

İş Kanunu maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş akdinin feshedilmesi hali

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı – Bursa BAM, 9. HD., E. 2019/44 K. 2019/795 T. 4.4.2019

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

Bursa 4. İş Mahkemesi'nin yukarıda esas ve karar numarası yazılı kararına ilişkin olarak taraflarca istinaf yoluna başvurulduğundan dosya incelendi.

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARININ ÖZETİ :

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; Davacının, asıl işveren durumundaki davalı belediye işyerinde, taşeron

firmalar işçisi olarak 27/05/2006-12/10/2017 tarihleri arasında çalıştığını, iş akdinin hiçbir gerekçe gösterilmeden sözlü olarak feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve davacının asıl işveren olan belediyede işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı belediye vekili cevap dilekçesinde özetle; Davacının, taşeron firma işçisi olarak çalıştığını, iş akdini fesheden tarafı ve fesih sebebini bilmediklerini, belediyeye husumet yöneltilemeyeceğini, sorumlulukların taşerona ait olduğunu ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı şirket vekili cevap dilekçesinde özetle; Davacının, davalı şirket nezdinde sadece 01.03.2017-11.10.2017 tarihleri arasında, davalı belediyeden ihale usulü ile alınan işte çalıştırıldığını, mevsimsel olarak işin azalması/bitmesi nedeniyle davacı açısından ifa edilecek bir edim kalmaması, şirkette personel fazlalığı meydana gelmesi karşısında “Feshin son çare olması” ilkesi doğrultusunda başka bir birimde istihdam olanağı olmayan davacının iş akdinin geçerli ve zorunlu nedenlerle feshedildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARAR ÖZETİ:

Davalı belediye ile davalı şirket arasında hizmet alımına yönelik yapılan ihale nedeniyle asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu, iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasını gerektirir esaslı ve objektif bir neden bulunmadığı için iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerektiği, iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğinin ispat edilemediği gerekçesiyle davanın kabulü ile feshin geçersizliğine ve davalı şirkette işe iadesine karar verilmiştir.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF NEDENLERİ:

Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle;Davacının, 27/05/2006-12/10/2017 tarihleri arasında asıl işveren

durumundaki davalı belediye işyerinde, dört farklı taşeron nezdinde sigortalı gösterilerek çalıştırıldığını, taşeron şirketler değişse de davacının aynı işi yaptığını, emir ve talimatları da Yıldırım Belediyesi Park ve Bahçeler Müdürlüğü'nün kadrolu çalışanlarından aldığını, davacının asıl işveren olan Belediye Başkanlığı'nda işe iadesine karar verilmesi gerekirken, taşeron şirkette işe iadesine karar verilmesinin hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

Davalı şirket vekili istinaf dilekçesinde özetle; İş sözleşmesi feshedilen işçinin, feshi öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde dava açabileceğini, davanın bu süre geçtikten sonra 08.11.2017 tarihinde açılması nedeniyle reddi gerekirken işin esasına girilerek davacı lehine hüküm kurulmasının hatalı olduğunu, iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması için esaslı neden bulunduğunu, davanın reddine karar verilmesini gerektiğini ileri sürmüştür.

Davalı belediye vekili istinaf dilekçesinde özetle; Davanın öncelikle hak düşürücü süre yönünden reddi gerektiğini, belediye ile taşeron firmalar arasında 4737 sayılı Kamu İhalesi Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 5188 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda yasa gereği 12 aylık hizmet alım sözleşmeleri yapıldığını, davacının yapılan sözleşmenin süresinin kanunen 1 yıl olduğunu bildiğini, buna göre çalıştığını, bu nedenle işe iade davası açma şartlarının oluşmadığını, davanın belediye yönünden husumet yokluğundan reddi gerektiğini, davacının işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatlardan davalıların müşterek müteselsilen sorumlu tutulduğunu ancak davacının taşeron şirket personeli olduğunu, tüm tazminatlardan ve yargılama giderlerinden taşeron şirketlerin sorumlu olduklarını, kararın yerinde bulunmadığını ileri sürmüştür.

