

ESAS NO : 2020/9-619

KARAR NO : 2022/248

T.C.

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO : 2020/9-619

KARAR NO : 2022/248

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi

TARİHİ : 13/02/2020

NUMARASI : 2020/100-2020/323

DAVACI : Poyraz Loyka vekili Av. Ece Ucuyuk

DAVALI : AAAAA A.Ş.

vekili Av. Açelya Ilmıla

İHBAR OLUNANLAR : 1-BBBBB Ltd. Şti.

3-CCCCC Ltd. Şti.

1. Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesince ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak yeniden esas hakkında hüküm kurulmak suretiyle davanın kısmen kabulüne ilişkin verilen karar davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesince Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı işveren nezdinde alt işveren işçisi olarak 02.08.2010 tarihinden iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği 13.10.2015 tarihine kadar çalıştığını, çalışması süresi boyunca yaptığı sayaç okuma, gaz açma ve kesme, kalibrasyon, sayaç sökme, barkodlama işlerinin davalının asıl işlerinden olduğunu ve müvekkilinin davalının işçileri ile aynı işi yaptığını, işe giriş-çıkış işlemleri davalı tarafından yapıldığı gibi çalışma koşullarını, yıllık izin işlemlerini de davalının belirlediğini, ekipman ve üniformaların davalı tarafından sağlandığını, davalı ile dava dışı şirketler arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını ileri sürerek kıdem tazminatı, eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı, fark ücret, sosyal yardım ve iş riski, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı AAAAA A.Ş. (AAAAA) vekili cevap dilekçesinde; zamanaşımı def’inde bulunduklarını, iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiğini, davacının alt işveren işçisi olup alt işverene ihale ile verilen işin yardımcı iş niteliğinde olduğunu, müvekkilinin davacının yaptığı işin kontrol sürecini takip ettiğini, hangi bölgede çalışılacağı, çalışma saatleri, ya-

pılacak işin planlaması hususlarının alt işverene ait olduğunu, alt işveren işçilerinin kıyafetleri, kimlik kartları, kullandıkları araçların sözleşme ile alt işverenin sorumluluğunda olmak üzere temin edildiğini, abonelere tanıtıcı olması açısından bu hususların önem arz ettiği ve bunun muvazaaya delil teşkil etmeyeceği, özlük dosyalarının alt işverende olduğunu, davacının alacağının bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Kocaeli 6. İş Mahkemesinin 28.02.2017 tarihli ve 2015/834 E., 2017/168 K. sayılı kararı ile; davalı şirketin asıl işinin doğalgazı satın almak, dağıtım şebekesi ve tesislerini kurarak gazı tüketicilerin kullanımına vermek ve tüketicilerin (abonelerin) doğalgaz tüketimlerinden dolayı tahakkuk eden borçlarını tespit edip tahsilât işlemlerini yapmak olduğu, abonelik, sayaç okuma, faturalama ve tahsilât ile sayaç ve gaz işlemlerinin davalı şirket tarafından da uygulanan Abone Yönetim Sisteminin alt iş süreçleri olduğu, davalının belirtilen işlerde çalıştırılmak üzere

işçi

temin etmek amacıyla Yüklenici İşçiliği Hizmet Alım İşi ihalesi açtığı, hizmet alım sözleşmesinde davalı şirketin alt işverenden çalışanlarını gerekçelerini göstermek kaydıyla bu görevden alınmasını isteyebileceğinin, alt işverenin herhangi bir koşul ileri sürmeden çalışanı görevden almak zorunda olduğunun belirtildiği, davalı şirkette kullanılan üretim metotları ile alt işverenin çalıştırdığı işçilerin vasıfları dikkate alındığında işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin bulunmadığı, davalı şirketin işçileri ile alt işveren işçilerinin yan yana çalıştığı, doğalgaz dağıtım işinde teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen ve yardımcı iş niteliğinde de olmayan "Doğalgaz sayaç okuma-fatura tahsilat vb. işlerin" bölünerek alt işverenlere verildiği, buna göre davalı ile alt işverenler arasında kurulan ilişkinin muvazaalı olduğu, davacının fark ücret ile sosyal yardım ve iş riski alacaklarına hak kazandığı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının bulunduğu, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ise yasal koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

