

**davacının kendi işçisi olmadığını, 4734 sayılı İhale Kanunu'nun 4. maddesindeki hizmet tanımı kapsamında yer alan bakım onarım işi olduğunu, asıl işverenin bölümler arasında koordinasyon ve iş akışı sağlamak üzere işin özelliği ve güvenliği nedeniyle bir takım denetim-kontrol gerekçeleriyle bir kaç işçinin aynı yerde çalışmış olmasının taraflar arasındaki ilişkisinin asıl işveren-alt işveren ilişkisini ortadan kaldırmadığı**

MAHKEMESİ :İş Mahkemesi

Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Elbistan İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 06.03.2014 gün ve 2013/766 E. 2014/438 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 7.Hukuk Dairesinin 30.05.2014 gün ve 2014/8349 E. 2014/11939 K. sayılı kararı ile;

“...Davacı vekili, müvekkilinin davalı ...ait AEL İşletme Müdürlüğünde istihdam edildiğini,halen Güvenay firması üzerinden çalışmasını sürdürdüğünü,anılan firma ile EÜAŞ arasındaki ilişki hizmet alımı olarak adlandırılmakta ise de aslen firmaların yalnızca EÜAŞ Genel Müdürlüğüne işçi temin ettiklerini,işin bizzat davalı tarafça yönetildiğini,işçilerin çalıştırıldıkları işin asıl iş kapsamında kaldığını,asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceğini,şirketlerin değişmesine rağmen işçilerin değişmeden aynı işyerinde çalışmaya devam ettiğini,kurum ile firmalar arasındaki ortak sözleşmenin muvazaalı olduğunu, bu nedenle 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine göre müvekkilinin başlangıçtan itibaren asıl işveren olan EÜAŞ işçisi olduğunun tespitine karar verilmesi gerektiğini, ayrıca müvekkilinin taşeron firma işçisi olması sebebi ile işletmenin işçileri ile aynı iş yerinde aynı koşullarda çalışarak daha az ücret aldığını, baştan itibaren müvekkili ile diğer işçilerin EÜAŞ işçileri ile aynı sosyal haklara sahip olması gerektiğini, müvekkilinin işverenin en başından itibaren davalı ... Müdürlüğü olduğunun tespitini ve İş Kanununun 5. maddesine göre eşit davranma ilkesi gereğince ücret, ikramiye ilave tediye, fazla mesai, sosyal haklar, prim ve diğer alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı ...vekili, davacının kendi işçisi olmadığını, **4734 sayılı** İhale Kanunu'nun 4. maddesindeki hizmet tanımı kapsamında yer alan bakım onarım işi olduğunu, asıl işverenin bölümler arasında koordinasyon ve iş akışı sağlamak üzere işin özelliği ve güvenliği nedeniyle bir takım denetim-kontrol gerekçeleriyle bir kaç işçinin aynı yerde çalışmış olmasının

tarafklar arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisini ortadan kaldırmadığını savunararak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davacının muvazaalı işlem yaparak işçi temin ettiği ve işçilerin baştan itibaren kendi işçisi sayılması gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı Kanunun 2.maddesi 6.fıkrasına göre "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 işin 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.

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 başlangıştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. Işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Asıl işin bir bölümü alt işverene verilemese de kanunda özel hüküm bulunması hallerinde yardımcı iş olduğuna bakılmaksızın asıl işin bir kısmı alt işverene bırakılabilir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 15.maddesine göre: "... g) (Ek: 9/7/2008-5784/5 md.) Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler." Anılan

madde doğrultusunda Kamu İhale Kanunu 4 ve 22.maddeler doğrultusunda davalı da ihale ile kömür konveyörlerinin işletilmesi, bakım ve onarımının, temizliğinin, gözetlemesinin yapılması, çalışır vaziyette tutulması ve hizmet alım sözleşmesi ile performans kriterlerine uygun olarak C konveyörleri tesisinin işletilmesi, elektro-mekanik tamir bakım ve onarımının yapılması, temizliğinin yapılması ve gözetlenmesi işleri dava dışı şirketlere vermiştir. Davalı ile dava dışı işverenler arasında 4857 sayılı Kanunun 2/6 maddesi kapsamında kalan asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu dikkate alınmaksızın muvazaa bulunduğundan bahisle fark alacaklara hükmedilmesi hatalı olup bozma nedenidir...” gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

#### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, muvazaanın tespiti ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili davalı ile dava dışı firmalar arasındaki hizmet alım sözleşmelerinin muvazaalı olduğunu ileri sürerek baştan itibaren davalı Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü (EÜAŞ) işçisi olduğunun tespiti ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili hizmet alım sözleşmesi ile dava dışı firmalara verilen işlerin asıl iş olmayıp yardımcı iş olduğunu, muvazaa bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece asıl-alt işveren ilişkisini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'inci maddesi ile Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin ilgili maddelerine yer verilerek, bu husustaki bilimsel görüşlere ve Yargıtay kararlarına ayrıntılı şekilde değinildikten sonra davalının dava dışı alt işverene ihale ile

verdiği işin asıl işin bir bölümü olduğu ancak işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı, alt işverenin yeterli ekipmana, iş makinelerine sahip olmadığı, bant konveyörlerinin ve ilgili tahrik üniteleri ile makinelerin davalının mülkiyetinde olduğu, alt işverene verilen işte asıl işveren işçilerinin de çalıştığı, idari şartname ve tip sözleşmesinde görüldüğü üzere alt işveren işçilerinin işe alımında, işten çıkartılmasında, iş sözleşmelerinin feshinde davalı asıl işverenin söz sahibi olduğu, teknik şartnamede işe alınacak işçilere ödenecek ücretlerin asgari ücretin kaç katı olacağına düzenlenmesi gibi alt işverene emir ve direktifler verilerek işçi ücretlerinin tamamen asıl işveren kurum tarafından belirlendiği, işin yönetimi ve emir ve talimatları vermede tamamen davalı yetkililerinin söz sahibi olduğu, alt işverenlik sözleşmesinin kuruma işçi teminine vasıta olduğu anlaşılmalı davalı ...ile dava dışı firma arasındaki alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle davacının işverenin en başından itibaren davalı ... Müdürlüğü olduğunun tespitine, talep konusu alacaklar yönünden de taleple bağlı kalınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece başlık kısmında gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece önceki kararda direnilmiş olup direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: somut olayda davalı işveren ile dava dışı şirket arasında hizmet alım sözleşmesi uyarınca kurulan asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce direnme kararında önceki gerekçelere ek olarak mahkemece UYAP sistemi üzerinden inceleme yapılarak davalının Tavşanlı Tunçbilek Termik Santralinde alt işverenler ile hizmet alım sözleşmelerinin muvazaalı olduğuna dair verilen Tavşanlı 1. Asliye Hukuk Mahkemesi kararının temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesince onandığı; Afşin Elbistan Termik Santralinde alt işveren Türem Ltd. Şti.'nin, iş

müfettişlerinin muvazaalı alt işveren ilişkisi bulunduğunun tespitine yönelik raporun iptali istemiyle açtığı davada, Ankara 11. İş Mahkemesinin verdiği EÜAŞ Genel Müdürlüğü ile alt işveren arasındaki sözleşmenin bant konveyörlerinin tamiri ve bakımı işlerinin EÜAŞ Genel Müdürlüğünün asıl işlerinden olduğu ve uzmanlık gerektirmeyeceği gerekçesiyle raporun iptali isteminin reddine karar verildiği ve bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesince mahkeme kararının kesin olduğu gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar verildiği, mahkeme ve Yargıtay kararlarının UYAP sisteminden çıktısı alınarak dosya arasına konulduğu belirtilmesi karşısında direnme olarak adlandırılan kararın yeni hüküm olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre de bu hükme yönelik temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulunca mı yoksa Özel Dairece mi yapılacağı hususu ön sorun olarak tartışılmış olup, mahkemenin söz konusu kararlara değinmekle yetinip açıkça direnme gerekçesi olarak göstermediği gibi önceki gerekçesini de değiştirmedeği görülmekle ön sorun bulunmadığına oy birliğiyle karar verilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı ile dava dışı şirketler arasında geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bu nedenle öncelikle asıl-alt işverenlik ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Asıl-Alt işverenlik ilişkisi 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan madde uyarınca "...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."

Belirtilmelidir ki asıl iş, mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir. Bu iş doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alır ve üretimin zorunlu unsuru olup asıl işverenin

faaliyet alanına göre belirlenir. Yardımcı iş ise işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan, ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iştir.

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4'üncü maddesi uyarınca, asıl-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalı, alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Öte yandan alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Ayrıca alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ne var ki daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.

Alt işverenlik sözleşmelerinin uygulamada kamusal alandaki mal ve hizmet üretiminde yarattığı sıkıntı nedeniyle asıl iş yönünden kamuya ayrıcalık getiren ve 01.07.2006 tarih 5538 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi ile İş Kanunu'nun 2'nci maddesine eklenen fıkralar uyarınca,

"...(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, **4734 sayılı** Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre

belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,  
hak kazanamazlar.

