

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/32703
Karar No.	2016/17815
Tarihi:	13.10.2016

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İŞK/2,18-21

- **İŞE İADE DAVASININ SADECE ASIL İŞVERENE KARŞI AÇILMASI**
- **TEMSİLDE (HUSUMETTE) HATA**
- **ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN YASAYA UYGUN KURULDUĞU DURUMDA SADECE ASIL İŞVERENE AÇILAN DAVANIN HUSUMETTEN REDDİNİN GEREKMEŚİ**
-

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı ve dahili davalı avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının davalı ..., 'de işe başladığını, davalı şirketin bir takım hukuki sorumluluklardan kurtulabilmek adına müvekkilini başka şirketlerde sigortalı gösterdiğini, müvekkilinin iş akdinin hiçbir hukuki neden yokken davalı tarafından feshedildiğini, işe girişi noktasında yetkililerinin karar verdiğini, çalışma şartlarının tamamen tarafından belirlendiğini, bordrolama işlemini yapan ...nin bu konularda hiçbir yetkisinin olmadığını, müvekkilinin yaptığı işin mahiyet itibariyle alt taşerona devredilebilecek mahiyette bir iş olmadığını dolayısıyla müvekkilinin gerçek işverenin olduğunu belirterek, feshin geçersizliğinin tespiti ile müvekkilinin davalı'nde işe iadesine karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının müvekkil şirkette 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında herhangi bir çalışmasının bulunmadığını, davacınınA.Ş. nezdinde çalıştığını, müvekkil şirkete husumet yöneltilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Dahili davalı A.Ş. vekili, davanın husumet nedeniyle reddi gerektiğini, zira diğer davalı ile müvekkili şirket arasında muvazaa söz konusu olmadığı gibi müvekkil şirketin farklı bir

işkolunda hizmet verdiğini davacının tel işverenin müvekkili şirket olduğunu, yalnızca davalı'ye dava açılmış olmasının husumet eksikliğine neden olduğunu sonradan davaya dahil edilmek istenildiğini davanın husumet nedeniyle reddi gerektiğini, müvekkili şirketin diğer davalıya çağrı merkezi hizmeti sunulduğunu, davacı hakkında birçok tutanak tutulduğunu bu nedenle koçluk ve geri dönüş eğitimi verilmişse de defalarca uyarılmasına rağmen durumunda bir değişiklik olmadığı feshin son çare olması ilkesine uygun davranıldığını davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

MahkemeceA.Ş.'nin sadece personel temini ve bordrolamaya yönelik hizmet verdiği, davacının görevinin davalı ... Şirketinin asli görevi kapsamında bulunduğu bu nedenle davalı ... ile A.Ş. arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı, işverence davacının performansını artırıcı eğitici destek faaliyetleri verildiğini kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili ile dahili davalıA.Ş. vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve alt işverenA.Ş.'nin sonradan davaya dahil edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davacı dava dışı A.Ş. işçisi görünmesine rağmen gerçekte davalı işçisi olduğunu, davalı ile işvereni olarak görünen dava dışı şirket arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığını iddia ederek işe iade davasını, davalı'ye yöneltmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.

Asıl alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için, asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işi yada asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi gerekir. Verilen iş, mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir iş ise, bu tür bir ilişki doğmaz.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.

Alt-asıl işveren arasındaki ilişki, niteliğine göre, eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanır. Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır.

Bir asıl işin yasa kapsamında işveren tarafından alt işverene verilmesinin düzenlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır.

Muvazaa Borçlar Kanununda 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. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, alt işveren işçisi, aynı madde uyarınca başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri sayılacaktır. Böyle bir durumda işe iade isteyen alt işveren işçisinin asıl işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekir. Zira alt işveren gerçekte işveren değildir ve işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması, hangi alt işverenle çalıştıklarını bilmemesi gibi bulgular bu ilişkinin muvazaalı olduğuna işaret eden diğer özelliklerdir. Asıl iş, mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir ve bu iş doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alır ve üretimin zorunlu unsurdur. Asıl işverenin faaliyet alanına göre belirlenir.

Yardımcı iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan, ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iştir.

Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde,

Biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı,

Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları,

Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin, yardımcı işlerinden olup olmadığı,

Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı;

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı;

Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı;

İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı;

Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle

görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.

Diğer taraftan bir şirketin, ana faaliyet alanları kapsamında kalan asıl veya yardımcı işleri, Türk Ticaret kapsamında kendi içinde kurduğu bir şirket vasıtası ile yürütmesi, asıl-alt işveren ilişkisinden çok, işin bölünerek şirketleşmesi nedeni ile işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilir. Bu şekilde bir işlemde muvazaadan veya asıl-alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Ancak devirden sonra bu şirketten bu hizmetin alınması, alan işveren açısından asıl-alt işverenlik olarak değerlendirilebilir.

