

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2017/43747
Karar No.	2018/1718
Tarihi:	05.02.2018

<u>İlgili Kanun / Madde</u>
4857 S. İşK. /2

- **ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN ARASINDAKİ İLİŞKİNİN MUVAZAALI OLUP OLMADIĞININ ARAŞTIRILMASININ GEREKMESİ**
-

ÖZETİ Mahkemece, öncelikle davalı şirket ile dava dışı Ersemak Makina Ltd.Şti arasındaki tüm sözleşme, şartname ve ekleri dosyaya celp edilmek sureti ile uzman bilirkişiler ile yerinde keşif yapılmak ve tanıklarda da yeniden dinlenmek suretiyle Ersemak Makina Ltd.Şti nin çalıştığı sahada davalı Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş.'nin Ersemak Makina Ltd.Şti işçileri ile aynı işi yapan işçisi bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davalı şirketler arasındaki sözleşme konusu olan işin yapılan asli iş olup olmadığı, asli işlerden ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, yardımcı iş ise Ersemak Makina Ltd.Şti işçilerinin hizmet alım sözleşmesine uygun olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı, yaptırılan iş yönünden Ersemak Makina Ltd.Şti işçilerine emir ve talimatların kim/kimler tarafından verildiği, araç-gereçlerin nasıl temin edildiği, asıl işverenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü aşacak boyutta ve özellikle yüklenici firmanın işverenlik sıfatını ortadan kaldıracak, onu bordro ya da kayden işveren durumuna sokacak hususların olup olmadığı üzerinde durularak, bu hususlar açıklığa kavuşturulmalı ve özellikle de yüklenici şirket olan Ersemak Makina Ltd.Şti i.'nin, işyerinde davalı

Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş.'den ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü organizasyon yapısı oluşturup oluşturmadığı, hukuki, fiili ve ekonomik bağımsızlığının bulunup bulunmadığı ve ayrıca rödovans sözleşmesinde yaptırılan işin alt işverene ihale edilmesine olanak veren bir madde olup olmadığı veya işin başka bir alt işverene ihale edilmek suretiyle alt işverenler aracılığı ile gördürülmesini yasaklayan bir düzenleme olup olmadığı tespit edilmelidir. Davalı şirket ile dava dışı Ersemak Makina Ltd.Şti arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu anlaşılır ise işletmesel karar kapsamında davacının iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan mahkemece eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

22. Hukuk Dairesi 2017/43747 E. , 2018/1718 K.

•

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ : İş Mahkemesi
DAVA TÜRÜ : İŞE İADE

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davacı ve davalı Hattat Enerji ve Mad. Tic. AŞ. vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi B. Çavdar Çakır 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 isteminin özeti:

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ve davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar cevabının özeti:

Davalı TTK Genel Müdürlüğü vekili, müvekkil kurumun işveren sıfatı bulunmadığını, işi ve işyerinin anahtar teslimi sayılacak nitelikte diğer davalı şirkete teslim edildiğini, 3213 sayılı Maden Kanununa göre bütün sorumluluğun rödovansçıya ait olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş. vekili, işin anahtar teslimi yoluyla verildiğinden müvekkili şirketin işverenlik sıfatının ortadan kalktığını ve sorumluluğunun bulunmadığını, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, davanın yetkisizlik nedeni ile reddine karar verilmiştir. Davalı TTK Genel Müdürlüğü vekilinin temyizi üzerine karar Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 2016/28317 esas, 2016/19725 karar sayılı 21.11.2016 tarihli ilamı ile "... Bu kapsamda, davacı seçimlik hakkını kullanarak davalılardan TTK Genel Müdürlüğünün davanın açıldığı tarihte ikametgâhı sayılan Zonguldak İş Mahkemesi'nde davasını açmıştır. Zonguldak İş Mahkemesi davaya bakmaya yetkili olduğundan mahkemece Amasra veya İstanbul İş Mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır. Ayrıca mahkemenin karar kesinleştğinde dosyanın Amasra veya İstanbul mahkemelerine gönderilmesi şeklinde seçenekli hüküm tesis etmesi de usule aykırı olduğundan kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.... " gerekçeleri ile bozulmuştur.

Bozma ilamına uyulmasına karar verilerek yapılan yargılamada davacı ve diğer şirket çalışanları tarafından yürütülmekte olan işin alt taşeronla devredilerek boş kadro olmadığı yönündeki iddianın dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, Amasra'da çalışmakta olan davacıdan Tekirdağ'a çalışmak amacıyla gitmesinin beklenemeyeceği, davacının adeta işten çıkmaya zorlandığı, yapılan bildirim üzerine davacının teklif edilen işi kabul etmediğine dair dilekçesini baskı altında sunduğu, bunun üzerine iş akdinin feshedildiği, sunulan dilekçenin davacının gerçek iradesini yansıtmadığı, davacı tanıklarının beyanlarına göre davalı şirket işçileri tarafından yürütülen işlerin Ersamak adlı taşeron firmaya devredildiğinin anlaşıldığı, dosya kapsamı ve davalı tarafça sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde, davacının iş akdinin davalı şirket tarafından feshedildiği, haklı veya geçerli nedenle feshedildiğinin de ispat edilemediği gerekçesiyle davalı TTK yönünden husumet yokluğu nedeni ile davanın reddine diğer davalı şirket yönünden ise davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı ve davalı Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş. vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe:

I-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

II-Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, kanuni dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleridir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması,

işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 2. fıkrasında feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken feshin biçimsel koşullarına uyduğunu içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli veya haklı nedene dayandığını kanıtlamalıdır. Bu kapsamda işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

