

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2012/31079

Karar No. 2013/11184

Tarihi: 04.04.2013

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İŞK/2

- *MUVAZAA*
- *İŞVERENİN KAMU KURULUŞU OLMASININ MUVAZAA KOŞULLARI AÇISINDAN ÖNEMLİ OLMAMASI*

ÖZETİ 5538 sayılı Yasa ile İş Kanununun 2 nci maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. 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 Kanununun 5 inci 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 da bu doğrultudadır

DAVA

:Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı ile davalılardan Hazar Sosyal Hiz. Yem. İnş. Petrol. Nak. San. ve Tic. Ltd. Şti. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi E. Sevgi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili 20/01/2012 tarihinde işlem gören dilekçesinde özetle ,müvekkilinin davalı TPİC şirketinin yurt içinde bulunan petrol, gaz arama ve üretim sahalarında Hazar Limited Şirketi sigortalısı olarak 15.03.2011 tarihinden itibaren çalışırken iş akdinin 01.01.2012 tarihinde sözlü olarak iş akdinin feshedildiğini fesih haksız olduğunu beyan ederek feshin geçersizliğine davacının işe iadesine, kararın kesinleşmesinden itibaren davacının yasal süre içerisinde başvurusu halinde çalıştırılmadığı süre için 4 aylık ücreti ve diğer tüm haklarının, ve yasal süre içerisinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının 8 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesi ve davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Hazar şirketi vekili, davacının baş makinist sıfatı ile çalıştığını, çalışmakta olduğu projede iş gücüne ihtiyaç kalmaması sebebiyle işten çıkartıldığını beyan ederek açılan davanın reddini savunmuştur.

Davalı Turkish Petroleum International Company Limited, müvekkili şirketin bir ihale makamı olduğunu, ihale ettiği işi maktu bir ücretle diğer davalıya verdiğini, bu nedenle diğer davalı ile müvekkili şirket arasındaki ilişki sözleşme gereği müteahhit- ihale makamı ilişkisi olduğunu beyan ederek açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının davalı Hazar şirketi işçisi olduğu davalılar arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olmayıp müteahhit ihale makamı ilişkisi olduğu kanaatine varılarak davalı Turkish Petroleum International Company Limited yönünden reddine, diğer davalı Hazar Sosyal Hiz. Yem. İnş. Petrol Nak. San. Tic. Ltd. Şti yönünden feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili ile davalı Hazar Sosyal Hiz. Yem. İnş. Petrol Nak. San. Tic. Ltd. Şti vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, davalılar arasında asıl işveren, alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığı, bu şekilde bir ilişki varsa muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara 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 gerekmektedir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Yasanın 2 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, 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 amacıyla İş Kanununun 2 nci maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Yasa ile İş Kanununun 2 nci maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanunun 2 nci

maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. 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 Kanununun 5 inci 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 da bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K.).

İş Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasanın 1 inci maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirim 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 re'sen muvazaaya araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz üzerine verilen kararlar 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 muvazaaya konuları, 5763 sayılı Yasayla iş kanununda yapılan değişiklikler ve buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte “yazılı alt işverenlik sözleşmesi”nden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt İşveren Yönetmeliğinde;

- 1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,
- 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan 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 davacı davalı Turkish Petroleum International Company Limited'in (TPIC) yurt içinde bulunan petrol, gaz arama ve üretim sahalarında diğer davalıdan sigortalı görünerek çalışırken iş sözleşmesinin sonlandığını belirtmiştir. Dosya kapsamına davalılar arasındaki sözleşme getirilmiştir. Sözleşmenin 5. maddesinde sözleşmenin konusu belirtilmiştir. Düzenlemeye göre davalı TPIC tarafından talep edilecek zaman ve mekanlarda davalı TPIC tarafından yürütülen sondaj, workover, log ve Wireline, Çimentolama ve benzeri servis hizmetlerinin ve talep edilecek tüm operasyonların TPIC tarafından temin edilecek malzeme ve makineler ile haftada 7 gün 24 saat çalışmak suretiyle hizmet alımı yapılması işi olduğu belirtilmiştir.

Mahkemece davalılar arasındaki ilişkinin asıl işverenlik-alt işverenlik ilişkisi olmadığı, müteahhitlik ihale makamlığı ilişkisi olduğu belirtilmiştir. Ancak davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığı, varsa bunun geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi mi yoksa muvazaalı mı olup olmadığını tespit için dosyadaki yapılan araştırma yetersizdir. Buna göre işyerinde bilirkişiler eşliğinde keşif yapılarak davacının nasıl bir iş yaptığı, davacının asıl işte mi çalıştırıldığı, davalı TPIC tarafından diğer davalıya yüklenen, ihale edilen bir hizmet bulunup bulunmadığı, kanuni yükümlülüklerden kaçınmak için davacının diğer davalı üzerinden sigortalı gösterilip gösterilmediği tespit edilip davalılar arasındaki sözleşme de değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

3- Davacı 15.03.2011-31.12.2011 tarihleri arasında çalışmış olup, kıdemine göre işe başlatmama tazminatının 4 ay olarak belirlenmesi gerekirken 6 ay olarak belirlenmesi de hatalıdır.

F) Sonuç :

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 04.04.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