İSTİNAF NEDENLERİNİN İNCELENMESİ VE GEREKÇE:

HMK'nın 341. maddesinde yer alan "istinaf başvuru dilekçesinde başvuru sebepleri ve gerekçesinin bildirilmesi", 355.

maddesinde yer alan “incelemenin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı ancak, bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteyeceği” ve 357. maddesinde yer alan “bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği, yeni delillere dayanılamayacağı” ve “ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan delillerin bölge adliye mahkemesince incelenebileceği” hükümleri doğrultusunda istinaf başvuru dilekçesinde herhangi bir gerekçe içermeyen soyut ve yasanın amacına uygun olmayan sebepler nazara alınmaksızın gerekçeli olarak ileri sürülen istinaf sebepleri ile kamu düzenine ilişkin hususlar inceleme konusu yapılmıştır.

Davalı belediyenin, park ve bahçelerin bakım ve temizlik vs. işlerini hizmet alım sözleşmeleri ile alt işverenlere yaptırdığı, davacının da bu işi üstlenen değişik alt işverenler işçisi olarak 01/03/2017-11/10/2017 tarihleri arasında çalıştığı, iş akdinin davalı şirketçe 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17 ve 18. maddeleri uyarınca feshedildiği, SGK’ya verilen işten ayrılış bildirgesinde çıkış tarihinin 11/10/2017, çıkış kodunun 18 “iş bitimi” nedeniyle fesih olarak gösterildiği anlaşılmaktadır.

1- Dava tarihinde yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/1. maddesi “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.” hükmünü içermekte olup, anılan süre hak düşürücü niteliktedir ve resen nazara alınır.

Somut olayda, davalının dayandığı ve hükme esas alınan fesih bildiriminin tarihsiz ve matbu olduğu, tarihlere ilişkin boşlukların sonradan ve kalemle doldurulduğu açıkça ortadadır. Davacının fesih bildiriminin sonradan imzalatıldığını iddia

etmesi, bildirimdeki imzanın da davacıya ait bulunmadığının bilirkişi raporu ile anlaşılması karşısında fesih bildiriminin, davacının aksi kanıtlanamayan beyanları doğrultusunda 11.10.2017 tarihinde yapıldığının ve davanın 1 aylık yasal süresi içerisinde açıldığının kabulü gerektiğinden bu hususa yönelik istinaf sebepleri yerinde bulunmamıştır.

2-6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesi ile belirli süreli hizmet sözleşmesinin, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceği, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği, ancak esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabileceği, on yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir sebep olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı sebebe dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklindeki düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan "esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı" kuralı ile bir ölçüde koruma sağlanmak istenilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması sonucunu doğurmamalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve bunun için objektif

nedenlerin bulunması, birden fazla kez belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için esaslı bir sebebin varlığı zorunludur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisna olup, belirli süreli iş sözleşmesi ancak belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak yapılabilir.

Somut olayda, davacının yaptığı işin niteliği, süreklilik arz etmesi, davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı bir neden bulunmaması dikkate alındığında, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının kabulü gerektiğinden bu yöne ilişkin istinaf nedenleri de yerinde bulunmamıştır.

3-4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi, "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin , işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." aynı Kanunun 19. maddesi ise, "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır. " hükümlerini içermektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Öte yandan işveren fesih bildirimindeki fesih nedeni ile bağlı

olup sonradan bunu değiştiremeyeceği gibi başka bir nedene de dayanamaz.

Anılan yasal düzenlemeler uyarınca fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmaması veya fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiş olması başlı başına feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucunu doğurur. Yine davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş akdinin feshi halinde önceden işçinin savunmasının alınmaması da başlı başına feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulünü gerektirir.