Keza belirtmek gerekir ki feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde, sözleşmede taraf sıfat bulunmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Davanın sadece asıl işverene karşı açılması halinde ise, husumetten yanılmaya göre durum değerlendirilmelidir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı, kısaca asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edildiğinde, husumetin tevcihinde hata kabul edilerek, alt işverene dava dilekçesi tebliğ edilerek, davalı taraf olarak davaya kabul edilmelidir. Davacı tarafın muvazaa veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddesindeki koşulları kapsamında kalmadığı iddia edildiğinde ise, davaya asıl işveren bakımında devam edilmeli ve sonuçta muvazaa bulunmadığı, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğu kabul edildiği takdirde, iş ilişkisinin tarafı olmayan asıl işveren yönünden feshin geçersizliği ve işe iade davasının husumetten reddi gerekir. Böyle bir durumda husumette yanılmadan söz edilemeyeceğinden, alt işverenin davaya dahil edilerek hakkında hüküm kurulması da hatalı olacaktır. Zira asıl-alt işveren ilişkisi olsa bile zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki davaya dahil edilen....Şirketi dava dışı Anonim Şirketi tarafından ana sözleşmenin 3. Maddesine göre kurulmuş bir şirkettir. Bu şirketleşme ileŞirketi kendi faaliyet alanı içindeki asıl işi olan çağrı merkezi hizmetleri yanında müşterilerinin satış ve pazarlama faaliyetlerinde bulunmalarına yönelik veri üretmek için kurulmuştur. şirketi bu özelliği ile diğer işverenlere de bu hizmeti sunmaktadır. Davalı ... Şirketi ise dava dışı Şirketinin büyük hissedarı olduğu bir şirkettir. Kısaca iştirakidir. Sonuçta aynı iştiraklar arasında bir hizmet alımı vardır.

Mahkemece davalı ile ... A.Ş. arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı kabul edilmişse de, davacı tanıklarınca emir ve talimatların Avea tarafından verildiği ifade edildiği ancak davalı tanıklarınca emir ve talimatların Assist çalışanlarınca verildiğinin ifade edildiği, davacıya ait şahsi sicil dosyasında, izinlerin Assist'ten alındığı, savunma alma işlemlerinin Assist tarafından yapıldığı, ve sonrası uyarıların Assist tarafından verildiği, davacının çağrı hizmeti yürüttüğü hizmet alım sözleşmesinin de buna ilişkin olduğu, çağrı hizmetinin alt işverene verilebilecek yardımcı iş niteliğinde olduğu, nitekim davalı A.Ş.'nin de faaliyet konusunun bu alanda olduğu, bu nedenlerle davalı ile dahili davalı arasında muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacı dava dilekçesinde muvazaa iddiasına dayanarak davasını'ye yönlendirmiştir, yargılama sırasında A.Ş. davaya dahil edilmişse de istisna teşkil eden bazı durumlarda uygulamada dahili dava dilekçesi ile davaya dahil edilme uygulaması söz konusu olmakla birlikte yargılamaya konu olayda davalı ile dahili davalı arasında zorunlu bir dava arkadaşlığından söz edilemeyeceği, aksinin kabulü durumunda yani olayımızda olduğu gibi davanın alt işverene değil de muvazaa iddiasıyla yalnızca asıl işverene karşı açılması halinde işe iade davalarında dava şartı olan 1 aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra davacının davasını alt işverene teşmil etmek suretiyle davaya dahil ettirerek yargılamaya devam edileceği gibi sonuç çıkacağı davacının muvazaa iddiasıyla asıl işveren aleyhine dava açtığı yargılamaya bu iddia üzerinden devam olunarak sonuçlandırılması gerekirken alt işveren olarak görünen şirketin davaya dahil edilerek karar verilmesi hatalı olup, davalı ile dahili davalı arasında muvazaaya dayanmayan hizmet alım sözleşmesinin bulunduğu, asıl işverenin işe iadeyle yükümlülüğü bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM :

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. DavanınŞirketi yönünden husumet yokluğundan, dahili davalı hakkında ise usulüne uygun dava açılmadığından REDDİNE,
 3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 4. Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 640.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
 5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre red sebeplerinin ayrı olduğundan 1.800'er TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalılara ayrı ayrı verilmesine,
 6. Peşin alınan temyiz harçlarının isteği halinde ilgisine iadesine,
- Kesin olarak 13/10/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.