7. Kocaeli 6. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

8. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesinin 07.08.2019 tarihli ve 2017/1584 E., 2019/1718 K. sayılı kararı ile; davalının önceki ihale döneminde yine aynı hizmet alımı ile ilgili olarak imzaladığı sözleşmenin muvazaalı olduğuna ilişkin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından onanan başka işçilerin açtığı işe iade davası sonrası verilen kararlar emsal olarak değerlendirildiğinde, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere hizmet alım sözleşmesinin tarafı olan alt işverenin mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmadığı, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmediği, davalı işverenin işçileri olan Ertem Neş, Barbaros Zemeykah ve Kerim Nıkşa'nın davacı ile aynı işi yaptıkları, tüm dosya kapsamındaki deliller birlikte değerlendirildiğinde davalı işverenliğin hizmet alımına yönelik değil

işçi

teminine yönelik sözleşme ve işlemler yaptığı, ilk derece mahkemesi kararında diğer hususlar isabetli bulunmakla birlikte hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda hesaplanan fazla çalışma ücreti alacağından yapılan %15 oranındaki indirimin az olduğuna ilişkin davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

10. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.12.2019 tarihli ve 2019/7220 E., 2019/22382 K. sayılı kararı ile; davalının sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra "...2..Somut uyuşmazlıkta, davacı dava dilekçesinde davalı AAAAAA A.Ş.'de taşeron işçisi olarak çalıştığını, sayaç okuma işçisi olduğundan çalıştığı dönem boyunca sayaç okuma, gaz açma, gaz kesme, kalibrasyon, sayaç sökme, barkodlama gibi işler yaptığını, davalı ile taşeron şirketler arasındaki sözleşmelerin muvazaalı olduğunu, bu nedenle çalışmaya başladığı tarihten itibaren davalı şirketin işçisi sayılması gerektiğini iddia etmiştir.

Davalı vekili ise müvekkili şirket ile taşeronu arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğunu, bu kapsamda ihale olunan işin yardımcı iş niteliğinde olduğunu savunarak muvazaa iddiasını kabul etmemiştir.

Yerel Mahkeme, alt işverene verilen işlerin yardımcı işlerden olmadığı, alt işverenin asıl işveren den sözleşme ile üstlendiği hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmadığı, hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetini bağımsız yönetmediği, asıl işveren-alt işveren arasında kurulan ilişkinin

işçi

temini niteliğinde olduğu, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olmadığı, bu hali ile davalılar arasında kurulan ilişkinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle davacının muvazaa iddiasını ve buna bağlı alacak taleplerini kabul etmiştir.

Sayaç okuma işi davalı AAAAAA A.Ş. yönünden yardımcı iş niteliğinde olup, davalı ile sayaç okuma, faturalandırma, gaz açma-kapama gibi işler bakımından hizmet alım sözleşmesi yapan firma arasında yasaya uygun asıl-alt işverenlik ilişkisi kurulmuştur. Davalı şirket ile dava dışı firma arasında kurulan ilişkinin muvazaaya dayandığı ispatlanamamıştır. Muvazaaya dayanak yapılan davalı firmada çalışan beş işçinin konumu ve yaptıkları işler; sayaç okuma, sökme-takma vb. işleri yapan taşeron şirket çalışanlarının denetim ve kontrollerini yapmak, hassas ölçüm yapan ve teknik özellikleri itibarıyla nitelikli olan sayaçların sökme ve takma işleri ile arıza durumunda sayaçlara müdahale etmek olup, davacı bu işçilerle aynı konumda değildir. Bu nedenle muvazaa iddiasının kabulü ile davacı alacaklarının davalıda çalışan emsal

işçi

ücretine göre hesaplanması hatalıdır.

Mahkemece yapılacak iş, davalının yaptığı hizmet alım sözleşmeleri ile muvazaa bulunmaksızın asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulduğundan ücret fark alacağı ile sosyal yardım ve iş riski alacağı taleplerinin reddine karar vermektir.

