

alt işverenler nezdinde davalı asıl işverenin asli işi olan bakım, onarım arıza işlerinde çalıştığını, muvazaalı olarak çalıştırıldığından asıl işveren işçisi sayılması gerektiğini iddia ederek ücret farkı, iş güclüğü tazminatı, ikramiye alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

22. Hukuk Dairesi

2017/5799 E. , 2017/4593 K. **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ :İş Mahkemesi DAVA TÜRÜ : ALACAK Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Y A R G I T A Y K A R A R I Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili, alt işverenler nezdinde davalı asıl işverenin asli işi olan bakım, onarım arıza işlerinde çalıştığını, muvazaalı olarak çalıştırıldığından asıl işveren işçisi sayılması gerektiğini iddia ederek ücret farkı, iş güclüğü tazminatı, ikramiye alacaklarının tahsilini talep etmiştir. Davalı Savunmasının Özeti: Davalı davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Temyiz: Kararı davalı

vekili temyiz etmiştir. Gerekçe: Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri 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 ... 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 ... 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 ... 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 ... 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 ... maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul

edilmelidir. 5538 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 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 muvazaâ 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 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 maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. İş Kanunu'nun maddesinin ikinci fıkrası,2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasanın maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirimi 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 muvazaâ araştırması yapılabilecektir. Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer otuz gün içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair vekilen kararın kesinleşmesi 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 muvazaâ 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; ...- İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir

bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, ...-Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, ...-Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini, ...-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, davacının çalıştığı **ihale** şartnameleri incelendiğinde arıza bakım onarım işi için gerekli araç ve ekipmanın, tamirde kullanılacak makine ve aletlerin yüklenici tarafından karşılanacağı, personel seçiminin ve sorumluluğunun, vardiyalarının düzenlenmesinin yükleniciye ait olduğu, asıl işverenin denetleyen kontrol işçisi dışında bağımsız bir organizasyona sahip olduğu, davacı tanıklarının da sadece denetim yapıldığını ifade ettikleri dikkate alındığında, arıza bakım ve onarım işinin alt işverene verilmesinin doğrudan muvazaayı göstermediği, asıl işveren işçilerin verdikleri talimatın işin yürütümünün gözetimi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, davalı ile dava dışı şirket arasındaki **ihale** sözleşmesinin muvazaalı olduğu ispatlanamadığından Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup bozma nedenidir. SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 06.03.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

]]>