

YARGITAY

7. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2013/25332

İlgili Kanun / Madde

Karar No. 2014/7330

4857 S. İşK. /2

Tarihi: 03.04.2014

4857 S. İşK. /14

- *ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN*
- *ELEKTRİK PİYASASI KANUNUNUN HİZMET ALIMI YAPILMASINA İZİN VERDİĞİ*
- *MUVAZAANIN BULUNMADIĞI*

ÖZETİ Elektrik Piyasası Kanununun 22. maddesinde: Lisans sahibi tüzel kişiler, lisansları kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olarak hizmet alımı yapabilecekleri, ancak, bu durumun ilgili lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan kaynaklanan yükümlülüklerinin devri anlamına gelmeyeceği, hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılacağı Elektrik Piyasası Kurulu tarafından belirleneceği bildirilmiştir. Lisans sözleşmelerine konu edilebilecek, üretim, dağıtım vb. faaliyetler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Lisans sahibi şirketin lisanstan dolayı yükümlülüklerinin devam etmesi ve müşterek sorumluluğu dolayısıyla herhangi bir usulsüz işlemde lisansının da iptal edileceği hususu gözönünde bulundurularak bazı müdahalelerde bulunması, aralarındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu göstermez. Somut olayda davacıya verilen iş tesisin işletilmesi, bakımı ve temizliği olduğundan ve davacı da bu işlerde çalıştırıldığından, taşeron işçilerinin denetlenmesi ve EÜAŞ işçileriyle birlikte çalışmaları 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 15.maddesine uygun olduğundan, kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olup işçi temini ve muvazaalı işlerde çalıştırılma sözkonusu olmadığından bu yönde bir iddia da bulunmadığından davanın reddi gerekirken mahkemece davalılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığının kabulüyle yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin kamu ihale kanuna göre hizmet alımı sureti ile "yüklenici olarak adlandırılan firmalar aracılığı ile EÜAŞ Genel Müdürlüğünün Afşin Elbistan B Termik Santrali İşletme Müdürlüğünde kaynakçı olarak istihdam edildiğini halen yüklenici olarak adlandırılan Teknoyapı Firması aracılığı ile davalı işletme bünyesinde çalışmaya devam edildiğini, söz konusu firma ile EÜAŞ Genel Müdürlüğü arasındaki ilişkinin hizmet alımı olarak adlandırıldığını bu ilişkiye dayanak olan Kamu İhale Kanununun 4. maddesindeki hizmet olarak tanımlanan hiçbir faaliyet yürütülmediğini, fiili yürütülen faaliyetin tamamen yüklenici firmaların davalı EÜAŞ Genel Müdürlüğüne işçi temin edilmesinden ibaret olduğunu, davalı işletme ile firma arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen asıl/alt işveren ilişkisine dayandığını, ancak fiili olan durum yüklenicinin davalı işletmeye işi temini olup asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarını içermediği için 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrası kapsamında ki tanımla bağdaşmadığını, yıllar itibariyle ihaleyi alan taşeronlar değişse bile ihale dönem sonunda çıktı girdi yapılarak EÜAŞ AEL İşletme Müdürlüğü bünyesinde çalıştırılmaya devam ettirildiklerini, çalışmalarında emir ve talimatları davalı işletme etkililerinden aldıklarını işçilerin hangi işlerde ve nerede çalışacaklarının işletme tarafından belirlendiği, işin yürütülmesinde kullanılan tüm araç ve gereçlerin işletmeye ait olduğu, çalışma düzeninin, fazla mesai yapılıp yapılmayacağına işletme yetkililerince belirlendiği, müvekkili ile diğer işçilerin puantajlarının EÜAŞ yetkililerince tutulduğunu, müvekil ve diğer işçilerin işletmenin işçileri ile beraber işletmenin işi olan (abses, bager, bant yolları kanveyörhatları, şatlı sahası, kömür stok sahası, müessese binası, atölyeler lojmanlar vb) sahalarda da elektrik bakım ve onarım işlerini yaptıklarını, davalı işletme ve yüklenici Teknoyapı arasında imzalanan hizmet sözleşmesinin muvazaalı olduğunun kabulü ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine göre müvekkilinin başlangıçtan itibaren asıl işveren olan EÜAŞ işçisi olduğunun tespitine karar verilmesi gerektiğini, ayrıca müvekkilinin taşeron firma işçisi olması sebebi ile işletmenin işçileri ile aynı iş yerinde aynı koşullarda çalışarak daha az ücret aldığı, baştan itibaren müvekkili ile diğer işçilerin EÜAŞ işçileri ile aynı sosyal haklara sahip olması gerektiğini, müvekkilinin İş Kanununun 5. maddesine göre eşit davranma ilkesi gereğince varsa bilikişi raporu ile hesaplanacak olan eksik ödenen veya hiç ödenmeyen maaş, ikramiye ilave tediye, fazla mesai, sosyal haklar, prim ve benzer ücretlerin muacceliyet tarihlerinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili,davayı kabul etmediklerini, bu davanın aynı anda farklı davalar içerdiğini, dava türü yokluğundan dava dileçesinin reddedilmesi gerektiğini, davacının müvekkili kurumun işçisi olmadığını dolayısıyla müvekkili kurumun sorumluluğunun bulunmadığını, söz konusu hizmet alımlarına ait teknik şartnamelerden görülebileceği gibi hizmet alımı ile yaptırılan bu işlerin adı geçen İşletme Müdürlüğünün "asıl işi" olmadığını 4734 sayılı İhale Kanununun 4. maddesindeki hizmet tanımı kapsamında yer alan işlerden olduğunu bu nedenle muvazalı bir işlemin söz konusu olmadığını, EÜAŞ'ın bakım usta ve teknisyenleri, işletme servisi ile yüklenici firma ustaları arasındaki işleri koordine ettiğini ve denetlediğini, asıl işverenin bölümler arasında koodinasyon ve iş akışı sağlamak üzere bölünen işin özelliği ve güvenliği nedeniyle bir takım denetim-kontrol gerekçeleriyle bir kaç işçinin aynı yerde çalışmış olmasının taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisini ortadan kaldırmadığını, müvekil kurumu personeli olup ta alt işverene devredilmiş bir işçinin olmadığını aksine taşeron firma işçilerinin kurum çalışanı yapılmak istenmesinin kanununun ruhuna ve metnine tamamen aykırı bir durum olduğunu, muvazalı bir işlemin söz konusu olmadığı gibi bu yönden işçilerin baştan itibaren müvekkil şirket işçisi sayılmaları ve aynı ücretleri hak ettiklerinin kabulünün doğru olmadığını beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; bağlılık ilişkisinin davacı ile davalı EÜAŞ arasında kurulduğu, muvazaanın resen gözetilmesi gereken bir olgu olduğu, İş Kanununun 2.maddesi uyarınca alt işveren ilişkisinin işçi temini amacıyla yapılamayacağı ve 5. maddesi uyarınca aynı işi yapan aynı statüdeki işçiler arasında eşitlik ilkesine aykırı işlem yapılamayacağı gerekçesiyle davacının gerçek işverenin davalı şirket olduğunun tespiti ile davacının alt işveren işçisi olması sebebiyle asıl işveren işçileri ile arasında oluşan ücret farkının davalıdan tahsil edilerek davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki temel uyumsuzluk, davalılar arasındaki ilişkinin 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 Kanunu'nun 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 Kanunu'nun 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 Kanunu'nun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 2 nci maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayırık 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 Kanun'un 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 Kanunu'nun 5 nci 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.

