

**İlgili Kanun / Madde**

4857 S. İşK/2,18-21

T.C

YARGITAY

22. Hukuk Dairesi

Esas No. 2018/13120

Karar No. 2018/20736

Tarihi: 02.10.2018

- ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ
- EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI YAPILMASININ GEREKMEŞİ
- MUVAZAA OLGUSUNUN ARAŞTIRILMASININ GEREKMEŞİ

**ÖZETİ:** Mahkemece bozmaya uyulduğu halde bozma gereklerinin yerine getirilmemiş, uygulanan prim ödeme sisteminin kıstasları şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmeden, dosya içerisinde bulunan Türkiye... Kömürü Kurumu Genel Müdürlüğüne ait Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 35. maddesinde öngörülen kıstaslar çerçevesinde emsal ücret araştırması yapılmadan davacının ücreti belirlenmiş, davacının iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre salt davalı beyanına göre hesaplanmış ve davacının talepleri hüküm altına alınmıştır. Hüküm bu yönden hatalı olup karar yeniden bu nedenle bozmayı gerektirmiştir

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.

Davalılar arasındaki sözleşme konusu işin yapılan asli iş olup olmadığı, asli işlerden ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, yardımcı iş ise davacının hizmet alım sözleşmesine uygun olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı, yaptırılan iş yönünden davacıya 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 Star İnşaat ve Ticaret A.Ş.'nin, işyerinde davalı ... Müdürlüğü'nden den ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü organizasyon yapısı oluşturup oluşturmadığı hususları tespit edilmelidir. Belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan Mahkemece eksik inceleme ve hatalı gerekçe ile davalı şirketler arasında muvazaanın olmadığı kabulü ile birleşen davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

**DAVA:** Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davacı ... davalı ... Müdürlüğü vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz taleplerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**Davacı İsteminin Özeti:**

Davacı vekili, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalı işverenlerce haklı bir sebebe dayanmaksızın feshedildiğini ileri sürerek bazı işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

**Davalı Cevabının Özeti:**

Davalılar, davanın reddini istemiştir.

**Mahkeme Kararının Özeti:**

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir. Davacılar ve davalı ... Müdürlüğünün temyizi üzerine karar, Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi'nin 19/02/2015 gün 2015/66 esas, 2015/2207 karar sayılı ilamı ile "... Dosyadaki hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle dava dilekçesinde muvazaa iddiasında bulunulmamasına ve açıkça asıl işveren – alt işveren ilişkisine dayanılmasına göre davacı ... davalı ... Müdürlüğünün aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine,, .... Dosya kapsamı ve aynı gün temyiz incelemesine tabi tutulan benzer mahiyette 40 adet dosya içeriği nazara alındığında; davacı işçilere ödenen işçilik ücretinin bazı dosyalarda banka kayıtlarına, bazı dosyalarda banka kayıtları ve işverence sunulan prim ödeme belgelerine, bazı dosyalarda ise tanık ifadelerine göre belirlendiği bu durumun ise benzer koşullarda çalışan işçiler arasında ücret farklılıkları meydana getirdiği görülmüştür. Bir kısım dosyalarda giydirilmiş brüt ücretin tespitinde prim ödemeleri dikkate alınırken bir kısım dosyada bu yönde uygulama bulunmaması da işyerinde uygulanan prim sistemi hakkında da tereddütler oluşturmaktadır. Şu halde öncelikle işyerinde uygulanan prim ödeme sisteminin kıstasları şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmeli ve giydirilmiş brüt ücretin tespitinde prim ödemeleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca yukarıda belirtilen ve yine dosya içerisinde bulunan Türkiye... Kömürü Kurumu Genel Müdürlüğüne ait Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 35. maddesinde öngörülen kıstaslar çerçevesinde emsal ücret araştırması yapılmalı ve aynı işyerinde çalışan işçiler arasında yapılan iş, kıdem süresi vb kıstaslar da göz önünde tutularak ücretlerinde nispetsizlik oluşmasının önüne geçilerek işçilik ücreti belirlenmelidir. Taraflar arasında davacının çalışma süresi hakkında uyuşmazlık söz konusudur. Dosya kapsamı ve tanıkların beyanları ile işyerinde grev yapılmış olabileceği keza dönem dönem ücretsiz izin uygulamasına

gidilmesinin söz konusu olabileceği değerlendirilmiştir. Bu nedenle iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemlerin bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve askıda geçen süreler kıdem süresinden sayılmamalıdır. Eksik araştırmayla sonuca gidilmesi isabetsizdir..." gerekçesi ile bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılamada asıl davanın kısmen kabulüne birleşen davanın ise reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı vekili ve davalı ... Müdürlüğü vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, uyulan bozma ilamı doğrultusunda karar verilmiş olmasına göre, davalı ... Müdürlüğünün tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Somut olayda; Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi'nin 19/02/2015 gün 2015/66 esas, 2015/2207 karar sayılı ilamı ile, işyerinde uygulanan prim ödeme sisteminin kıstasları şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmeli ve giydirilmiş brüt ücretin tespitinde prim ödemeleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca Türkiye... Kömürü Kurumu Genel Müdürlüğüne ait Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 35. maddesinde öngörülen kıstaslar çerçevesinde emsal ücret araştırması yapılmalı ve aynı işyerinde çalışan işçiler arasında yapılan iş, kıdem süresi vb kıstaslar da göz önünde tutularak ücretlerinde nispetsizlik oluşmasının önüne geçilerek işçilik ücreti belirlenmeli, dosya kapsamı ve tanıkların beyanları ile işyerinde grev yapılmış olabileceği keza dönem dönem ücretsiz izin uygulamasına gidilmesinin söz konusu olabileceği değerlendirildiği, bu nedenle iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemlerin bulunup bulunmadığı belirlenerek ve askıda geçen süreler kıdem süresinden sayılmamalıdır gerekçeleri ile bozulmuştur.

Bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, mahkeme yönünden; bozma kararında gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yapılarak, kararda açıklanan hukuki esaslar çerçevesinde hüküm kurmak yükümlülüğü doğar. Bu hukuki aşama "usulü kazanılmış hak" olarak adlandırılır. Bu hukuki kurum mahkemeye; hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararındaki esaslar ve yerine getirilmesi istenilen hususlar kapsamında, yargılama usulünün, davanın sürüncemede kalmaması ve en az maliyetle bir an önce bitirilmesi amacına yönelik "usul ekonomisi ilkesi" çerçevesindeki hükümleri ışığında, uyulan bozma kararı gereğinin yerine, tam olarak getirilmemesi gerekçesiyle ikinci kez "BOZULMASINA" sebebiyet vermeyecek şekilde, özenle işlem yapmak ve hüküm kurmak zorunluluğunu getirir.

Mahkemece bozmaya uyulduğu halde bozma gereklerinin yerine getirilmemiş, uygulanan prim ödeme sisteminin kıstasları şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmeden, dosya içerisinde bulunan Türkiye... Kömürü Kurumu Genel Müdürlüğüne ait Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 35. maddesinde öngörülen kıstaslar çerçevesinde emsal ücret araştırması yapılmadan davacının ücreti belirlenmiş, davacının iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre salt davalı beyanına göre hesaplanmış ve davacının talepleri hüküm altına alınmıştır. Hüküm bu yönden hatalı olup karar yeniden bu nedenle bozmayı gerektirmiştir.

3-Taraflar arasında davalı ... Müdürlüğü ile davalı ... İnşaat ve Ticaret A.Ş. arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığı ve buna bağlı olarak davacının bir kısım ücret alacaklarına hak kazanıp kazanmadığı konusudur.

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 Yasa'nın 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, bozma öncesinde asıl davada davacı tarafça davalılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığına yönelik bir iddiada bulunulmamış ve muvazaaya dayalı fark ücret alacaklar talep edilmemiş, ancak davacı tarafça temyiz aşamasında muvazaa iddiasında bulunulmuştur. Bozma sonrasında davacı tarafından .....3. İş Mahkemesinin 2016/146 esas, 2016/120 karar sayılı dosyası ile davalılar arasında muvazaalı ilişki bulunduğu belirterek 1,00 TL kıdem tazminatı farkı, 1,00 TL ihbar tazminatı farkı,1,00 TL ücretli izin alacağı farkı, 1,00 TL ücret farkı, 1,00 TL akti ikramiye ücreti alacağı, 1,00 TL ilave tediye alacağı ve 1,00 TL kömür alacağının davalılardan tahsilini talep edilmiş ve asıl dava ile birleştirme kararı verilmiştir.

Mahkemece, mahkeme kararına karşı davacı vekili tarafından muvazaalı asıl alt işveren ilişkisi bulunduğu gerekçesiyle temyiz talebinde bulunmasına rağmen Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi'nin 19/02/2015 tarihli Bozma kararında; davacının bu iddiasını kabul etmediği bu hususta bozma yapmadığı ve böylece davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu ve müşterek müteselsil sorumluluklarının olduğu kabul edilerek hüküm verilmiş ve bu muvazaa iddiası Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi tarafından verilen bozma kararında, davacı tarafından temyiz sebebi yapılmamasına rağmen bozulmamış, davacının bu konudaki temyiz talebinin reddine karar verilmiştir. Böylece taraflar arasında muvazaa bulunmadığı hususu kesinleşmiş olduğundan taraflar yönünden usuli kazanılmış hak kesin delil ve kesin hüküm haline gelen bu hususlar için yeniden inceleme ve araştırma yapılmamış, mahkeme kararında kesinleşen bu tespitlere göre hüküm kurulmuştur.

Ancak Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesince yapılan temyiz incelemesi sonucunda karar ücret araştırması yönünden bozulmuş, davacı tarafın temyizindeki muvazaa iddiasına karşı ise dairece bozma ilamında mahkeme kararında dava konusu alacaklardan davalılar müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulduğundan ve davacı tarafça muvazaaya dayalı ücret farkı v.s. gibi bir alacak talep edilmediğinden, davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasının sonuca etkili olmadığına anlaşıldığı hususu açıkça ve özel olarak belirtildiğinden bozma ilamı muvazaa yönünden kesin hüküm teşkil etmemektedir. Bu nedenlerle Mahkemece davalılar arasındaki sözleşme ve şartnameler ile gerekirse tanıklar da yeniden dinlenmek suretiyle davacının tam olarak ne iş yaptığı, davacının çalıştığı sahada davalı ... Müdürlüğü'nün davacı ile aynı işi yapan işçisi bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davalılar arasındaki sözleşme konusu işin yapılan asli iş olup olmadığı, asli işlerden ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, yardımcı iş ise davacının hizmet alım sözleşmesine uygun olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı, yaptırılan iş yönünden davacıya 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 Star İnşaat ve Ticaret A.Ş.'nin, işyerinde davalı ... Müdürlüğü'nden den ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü organizasyon yapısı oluşturup oluşturmadığı hususları tespit edilmelidir. Belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan Mahkemece eksik inceleme ve hatalı gerekçe ile davalı şirketler arasında muvazaanın olmadığına kabulü ile birleşen davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 02.10.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.