaktadır. Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'da yan sınırlama kavramı yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar olarak ifade edilmiştir.

Bir çalışan ayartmama anlaşması, işverenler arasında meşru bir işbirliği ile (örneğin bir birleşme veya ortak girişim gibi) doğrudan ilgili değil ise veya bu işbirliği ile ulaşılmak istenen hedef bakımından gerekli değil ise açık (naked) olarak nitelendirilmektedir.

Uygulamada, çalışan ayartmama anlaşmalarının birleşmeler ve ortak girişimler açısından yan sınırlama olarak kabul edildiği birçok örnek mevcuttur. Nitekim birleşmeler ve ortak girişimler, taraflar arasında meşru bir işbirliği olduğunu gösterir ve yan sınırlama doktrini

kapsamında çalışan ayartmamaya yönelik hükümler, "doğrudan ilgililik" ve "gereklilik" ölçütleri bakımından objektif olarak incelenir.

ABD rekabet hukukunda, Adalet Bakanlığı (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC), çalışanları ayartmamaya yönelik açık anlaşmaları ve açık ücret tespiti anlaşmalarını rekabete aykırı olarak değerlendirmekte ve per se rekabet ihlalleri arasında kabul etmektedir.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda, yoğunlaşma işlemlerinde, çalışanları ayartmama hükümleri, doğrudan ilgililik ve gereklilik ölçütlerini sağladığı sürece "yan sınırlama" olarak kabul edilmektedir ve doğrudan yasaklanmamaktadır. Bununla beraber, istihdam koşullarının belirlenmesi, yan haklar ile ilgili koşulların belirlenmesi, ücret tespiti gibi hususlarda rakip teşebbüsler arasında anlaşma sağlanması, Avrupa Komisyonu ve AB rekabet otoriteleri tarafından da rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirilmektedir.

Son yıllarda, çalışan ayartmama anlaşmalarının değerlendirilmesine yönelik yaşanan gelişmeler, bu tür anlaşmaların yoğunlaşma işlemleri dışında sayabileceğimiz rakipler arasında veya dikey ilişkide sağlayıcı-alıcı arasındaki diğer bazı anlaşmalar açısından da yan sınırlama olarak kabul edilip edilemeyeceğine yönelik tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Özellikle teşebbüslerin savunmalarında, incelemeye konu edilen çalışan ayartmama hükümlerinin yan sınırlama olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı amaç yönünden mutlak ihlal sayılmayacağı yönünde savunmalarda bulunduğu görülmektedir. İşgücü piyasaları yönünden mercək altına alınan sektörler bakımından yürütülen inceleme ve soruşturmalar kapsamında bu husus ülkemizde de son zamanlarda oldukça önemli bir tartışma konusudur. Kurul'un, bu kapsamda bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için öncelikle yazılı olarak akdedilmiş olması ve sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı, bu tartışmaya yeni bir boyut kazandırmıştır. Ancak, yan sınırlamanın yazılı olmasını öngören bir hukuk kuralının olmaması nedeniyle, Kurul'un bu şartı araması yoğun eleştirilere maruz kalmıştır.

Kurul, bu yaklaşımını, sözlü anlaşma iddiasında tarafların savunmaları ve delillere yansıyan beyanları esas alınabileceğinden, kapsamı belirsiz olan bir anlaşmanın hukuki sınırlarının net bir şekilde tespit edilemeyeceği şeklinde gerekçelendirmekte ise de idare hukukuna hakim olan kanunilik ilkesi bakımından Kurul'a böyle geniş bir takdir yetkisinin tanınamayacağı da eleştirilerin temelini oluşturmaktadır.

Kurul yan sınırlamaları değerlendirirken, doğrudan ilgili olduğunu tespitinin ardından makul ölçüde gerekli olup olmadığını tespit etmekte, sınırlamanın niteliği, süresi ve

kapsamını da dikkate almaktadır. Örneğin İstanbul'da bir alışveriş merkezi satışında rekabet yasağı satıcının yedi yıl boyunca Marmara bölgesinde alışveriş merkezi işletmesini engelliyorsa, böyle bir rekabet yasağının aşırı derecede geniş ve hem coğrafi kapsam hem de süre yönünden rekabet endişelerine yol açacağı açıktır. Diğer taraftan, rekabet yasağı alışveriş merkezine bir kaç km yarıçaplı bir alanda 3 yıl süre için geçerli olduğunda, bu durum alıcının yatırımının değer kaybına ilişkin potansiyel endişelerini gidermek için daha uygun ve makul görünmektedir. Benzer bir yaklaşım çalışan ayartmama anlaşmaları bakımından da geçerli olacaktır. Çalışan ayartmama anlaşmalarında, söz konusu kısıtlamaların, personelin teşebbüse kattığı değeri korumak için mümkün olduğunca dar bir şekilde düzenlenmelidir.

