

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/13846

Karar No. 2011/13653

Tarihi: 09.05.2011

İlgili Kanun / Madde

4857.S.İşK/2

-
- **ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN MUVAZAAYA DAYANIP DAYANMADIĞININ TESPİTİ**
-
-

ÖZETİ İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı yasanın 1. maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Alt işveren bu bildirimi asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca resen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar da kesindir. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması halinde alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konulan 5763 sayılı Yasayla iş kanununda yapılan değişiklikler be buna bağlı olarak çıkanları Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte yazılı alt işverenlik sözleşmesinden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt işveren Yönetmeliğimde,

"1) işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt

işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kumlan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri" ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır

DAVA :Davacı, kıdem tazminatı, toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş.Çil tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi davalıya ait işyerinde 01.01.2001 tarihinde işe girdiğini, 31.03.2007 tarihinde muvazzaf askerlik görevini yapmak için ayrıldığını, askerlik görevinin bitiminden iki gün sonra eski işinde çalışmak için başvurduğunu ancak üniversite tarafından şirkete başvurmasının gerektiğinin beyan edildiğini, bunun üzerine temizlik şirketine müracaat ettiğini ve yeni ihaleyi alan şirket işçisi olarak kısa bir süre çalıştıktan sonra iş sözleşmesine son verildiğini belirterek kıdem tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunumun 31.maddesine göre tazminat, izin ücreti ve toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacakların davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı üniversite savunmasında davacı ile aralarında bir hizmet sözleşmesinin bulunmadığını, davacının temizlik şirketinin elemanı olduğunu, davanın usule ve hukuka aykırı olduğunu beyanla reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, Gaziantep Üniversitesinin temizlik ve ilaçlama hizmetlerinin muhtelif tarihlerde taşeron firmalara ihale edildiği, hizmet alım sözleşmesinin sona ermesi ve yeni bir taşeron firmanın ihaleyi almasına kadar geçen süre içinde temizlik hizmetlerinin aksamadan devam ettiği ve taşeron firmanın değişmesine rağmen çalışan işçilerde bir değişikliğin olmadığı, işçiler tarafından yürütülen hizmetlerin ise Gaziantep Üniversitesi bünyesindeki birimlerde gerçekleştiği gerekçesiyle davalı asıl işveren olarak değerlendirilmiş ve toplu iş sözleşmesine dayalı olarak yapılan hesaplamalara göre isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı yasal süresi içinde taraflar temyiz etmiştir.

1.Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının tüm temyiz itirazları ile davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Taraflar arasında temel uyuşmazlık davalının gerçek işveren olup olmadığı ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlara göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümü ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da

yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır.

Alt işverenlik Yönetmeliğimin 11. maddesinde de asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve İş Kanunu'nun 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı yasa ile İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrı durumlardan tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Alt işverene verilmesi mümkün olmayan birinin bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu „ işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K.)

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı yasanın 1. maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Alt işveren bu bildirimi asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca resen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar da kesindir. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması halinde alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konulan 5763 sayılı Yasayla iş kanununda yapılan değişiklikler be buna bağlı olarak çıkanları Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte yazılı alt işverenlik sözleşmesinden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt işveren Yönetmeliğimde,

"1) işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kumlan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri" ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.

Somut olayda davalı üniversite temizlik ve ilaçlama hizmetlerini ihale yoluyla alt işverenlere vermiş, alt işverenler zaman zaman değişmiştir, işçilerin aynı şekilde yardımcı iş niteliğindeki bu işlerde

Çalışmaya devam etmeleri yukarıdaki hükümler ile Borçlar Kanunu genel muvazaa kriterleri açısından muvazaanın kanıtı sayılamaz, işçilere işin yürütümü ile ilgili bazı talimatların asıl işveren yetkililerince verilmiş olması da başlı başına muvazaayı göstermez. Temizlik işinin gereği gibi yapılmaması karşısında asıl işveren yetkililerinin işin kontrolünü üstlenmesi ve alt işveren yetkilileri ile işçileri bu yönde uyarmaları imkn dhilindedir.

Dosya içinde alt işverenlik sözleşmeleri de bulunmakta olup yardımcı işlerin alt işverene bırakıldığı, sözleşmelerin yasalara uygun olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı ile alt işverenler arasında yapılan sözleşmelerin muvazaaya dayandığı somut olay yönünden kanıtlanabilmiş değildir. Böyle olunca alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün olmadığından davalı niversite ile davacının yesi bulunduğu sendika arasında bağıtlanan toplu iş sözleşmesinin davacıya uygulanması mümkün değildir. Mahkemece toplu iş sözleşmesi farklarının hesaplanarak hüküm altına alınması ile yıllık izin creti hesabında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin gözetilmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.