

Kanun maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması fesih için geçerli sebep kabul edilemez Kanunda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir şarta bağlanmaması sebebiyle bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilebilir Buna karşılık asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık

gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir Anılan düzenlemede baskın öge teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerdir işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik sebepler var ise göz önünde tutulur söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersizdir

MAHKEMESİ:İş Mahkemesi

YARGITAY K A R A R I

Davacı vekili, müvekkilinin davalı ... Başkanlığına ait Fen İşleri Müdürlüğü tamir bakım atölyesinde kaynakçı olarak 15.05.2006 tarihinde çalışmaya başladığını, davalı kurumdan sırasıyla ihale ile işi alan alt işverenler tarafından ... Kurumuna bildirildiğini, 23.03.2016 tarihinde akşam saatlerinde şirket temsilcisi nin telefon ederek işten çıkartıldığını, işe gelmemesini söylediğini, müvekkilinin 24.03.2016 tarihinde işe gittiğinde kendisiyle birlikte yedi arkadaşının daha işten çıkarıldığını gördüğünü, müvekkiline hiçbir yazılı bildirim yapılmadan işten çıkartıldığını, müvekkilinin torna tesfiye ustası olarak çalışmasına rağmen hizmet alım sözleşmesinde şoför olarak hizmet alımı yapılmasının ve işe giriş bildirgesinde mesleğinin şoför koduyla bildirilmesi kurumun yaptığı işlemin yasaya arkadan dolanma olarak açıkça göstergesi olduğunu, çalışma ile ilgili inisiyatifin, talimatın, kontrol ve emirin asıl işveren olan ... Belediye Başkanlığındaki müdür, şef ve çavuş tarafından yapıldığını, alt işverenlerin sadece müvekkilinin ücretlerini bankaya yatırdıklarını, alt işverenler ile müvekkilinin başkaca bir bağı olmadığını, işe alma işten çıkarmanın ... belediyesi müdür ve amirleri tarafından yapıldığını, daha az ücret ödemek amacıyla bünyesine işçi almayıp alt işverenlerle muvazaalı hizmet alım sözleşmesi yaptığını, işi sırasıyla alan alt işverenlerin bordro düzenleyerek ...ya vermek ve kurumdan aldığı ihale bedelinden işçilerin ücretini bankaya yatırmak dışında asıl işverene verdiği bir hizmet olmadığını, tüm hizmeti ... Belediye Başkanlığının yürüttüğünü, davalı alt işveren Belediyeye hizmet değil, işçi temini için aracılık ettiğini, yüklenici ile davalı ... arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu ileri sürerek,

feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilerek işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücretinin belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı... Araç Kiralama Şirketi vekili; müvekkili firmanın diğer davalı ... Belediyesinden ihale yoluyla davacının çalıştığı işi on ay yirmi günlüğüne ihale yolu ile aldığını, davacının müvekkili firmada belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmasının altı aylık çalışma süresini doldurmaması ve müvekkili firma bünyesinde otuz tane sigortalı çalışan olmaması nedeniyle müvekkili firma açısından davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı ... vekili; müvekkili kurumun 5393 sayılı Belediye Kanun un 67. maddesi uyarınca park, bahçe, kaldırım bakım, araç kiralama, temizlik, yemek hizmetleri vs. Hizmetlerin ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebildiğini, davacının 4737 sayılı Kamu İhale Kanunu na göre ... Belediyesi Fen İşleri Müdürlüğü tarafından yapılan hizmet alımı ihalelerini alan firmalarda çalıştığını, sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştırılacak personelin sigorta mevzuatının ... mevzuatı gereği her türlü sorumluluğunun, işçilerin belirlenmesinin, işe alımının tamamen yüklenici firmalara ait olduğunu, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin müvekkili ... Belediyesi tarafından haksız şekilde fesih edildiği gibi bir durumun söz konusu olmadığını, davacı ile ... Belediyesi arasında herhangi bir iş sözleşmesinin bulunmadığını, davacının en son diğer davalı şirketin işçisi olarak çalıştığını, davacının iş sözleşmesinin diğer davalı şirket tarafından ihale süresinin bitmesi nedeniyle sona erdirildiğini düşündüklerini beyanla davanın reddine kararverilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalılar arasında geçerli ve usule uygun asıl işverenlik/alt işverenlik ilişkisinin mevcut

olduğu, davacının alt işveren olan davalı şirketin işçisi olduğu, iş sözleşmesinin feshi tarihi olan 27.03.2016 tarihi itibariyle davalı alt işveren nezdinde kayıtlı ondört adet işçi çalışmakta olup en az otuz işçi çalıştırılması şartı gerçekleşmediğı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık ve temyiz noktaları, davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve fesih tarihi itibariyle işverence otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı ve dolayısıyla davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı hususundadır.

4857 sayılı İş Kanunu nun 2/6. maddesine göre bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereğı ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiğı işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğeri işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih sebebi olması, 4857 sayılı Kanun un 2. maddesinin 6. ve 7. fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. 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 Kanun un 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.

4857 sayılı Kanun un 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli sebep kabul edilemez. 4857 sayılı Kanun da yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir şarta bağlanmaması sebebiyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6. fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik sebepler var ise gözönünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

5393 sayılı Belediye Kanunu nun Belediyenin Görev ve Sorumlulukları başlığını taşıyan maddesinin a bendinde imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor;

sosyal hizmet ve yardım, nikah, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır kuralına yer verilmiştir.

5393 sayılı Kanun un 67. maddesi ile belediyeleri asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükme göre belediyede meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri, araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri, bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri, sağlıkla ilgili destek hizmetleri, fuar, panayır ve sergi hizmetleri, baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler, kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler, toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri, sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir . Böylece 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak 4857 sayılı Kanun un 2. maddesine istisna getirilmiştir. Ancak, söz konusu hüküm, alt işverene devir sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için feshin son çare olması gibi iş güvencesi hukukunun genel ilkelerine uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Keza, Belediyeler Kanunu nun 67. maddesi uyarınca bir

işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı halinde geçersiz olacaktır.

Somut olayda, davalılar arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesi ve ekleri ile alt işverene bir takım işler devredilmiştir. Şu halde, davalılar arasında bu devirden doğan ve muvazaaya dayanan bir ilişki olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin mahiyeti tam olarak belirlenerek ve davacının davalı işyerinde fiilen yaptığı iş tespit edilerek davacının, davalılar arasından imzalanan hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalışıp çalışmadığının belirlenmesi, hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalışmadığının tespiti halinde sadece davacı yönünden ihale kapsamında çalıştırılmaması nedeniyle davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının belediyenin işçisi olduğu kabul edilerek değerlendirme yapılması, şayet hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalışıyor ise davalı işverenin fesih tarihindeki Türkiye genelinde aynı işkolunda çalışan işçi sayısı ... Kurumunda ve davalı işverenden sorulmak suretiyle araştırılarak sonucuna göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Belirtilen hususlar gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.12.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.