İş Kanunu'nun 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasa'nın 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 muvazaa 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 muvazaa konuları, 5763 sayılı Yasayla İş 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 İş Sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemek için, ilişkinin kurulma şartlarına, muvazaa ölçütlerine ve bunlara aykırılığın yaptırımına yer verilmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi; “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 ilişki” olarak tanımlanmıştır.

Aynı maddenin yedinci fıkrasında “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” kuralına yer verilmiştir.

4857 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir zorlaması olarak, işletmelere alt işverenlere iş gördürme imkânı tanırken, işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalar da içermekte, bu istihdam modelinin İş Hukukunda temel bir kural değil, bir istisna olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.

Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliği kanunda belirtilen unsurları taşımasına bağlıdır.

Maddenin yedinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine ilişkin örnekleme yoluyla muvazaa kriterlerine yer verilmiş ve ilişkinin muvazaaya dayanması halinde alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği düzenlenmiştir.

Elektrik Piyasası Kanununun 22. maddesinde: Lisans sahibi tüzel kişiler, lisansları kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olarak hizmet alımı yapabilecekleri, ancak, bu durumun ilgili lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan kaynaklanan yükümlülüklerinin devri anlamına gelmeyeceği, hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılacağı Elektrik Piyasası Kurulu tarafından belirleneceği bildirilmiştir. Lisans sözleşmelerine konu edilebilecek, üretim, dağıtım vb. faaliyetler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Lisans sahibi şirketin lisanstan dolayı yükümlülüklerinin devam etmesi ve müşterek sorumluluğu dolayısıyla herhangi bir usulsüz işlemde lisansının da iptal edileceği hususu gözönünde bulundurularak bazı müdahalelerde bulunması, aralarındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu göstermez. Somut olayda davacıya verilen iş tesisin işletilmesi, bakımı ve temizliği olduğundan ve davacı da bu işlerde çalıştırıldığından, taşeron işçilerinin denetlenmesi ve EÜAŞ işçileriyle birlikte çalışmaları 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 15.maddesine uygun olduğundan, kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olup işçi temini ve muvazaalı işlerde çalıştırılma sözkonusu olmadığından bu yönde bir iddia da

bulunmadığından davanın reddi gerekirken mahkemece davalılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığının kabulüyle yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalının alacakların hesabına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 03.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.