3-Yukarıdaki bozmanın doğal sonucu olarak kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti talepleri de davacının kendi ücretinden hesaplanmalıdır..." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

11. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesinin 13.02.2020 tarihli ve 2020/100 E., 2020/323 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ilaveten 03.11.2002 tarihli ve 24925 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin 4. maddesinde yer alan tüzel kişi (şirket) tanımı ile 40. maddesindeki "...Sayaçların takılması, sökülmesi, değiştirilmesi, kontrolü ve benzeri her türlü işlem, dağıtım şirketince gerçekleştirilir..." ifadesi ve davalının doğal gaz dağıtım şirketi olduğu dikkate alındığında davalı ile dava dışı iş ortaklığı arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı oldu-

ğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, davalı işveren ile dava dışı alt işverenler arasında “Sayaç Okuma, Faturalandırma, Gaz Açma-Kapama, Sayaç Sökme-Takma ve Sair İşler” konulu sözleşmeler çerçevesinde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayalı olup olmadığı; buradan varılacak sonuca göre davacı işçinin fark ücret ile sosyal yardım ve iş riski alacaklarının bulunup bulunmadığı ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davalı nezdinde çalışan emsal işçinin ücretine göre mi yoksa kendi ücreti üzerinden mi hesaplanması gerektiği noktalarında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

14. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuyla ilgili kavramları ve mevzuat hükümlerini incelemekte yarar bulunmaktadır.

15. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu’nun (İş Kanunu) "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir.

16. 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 ”.

17. Bu hükme 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. Kanuna uygun biçimde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş ise asıl işveren, alt işveren işçilerinin Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunması hâlinde bundan doğan yükümlülüklerden işçilere karşı alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

18. 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin (Yönetmelik) 4. maddesi uyarınca, asıl işveren-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.

19. Görüldüğü üzere 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.

20. Öte yandan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 18. maddesi ile aynı doğrultuda düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 19. maddesi uyarınca, bir sözleşmenin türü-

nün 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.

21. Türk Hukuk Lûgatında muvazaanın “Anlaşmalı saptırma, gerçek dışı durumlara gerçekmiş niteliğini kazandırma işlemi; hukuksal bir işlem konusunda gerçek duruma aykırılıkta birleşilerek yapılan ortak açıklama (beyan) ya da ortaya konulan belge; danişıklı işlem” (Türk Hukuk Lûgatı Türkçe-Türkçe Cilt I, Ankara 2021, s. 819) şeklinde yapılan tanımından hareketle, muvaza, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları olarak ifade edilebilir.

22. Bir diğer deyişle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukukî işlemin bulunduğu görünüşünü yaratmayı istemişlerse, muvazaadan söz edilir.

23. 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 hukukî sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.

24. 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. maddesine de aykırıdır.

25. İş hukuku uygulamasında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması hâlinde müeyyidesi İş Kanunu’nun 2. maddesinde,

“...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.

26. Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin konuya ilişkin 3. maddesinin (g) bendinde ise,
“ Muvaza:

- 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 işverenin 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.

27. Anılan Yönetmeliğin 11. 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”.

28. Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca muvazaanın incelenmesinde 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.

29. Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, tarafların gerçek iradeleri

işçi

temini olduğu hâlde, bunu bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazalı bir hukukî işlem söz konusudur.

30. Alt işverenlik 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 işçisi 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 yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.

31. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 19.10.2021 tarihli ve 2021/(7)9-

587 E., 2021/1275 K.; 17.11.2020 tarihli ve 2016/(22)9-979 E., 2020/901 K. ve 04.04.2019 tarihli ve 2015/22-3294 E., 2019/400 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

32. Bu noktada eldeki dava bakımından önem taşıyan mevzuat hükümlerinden de bahsetmek gerekmektedir.

33. 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun) “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin (14) numaralı bendinde dağıtım şirketinin “Belirlenen bir şehirde doğal gazın dağıtımı ve mahalli gaz boru hattı şebekesi ile nakli faaliyetlerini yapmaya yetkili kılınan tüzel kişiyi” ifade ettiği düzenlenmiştir.