Kurul'un çalışan ayartmama anlaşmalarını değerlendirdiği kararlarında çalışan ayartmamaya ilişkin anlaşmaların niteliği ve etkileri bakımından açık ve ağır ihlal olarak kabul edilmesi gerektiği, bu anlaşmaların amaç yönünden ihlal oluşturduğu ve tüketici zararına yol açabileceği yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır<sup>[1]</sup>.

Ancak Kurul'un, teknik bilgi ve becerinin önemli olduğu, inovasyona dayalı sektörlerde, dar kapsamlı olarak düzenlenen çalışanların transferini yasaklayan anlaşmalara muafiyet tanıdığı kararları da bulunmaktadır. Kurul'un yan sınırlama doktrini kapsamında değerlendirmelerde bulunduğu bir diğer kararında<sup>[2]</sup> rekabet yasaklarının yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma", "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" ve "orantılılık" kriterlerini sağlaması gerektiğini, taraflarca 2 yıllık bir süre için öngörülmüş olan istihdam etmeme yükümlülüğünü sınırlamanın sadece taraflar için ve devir konusu ile ilgili olması, süresinin de makul olması ve alıcının yapmış olduğu yatırımın geri dönüşü için bu sınırlamanın gerekli olması sebebiyle yan sınırlama olarak kabul etmiştir. Bu değerlendirmeler, yoğunlaşma dışındaki çalışan ayartmama anlaşmalarının yan sınırlama olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda birer referans olarak dikkate alınabilir.

Kurul kararlarında çalışan ayartmama anlaşmalarının süre ile kısıtlı olup olmadığı, kısıtlamanın makul bir ticari menfaate dayanıp dayanmadığı, makul olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği ve bu gerekçenin sözleşmede açıkça belirtilip belirtilmediği gibi hususları incelediği görülmektedir.

İşverenler arasında ücretleri sabitlemeye ve çalışan mobilitesini kısıtlamaya yönelik anlaşmaları yasaklanması kuşkusuz işgücü piyasalarındaki rekabeti korumaktadır, kaynakların etkin dağılımının bozulmasının önüne geçmekte ve bu alanda adil bir rekabet ortamının tesis edilmesinde son derece önemlidir. İşgücü piyasalarındaki rekabetin korunması ve teşvik edilmesi, çalışanlar için daha iyi ücret ve yan haklar ile istihdam

fırsatlarına olanak sağlayacaktır. Ancak her çalışan ayartmama anlaşmasını da bu kapsamda değerlendirmemek gerektiği, işlemle ilgili ve makul ölçüde gerekli olan anlaşmaların da yan sınırlama doktrini kapsamında ele alınması gerektiği de açıktır.

Rekabet hukukuna uyum kapsamında, işverenlerin istihdam koşullarının kıyaslanması amacıyla birbirleriyle hassas bilgi paylaşımından kaçınmaları gerekmektedir. Bu konu ile ilgili olarak çoğunlukla maaş bilgisi düşünülse de hassas bilgi değerlendirmesi yapılırken, bir kişinin bir iş sözleşmesine girmesi veya bir iş sözleşmesine bağlı kalması kararını etkileyebilecek olan "istihdam şart ve koşullarının tamamı" düşünülmelidir.

Tarafı olunan bir işlemde bu yönde bir kısıtlama talebi olduğunda, bu kısıtlama ile hangi unsurların korunmaya çalışıldığını, bu korumaya gerçekten ihtiyaç olup olmadığı ve kapsamını doğru şekilde analiz etmek son derece önemlidir. Tüm bu hususların doğru analizi tarafların makul bir kapsam dahilinde, rekabete aykırı olmayan bir anlaşmaya ulaşmalarını sağlayacaktır.

*Asya Naz Kızılırmak'a katkılarından dolayı teşekkür ederiz.*

[1] Rekabet Kurulu'nun 11.11.2021 tarih ve 21-55/765-381 sayılı kararı

[2] Rekabet Kurulu'nun 18.06.2009 tarih ve 09-29/602-143 sayılı kararı