

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/11

TC.
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2008/12560
Karar No. 2010/4619
Tarihi: 23.02.2010

● İŞ SÖZLEŞMESİNİN AYIRD EDİCİ
UNSURLARI

ÖZETİ: İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı

olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.

Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. İşçi işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır, çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde, keza işin yapılacağı yer işverence belirlenir, iş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş yada hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur, işçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü: varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur.

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava

dosyası için Tetkik Hakimi Ş.Çil tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı açmış olduğu bu davada, davalılardan Alke Cilt Estetiği ve Sağlık Ürünleri AŞ firmasında 30.6.1990 tarihinde ürün tanıtım ve satış temsilcisi olarak çalışmaya başladığını, 2000 yılında davalı şirket hislerinin el değiştirmesinin ardından Al-Kav şirketi adına çalıştırılmaya devam ettiğini, 10.5.2006 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini ileri sürerek, her iki şirketin aynı yerde aynı ortaklardan kurulu olarak faaliyete olduğundan da bahisle ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin müştereken ve müteselsilen tahsili isteğinde bulunmuştur.

Davalı cevabında, davacının "estetik partner" olarak kendi nam ve hesabına ürün sattığını, satışı yapılan ürün ölçüsünde pirim aldığını ve pirimden kesinti gelir vergisinin şirket tarafından ödendiğini, sadece satış arttırmak için diploma sertifika gibi belgelerin dağıtıldığını savunarak, iş ilişkisinin bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında tanıtım ve satış sözleşmesi düzenlendiği, sözleşmede iş sözleşmesinin unsurlarının yer almadığı, satışa bağlı gelir elde edildiği ve satış ve gelir konusunda riskin doğrudan davacıya ait olduğu gerekçesiyle özellikle bağımlılık unsurunun eksik olmasına bağlı olarak iş ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varılmış, öte yandan işverence davacının Sosyal Sigortalar Kurumuna sigorta primi ödendiği dönem için davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

. Taraflar arasında yapılmış olan "Tanıtım ve Satış Temsilciliği Sözleşmesi" başlıklı sözleşmenin 3. maddesinde, şirket tarafından imali yapılan ya da ithal edilen kozmetik ürünlerinin, estetik partner tarafından alıcılara tanıtılarak şirket adına sipariş alınması noktasında şirket ile estetik partner arasındaki iş ilişkisinin düzenlenmesi için bu sözleşmenin imzalandığı ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesinde, uygulamalı tanıtım ve sipariş alma konusunda kullanılmak üzere bir takım malzemeler verileceği bildirilmiştir. Yine sözleşmenin 9. maddesinde, toplantı alma yoluyla satışın yapılacağı belirtilerek satış yöntemi açıklanmış, yine şirketin bu satış şeklinde vazgeçebileceği belirtilmiştir. Aynı maddede, estetik partnerin toplantı yapılmaksızın şirket ürünlerini tanıtamayacağı, teşhir edemeyeceği, sipariş alamayacağı ve satışa aracılık edemeyeceği açıklanmakla davacının tanıtım ve satış usulü işverence kesin bir biçimde belirlenmiştir.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 10. maddesinde, estetik partnerin şirket dışında bir firmanın ürünlerini pazarlayamayacağı, bu gibi firmaların kadrolarında yer alamayacakları ifade edilmiştir. Aynı maddede, fesihten itibaren 2 yıl içinde aynı nitelikteki ürünlerin hatta başka ürünlerin satışında görev alamayacakları hükmüne yer verilerek rekabet yasağı öngörülmüştür.

Sözleşmenin 11. maddesinde, estetik partnerin sipariş aşamasında şirket tarafından belirlenen kaparo niteliğindeki ön ödemeyi şirket adına tahsil edeceği,

12. maddede ise her sipariştten soma koşulları şirket tarafından belirlenen satış sözleşmesini, ön ödeme faturasını ve o satışa dair borç senetlerini en geç bir hafta içinde şirkete ulaştıracağı hususları öngörülmüştür.

Davacı tanıkları yanı sıra davalı tanıkları da davacının iddia ettiği çalışma sürelerini kısmen doğrulayan anlatımlarda bulunmuşlardır, işyerinde yönetici olarak çalışmış olan davalı tanığı da, şirketin tasfiyeye girmesi sebebiyle iş sözleşmesinin işverence feshedildiğine dair anlatımda bulunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının 30.6.1990- 30.6.1999 tarihleri arasında Sosyal Sigortalar Kurumuna sigorta primleri davalı işverence ödenmiştir. Mahkemece sigorta primi ödenen dönem için davaya konu isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, davacının çalışmalarının tamamı Tanıtım ve Satış Temsilciliği Sözleşmesi kapsamında gerçekleşmiş, sigorta primi ödenen dönem ile ödenmeyen dönem arasında bir farklılığın olduğu kanıtlanmamıştır.

İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işveren karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödeme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.

Yukarda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. İşçi işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır, çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde, keza işin yapılacağı yer

işverence belirlenir, iş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş yada hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur, işçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, işim yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü: varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında, dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır.

Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir.

Kural olarak işçi sayılan kişinin kendi işçileri ve müşterileri bulunmaz. Bu kapsamda dikkate alınabilecek bir ölçütte, münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

İş ilişkisi kapsamında çalışan işçi, kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir işverene ait işyerinde çalışabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 63. madde kapsamında çıkarılan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde, " İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır" şeklinde tanımlanmıştır. Böyle olunca işçinin kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında çalışması mümkün olduğuna göre, başka işyerinde de iş sözleşmesi ile çalışıyor olması ve memur ya da sözleşmeli personel olarak görev yapması iş ilişkisinin kurulmasına engel oluşturmaz.

Somut olayda taraflar arasında yapılan sözleşmenin hükümlerine göre davacı, tamamen işveren bağımlı şekilde iş görmeyi üstelenmiştir. Öyle ki sözleşme hükümlerine göre, işverenin teslim ettiği malzemeler kullanılarak, işverenin belirlediği yöntem izlenerek ürün tanıtımı ve ardından satış yapılmakta, satışlar

davacı yerine şirket hesabına gerçekleştirilmekte, şirket adına ön ödeme alınarak makbuz düzenlenmekte ve borcun geri kalanına ait senetler tanzim edilmektedir. Davacı adına davalı tarafında kimlik kartı tanzim edilmiş, zaman zaman başarısı sebebiyle ödülleri verilmiş ve adına açılan banka hesabına maaş adı altında ödemeler yapılmıştır. Yine davalı tarafında bir dönem için Sosyal Sigortalar Kurumuna primler ödenmiştir. Mahkemece sözü edilen süreye dair kabul hükmü karşısında davalı işverence bir temyiz yoluna da gidilmemiştir.

Yapılan bu açıklamalara göre taraflar arasındaki ilişkinin iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarını içerdiği anlaşılmaktadır. İş sözleşmesine dayanılarak talep edilen istekler bakımından gerekirse yeniden bir hesap raporu alınmalı ve davalı işverenlere bağlı olarak geçen çalışmaların tamamı için davaya konu isteklerle ilgili bir karar verilmelidir. Konuyla ilgili olarak hatalı değerlendirme sonucu karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.2.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.