34. Aynı Kanunun “Doğal gaz piyasa faaliyetleri” başlıklı 4. maddesinin (4) numaralı doğal gaz piyasa faaliyetlerini açıklayan fıkrasının doğal gazın şehir içi dağıtımını düzenleyen (g) alt bendin-

de şehir içi doğal gaz dağıtım hizmetinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından açılacak ihaleyi kazanan şirkete mahalli doğalgaz dağıtım şebekesinin mülkiyeti de dahil olmak üzere şehrin gelişmişlik düzeyi, tüketim kapasitesi ve kullanıcı sayısı gibi hususlar dikkate alınarak Kurum tarafından belirlenecek lisans süresi için verileceği düzenlenmiştir; “Yapım ve hizmet faaliyetleri” başlıklı 5. maddesinde ise “Doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek ithalatçı şirket, ihracatçı şirket, iletim şirketi, depolama şirketi, dağıtım şirketi, toptan satış şirketi ve serbest tüketiciler, Kurumdan sertifika almış gerçek ve tüzel kişiler ile yapım ve hizmet sözleşmesi imzalayabilir. Doğal gazla ilgili herhangi bir yapım ve hizmet faaliyeti, sertifika sahibi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilemez” hükmüne yer verilmiştir.

35. 03.11.2002 tarihli ve 24925 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin “Dağıtım şirketinin üçüncü kişilerce yapacağı sözleşmeler” başlıklı 25. maddesinde “Dağıtım şirketi, dağıtım şebekesiyle ilgili inşaa işlerini, kendisinin yapmaması halinde, yapım ve hizmet sertifikasına sahip üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmeler kapsamında gerçekleştirir. Dağıtım şirketinin, lisans kapsamındaki faaliyet konusu ile ilgili olarak üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerde, ilgili mevzuata aykırı olan ya da sistem güvenliğini ve işleyişini engelleyen hükümler yer alamaz. Dağıtım şirketi, işlerin niteliğine uygun ve zamanında yapılmasından, proje ve müteahhit şirketlerinin bu işle ilgili hata veya ihmallerinden sorumludur. Dağıtım şirketi, sözleşmelerinde şebeke inşası esnasında çevreye verilecek rahatsızlık ve zararları önlemeye yönelik her türlü önlemi alır ve yatırım faaliyetleri süresince çevre ve diğer mevzuat hükümlerine uyar” hükmü mevcuttur.

36. Belirtilen düzenlemelerden başka Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından doğal gaz dağıtım şirketleri için tarife belirleme sürecinde gerek duyulan verilerin standart şekilde elde edilebilmesine, dağıtım sektörüne yönelik istatistiki çalışmalar için gerekli olan bilgilerin doğrulanabilir ve denetlenebilir bir şekilde doğrudan ve sağlıklı olarak temin edilebilmesine, ayrıca finansal analiz, risk analizi, verimlilik analizi gibi çeşitli analiz ve yorumlar için ihtiyaç duyulan bilgilerin standart ve doğru sınıflandırılmış bir şekilde teminine yönelik olarak hazırlanan Doğal Gaz Dağıtım Sektörü Tarife Tabloları Hazırlama Rehberi’nin “EK-10/B:İşletme Giderleri” bölümünde “Dışarıdan Sağlanan Hizmet Giderleri” tablosunda bu kısmın dışarıdan sağlanan fayda ve hizmetler için tahakkuk eden giderleri ifade ettiği belirtilmiş, tabloda “01. Sayaç Okuma ve Faturalandırma” kısmının karşısında “Sayaç okuma ve faturalandırma hizmetinin dışarıdan alınması durumunda, söz konusu hizmet karşılığında oluşan giderler girilecektir” açıklaması bulunmaktadır.