(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,  
yönünde hükümler konulamaz.”

Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işveren ilişkisini düzenleyen maddelerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmış, bazı yasak ve sınırlamalar getirilmiş ve bu yasak ve sınırlamalar ile genel olarak muvazaa hâllerinde bu işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacağı hükme bağlanmıştır.

İş Kanunu'nun 2'nci maddesine 5538 sayılı Kanunla eklenen sekizinci fıkra ile, kamu işverenlerinin özel sektör işverenlerine uygulanan sınırlamalara tabi olmaksızın, yüklenicilere (alt işverenlere) iş verebilmelerine olanak sağlanmak istenmiş, ancak iş alan alt işverenin çalıştırdığı işçilerin mali ve sosyal haklarında bazı kısıtlamalar getirilerek, kamu işverenleri için, farklı ve ayrıcalıklı bir



şekilde kamuda işçi istihdam etmenin önü açılmak istenmiştir (Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul: s.45; Süzek,S.: İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 14. Baskı, 2017,s.179; ; Şahlanan, F.: Uygulamadan Kaynaklanan Sorunların Hukuk Karşısındaki Durumu İş Kanunu Açısından”, İş Kanunu Açısından, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Seminer/Çalıştayı, Kamu-İş Yayını, Antalya, s.125-134-135).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesine eklenen bu yeni fıkrada en çarpıcı nokta, hizmet alımına dayanak teşkil edecek şartname ve sözleşmelere konulamayacak hükümleri düzenlemesidir. Bu fıkra göre, hizmet alımı ihalelerinde düzenlenecek sözleşme, idari şartname ve teknik şartnamelere; “yüklenicinin kamu kurum ya da kuruluşundan aldığı ihaleyle ilgili işte çalıştırmak üzere istihdam edeceği işçilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin idareye bırakılmasını” ve “aynı kamu kurum ya da kuruluşunda daha önce hizmet alımı sözleşmesiyle veya geçici işçi olarak çalışanların, çalıştırılmaya devam olunması” yönünde hüküm konulmaması gerekmektedir. Bu fıkradaki düzenlemenin (a) bendi ile, işe alma ve işten çıkarma gibi yetkilerin işverene ait yetkiler olduğu ve bu yetkilerin idareye bırakılması hâlinde, işçinin çalışmaya başlamasından itibaren, aslında kamu kurum ya da kuruluşunun işçisi sayılacağı gerçeğinden hareket edilerek, işçilik hakları bakımından idare, “işveren” sorumluluğunun dışına çıkarılmak istenmiştir. Söz konusu fıkradaki düzenlemenin (b) bendi ile de, hizmet alımına ilişkin sözleşme ve şartnamelere daha önce aynı kamu kurum ya da kuruluşunda hizmet alımı yoluyla veya geçici işçi olarak çalışmış işçilerin, yeni hizmet alımında ihaleyi alan yüklenici değişse bile, çalıştırılmasına devam olunacağı yönünde bir hüküm koyulamayacağı belirtilmiştir. Böylece idarenin işverene ait bir yetkiyi kullanmasından dolayı oluşabilecek muvazaanın önüne geçilmek istenmiştir (Akyiğit, E.: Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:23, Sayı:4, s.1-33 s.18; Görmüş, A.:Kamu Kurumlarında Hizmet Alımı

Yoluyla İstihdam Edilenlerin Kıdem Tazminatı Sorunu. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2013, S.38, s.148-149).

Bilindiği üzere mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 18'inci maddesi ile aynı doğrultuda düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 19'uncu maddesi uyarınca, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır ve borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.

0 hâlde muvazaaa; tarafların üçünü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır, şeklinde tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın kendisine yapıldığı kişi, irade açıklamasının sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukuki işlemin bulunduğu görüşünü yaratmayı istemişlerse, muvazaadan söz edilir.

Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından, ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada, görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.

Kural olarak hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemez. Kaldı ki böyle bir hak talebi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağını belirten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2'nci maddesine de aykırıdır.

İş hukuku uygulamasında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması hâlinde müeyyidesi 4857 sayılı İş Kanununun 2'nci maddesinde,

"...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.

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 hâlde 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.” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin konuya ilişkin 3’üncü maddesinde ise,

“ Muvazaa:

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 sözleşme...” olarak belirtilmektedir.

Anılan Yönetmeliğin 11’inci maddesi uyarınca,

“(1)İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir.

(2)İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır.