Somut olayda, yazılı fesih bildiriminde iş akdinin hangi nedenle feshedildiği açık ve kesin bir şekilde belirtmemiştir. Yukarıda da açıklandığı gibi bu durum başlı başına feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucunu doğurduğundan ilk derece mahkemesince feshin geçerli nedene dayanmadığına karar verilmesinde de isabetsizlik bulunmamaktadır.

4-Asıl işveren olan davalı belediye ile alt işveren olan davalı şirketler arasındaki hizmet alım sözleşmesine dayalı ilişkinin, muvazaaya dayalı olup olmadığı uyuramazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.", aynı Kanun'un 2/7 maddesi ise, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile

alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” hükümlerini içermektedir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu’nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş akdinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir.

Buna karşılık, 6. fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler varsa göz önünde tutulur. Dolayısıyla, anılan hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Asıl alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için, asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işi veya asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi gerekir. Verilen iş, mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir iş ise, bu tür bir ilişki doğmaz.

Bir asıl işin yasa kapsamında işverence, alt işverene verilmesinin düzenlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/7 maddesi ve Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleri uyarınca muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine

dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır.

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-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, alt işveren işçisi, aynı madde uyarınca başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır. Böyle bir durumda işe iade isteyen alt işveren işçisinin asıl işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekir. Zira alt işveren gerçekte işveren değildir ve işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması, hangi alt işverenle çalıştıklarını bilmemesi gibi bulgular bu ilişkinin muvazaalı olduğuna işaret eden diğer özelliklerdir. Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik

faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile belediyelerin, asıl işlerini de 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6. fıkrasındaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2. maddesine istisna getirilmiştir. Ancak, söz konusu hüküm, alt işverene devir nedeniyle 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 belediyece alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır.

Somut olayda, davalılar arasında yapılan hizmet alım sözleşmesinin konusu, davacının yaptığı iş ve anılan yasal düzenlemeler nazara alındığında davalılar arasında geçerli bir asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu anlaşılmakta olup aksi yani ilişkinin muvazaaya dayalı olduğu da kanıtlanmamıştır. Bu durumda davacının alt işveren davalı şirkete ait işyerinde işe iadesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamıştır.

Öte yandan anılan yasal düzenlemeler uyarınca asıl işveren, işe iadenin mali sonuçlarından alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğundan bu hususa ilişkin itiraz da yerinde görülmemiştir.

Sonuç olarak; dosya kapsamına, mevcut delil durumuna ve yukarıda belirtilen ölçütlere göre yapılan inceleme sonucunda

ilk derece mahkemesinin vakıa ve hukuki değerdendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından yerinde görülmeyen istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM :Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Tarafların istinaf başvurularının HMK 353/1-b-1 maddesi gereğince ayrı ayrı **ESASTAN REDDİNE**,

Davacıdan alınması gerekli istinaf karar harcı 44,40 TL olduğundan, davacının yatırdığı 35,90 TL harcın mahsubu ile bakiye 8,50 TL istinaf karar harcının davacıdan tahsili ile Hazineye irat kaydına,

Davalı belediyeden alınması gerekli istinaf karar harcı 44,40 TL olduğundan, davalı belediye tarafından yatırılan 35,90 TL harcın mahsubu ile bakiye 8,50 TL istinaf karar harcının davalı belediyeden tahsili ile Hazineye irat kaydına,

Davalı şirketten alınması gerekli istinaf karar harcı 44,40 TL olduğundan, davalı şirket tarafından yatırılan 35,90 TL harcın mahsubu ile bakiye 8,50 TL istinaf karar harcının davalı şirketten tahsili ile Hazineye irat kaydına,

Tarafların yaptığı istinaf yargılama masraflarının kendi üzerinde bırakılmasına,

HMK 333. maddesi uyarınca artan gider avanslarının yatırana iadesine,

Kararın tebliğı ile harç ve gider avansı iadesine ilişkin işlemlerin ilk derece mahkemesi tarafından yerine getirilmesine,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu 7036 sayılı Kanun'un 8/1-a maddesi gereğince **KESİN** olmak üzere 04/04/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.