Somut olayda, davacının 03.07.2013 – 06.04.2016 tarihleri arasında davalı işverene ait işyerinde maden işçisi olarak çalıştığı, davalı işverenlik tarafından 25.03.2016 tarihinde noter vasıtasıyla zorunluluk hali nedeni ile farklı bir işletmemizde işe davet başlıklı ihtar çekilerek davacının çalıştığı kuyuda "Kat Galerileri ve Yardımcı Ünitelerin Yapılması İşinin" Ersemak Makina Ltd.Şti tarafından yürütülmekte olduğu "pasa, insan ve malzeme nakliyatı" için "Vinç dairelerinin operasyonu" ve "Sinyalizasyon İşleri" işlerinin de işlerin tek elden yürütülmesi, aksaklıkların giderilmesi amacıyla yüklenici tarafından sürdürülmesine karar verildiği, Amasra işletmesinde niteliklerine uygun boş kadro bulunmadığının tespiti üzerine, Çerkezköy işletmesinde kıdem, verilen işe ait mevcut emsal ücret seviyesiyle iş teklif edildiği, davacının ise bu teklife karşı verdiği dilekçe ile teklifi kabul etmediği, şirket tarafından gereği yapılarak tüm işçilik alacakların tarafına ödenmesini talep ettiği ve bu cevap üzerine işverence 06.04.2016 tarihli fesih yazısı ile davacının iş akdinin sona erdirildiği görülmüştür. Davalı tarafından davacının görev yaptığı bölüme ait işlerin alt işveren aracılığı ile yapılmasına yönelik işveren kararı işletmesel karar niteliğindedir. Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere yerindelik denetimine tabi değildir. Dosya içeriğine göre mahkemece feshe dayanak işletmesel kararlarla ilgili yeterli araştırma yapılmadan karar verilmiştir. Mahkemece yapılacak iş, alınan işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı ve feshin son çare olması ilkesinin gözetilip gözetilmediği, bu bağlamda davacının çalışmış olduğu bölüme ait işlerin gerçekten alt işverene verilip verilmediği, fesihten sonra işyerine davacı ile aynı nitelikte işçi alınıp alınmadığının belirlenmesi, özellikle fesih tarihinde davacıya Amasra işletmesinde başka bir görevlendirmenin yapılabilir olup olmadığı ve aynı tarihte davacının görevlendirilebileceği boş kadronun bulunup bulunmadığı yönlerinden uzman bilirkişi raporu alınması ve sonucuna göre tüm dosya içeriği ile birlikte değerlendirilmektir.

Davacının iş akdinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında davalı işveren şirket ile alt işvereni olan Ersemak Makina Ltd.Şti arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığı hususu da önem arz etmektedir.

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. 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. 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. 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. 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. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık 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. 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. 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. maddesinin ikinci fıkrası, 15.05.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirimini 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 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;

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 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.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı biçimde kurulması halinde işçi gerçek işveren işyerine iade edilmeli, ancak işçinin iş akdinin geçersiz nedenle feshi sonucuna bağlı yasal yaptırım sonucu doğan alacaklarından (boşta geçen en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile birlikte işçinin süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat) muvazaalı işlemin tarafı olan gerçek veya tüzel kişi gerçek işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.

Somut olayda, Davalı TTK Genel Genel Müdürlüğü ile davalı Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş. ile grup şirketlerden olan Hema Endüstri A.Ş arasında 15.04.2005 tarihinde 20 yıl süre ile Amasra B maden sahasının 20 yıl rüdevans karşılığı işletmeye verilmesine ilişkin sözleşme yapıldığı görülmüştür.

Mahkemece, öncelikle davalı şirket ile dava dışı Ersemak Makina Ltd.Şti arasındaki tüm sözleşme, şartname ve ekleri dosyaya celp edilmek sureti ile uzman bilirkişiler ile yerinde keşif yapılmak ve tanıklarda da yeniden dinlenmek suretiyle Ersemak Makina Ltd.Şti nin çalıştığı sahada davalı Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş.'nin Ersemak Makina Ltd.Şti işçileri ile aynı işi yapan işçisi bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davalı şirketler arasındaki sözleşme konusu olan işin yapılan asli iş olup olmadığı, asli işlerden ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, yardımcı iş ise Ersemak Makina Ltd.Şti işçilerinin hizmet alım sözleşmesine uygun olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı, yaptırılan iş yönünden Ersemak Makina Ltd.Şti işçilerine emir ve talimatların kim/kimler tarafından verildiği, araç-gereçlerin nasıl temin edildiği, asıl işverenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü aşacak boyutta ve özellikle yüklenici firmanın işverenlik sıfatını ortadan kaldıracak, onu bordro ya da kayden işveren durumuna sokacak hususların olup olmadığı üzerinde durularak, bu hususlar açıklığa kavuşturulmalı ve özellikle de yüklenici şirket olan Ersemak Makina Ltd.Şti i.'nin, işyerinde davalı Hattat Enerji ve Maden Tic. A.Ş.'den ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü organizasyon yapısı oluşturup oluşturmadığı, hukuki, fiili ve ekonomik bağımsızlığının bulunup bulunmadığı ve ayrıca rüdevans sözleşmesinde yaptırılan işin alt işverene ihale edilmesine olanak veren bir madde olup olmadığı veya işin

başka bir alt işverene ihale edilmek suretiyle alt işverenler aracılığı ile gördürülmesini yasaklayan bir düzenleme olup olmadığı tespit edilmelidir. Davalı Şirket ile dava dışı Ersemak Makina Ltd.Şti arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu anlaşılır ise işletmesel karar kapsamında davacının iŐ akdinin feshinin geçerli nedene dayandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan mahkemece eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peŐin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 05/02/2018 gününde oybirliği ile kesin olarak karar verildi.