(3)Ancak asıl iş;

a)İşletmenin ve işin gereği,

b)Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi,

şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir.

(4)Asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez.”

Yönetmeliğin 12’nci maddesi uyarınca muvazaalı olgusunun varlığının değerlendirilmesine özellikle;

“...a)Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,

b)Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,

c)Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,

ç)Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,

d)İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,

e)Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,

f)Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,

g)Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı...” hususları göz önünde bulundurulmalıdır.

Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu hâlde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur.

Alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinde, hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup

bulunmadığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı; alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı; alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı; istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı; alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı; yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı; yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıлып yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.

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 olayda asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut uyuşmazlık incelendiğinde; davalı Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olup, sermayesinin tamamı Devlete ait iktisadi devlet teşekkülüdür ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi elektrik üretimiyle uğraşan bir iktisadi devlet teşekkülü olarak, kamu tüzel kişiliğine haizdir.

Davalı ...nin faaliyet alanınının da dâhil olduğu 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15'inci maddesine 09.07.2008 tarih ve 5784 sayılı Kanun'un 5'inci maddesiyle eklenen ve 26.07.2008

tarihinde yürürlüğe giren fıkra uyarınca “Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler.”

Bu nedenle faaliyet alanı elektrik enerjisi üretimine yönelik davalı şirketin hizmet alım ihaleleri gerek 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun gerekse 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak 4628 sayılı Kanun’un 15’inci maddesi uyarınca bir işin veya hizmetin alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez.

Öte yandan 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 15’inci maddesine 09.07.2008 tarih ve 5784 sayılı Kanun’un 5’inci maddesiyle eklenen fıkra da, 14.03.2013 tarih ve 6446 sayılı Kanun’un 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 30’uncu maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Davalı ...ın maden makineleri ve konveyör hatları elektrik, bakım ve onarım; kazıcı ve dökücü makinelerin temizliği ile Afşin Elbistan Linyit İşletme Müdürlüğü’nün açık ocak kazı sahası, döküm sahası, kömür stok sahası ve bant dağıtım merkezinde işletmenin ana madencilik plânlamalarına bağlı olarak değişkenlik arz eden yaklaşık 53 adet tahrik istasyonu ile 8 adet yer istasyonu ve bu tahrik istasyonlarına ait kuyruk istasyonları ile istasyonlara ait yaklaşık 60 km uzunluğundaki bant yollarının işletilmesi, temizlenmesi ve gözetlenmesi ile ilgili olarak dava dışı alt işverenler ile hizmet alım sözleşmeleri yaptığı görülmüştür.

Mahkemece dinlenen tanık beyanları, mahallinde yapılan keşif ve keşif sonucu ibraz edilen bilirkişi heyet raporu ile tüm dosya kapsamından anlaşılacağı üzere davalı ...ın dava dışı alt işverenlere ihale ile verdiği işlerin asıl işin bir bölümü olduğu, ancak alt işverene verilen bu asıl işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş

niteliğinde olmadığı; özellikle dava dışı alt işverenlerin yeterli ekipmana ve iş makinelerine sahip olmadığı gibi bant konveyörlerin ve ilgili tahrik üniteleri ile makinelerin davalı ...ın mülkiyetinde bulunduğu tespit edilmiştir. Ayrıca alt işverenlere verilen işlerde asıl işveren olan EÜAŞ işçilerinin de çalıştığı, hizmet alım sözleşmeleri ve ekleri incelendiğinde alt işveren işçilerinin işe alımı ve işten çıkarılması yanında bu işçilerin alacakları ücretin belirlenmesi karşısında işin yönetimi, emir ve talimatları verme noktasında davalı ...yetkililerinin söz sahibi olduğu; işverenlik yetkilerinin davalı tarafından kullanıldığı anlaşılmıştır.

Ayrıca dava dışı alt işverenlerin belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmadığı, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmediği anlaşılmakla davalı ...ile dava dışı alt işverenler arasındaki hizmet alım sözleşmelerinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmıştır.

0 hâlde mahkemece davalının dava dışı alt işveren şirketlerle yaptığı hizmet alım sözleşmelerinin muvazaaya nedeniyle geçersiz olduğunun ve davacının başlangıçtan itibaren EÜAŞ işçisi olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ne var ki davalı vekilinin hükmedilen alacakların miktarlarına ilişkin temyiz itirazları bozma nedenine göre Özel Dairece incelenmemiştir.

Bu nedenle dosyanın davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun olup, davalı vekilinin bozma nedenine göre daha önce incelenmeyen alacak miktarlarına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18.04.2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.