37. Bundan başka davalı vekilinin sunduğu müvekkiline ait dağıtım lisansının “Hizmet alımı” başlıklı 18. maddesinde “Lisans sahibi, bu lisans kapsamındaki faaliyetleri, ilgili mevzuata uygun olarak hizmet alımı yoluyla sözleşmelerinde ilgili mevzuata aykırı ya da sistem güvenliğini ve işleyişini engelleyen hükümler yer almamak kaydıyla başkalarına gördürebilir. Ancak, lisans sahibi dağıtım şebekesinin inşası ile ilgili hizmet alımlarını sadece yapım ve hizmet sertifikasına sahip üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmeler kapsamında gerçekleştirebilir. Hizmet alımları lisans sahibinin, bu lisans kapsamındaki yükümlülüklerinin devri anlamına gelmez” düzenlemesine yer verildiği görülmüştür.

38. Hemen belirtmek gerekir ki, 19.12.2012 tarihli ve 28502 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İşkolları Yönetmeliğinin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde “Bu Yönetmeliğin amacı 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 4 üncü maddesinde sayılan işkollarına hangi işlerin gireceğini tespit etmektir”; “Asıl işe yardımcı işler” başlıklı 3. maddesinde ise “Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır” hükümleri yer almaktadır. Bununla birlikte, İşkolları Yönetmeliğinin EK-1 İşkolları Listesinde (14) numaralı Enerji işkolunun 82.99.02 kodlu alt sınıfında “Elektrik, gaz, su ve ısıtma sayaçlarını okuma ve faturalama faaliyetleri” tanımlanmıştır.

39. Somut olayda, davalı ile dava dışı alt işverenler arasında “Sayaç Okuma, Faturalandırma, Gaz Açma-Kapama, Sayaç Sökme-Takma ve Sair İşler” konulu ve 02.08.2010-02.08.2012, 01.08.2012-01.08.2015 ve 01.08.2015-01.08.2018 tarihleri arasındaki dönemleri kapsayan hizmet alım sözleşmelerinin eki olan teknik şartnamelere göre işin, doğal gaz kullanıcılarına ait sayaçların el terminali vasıtasıyla endeksterinin okunması, el terminalinden çıkan faturanın kullanıcı adresine bırakılması, tespit edilmiş bilgilerin AAAAA’a aktarılması, kullanıcı sayaçlarının kontrolü (kaçak ve usulsüz gaz kullanımlarının tespiti), müşterilerin adres bilgilerinin kontrolü ve AAAAA’a bildirilmesi, gaz açma-kapama, sayaç sökme-takma işinin yapılması ve iş emrini el terminallerinden düzenleyerek AAAAA’a aktarılması, barkot yapıştırma, broşür dağıtımı ve gerektiğinde benzeri işlerin GPRS sistemi ile yapılması olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır.

40. Dosya içerisinde bulunan 01.08.2012-01.08.2015 süreli ve 01.08.2015-01.08.2018 süreli hizmet alım sözleşmelerinin teknik şartnamelerinde, G4 model üzeri sayaçların kalibrasyon amacıyla söküm ve montaj işlerinin AAAAA tarafından yapılacağı; bilinirliği arttırmak amacıyla alt işveren işçilerinin AAAAA’ın onaylayacağı tek tip kıyafet giyeceği; AAAAA’ın alt işveren işçilerini gerekçelerini göstermek kaydıyla görevden alınmasını alt işverenden isteyebileceği düzenlemelerine; davalıya ait organizasyon şemalarından birinde teknik destek departmanı bölümünde sayaç okuma ve iş emirleri personeli olarak Ertem Neş, Barbaros Zemeykah ve Kerim Nıkşa; sayaç kontrol ve değişim personeli olarak Umut Nıkşa ve Haluk Yata diğer şemada ise müşteri hizmetleri departmanında sayaç okuma kontrol personeli olarak Barbaros Zemeykah, Tamer Ralmuk sayaç kontrol, değişim personeli olarak Umut Nıkşa, Kemal Çılık ve iş emirleri personeli kontrol personeli olarak Ertem Neş, Kerim Nıkşa ve Ela Esök isimlerine yer verildiği görülmüştür.

41. Yargılama sırasında dinlenen davacı tanığı Yağız Zemliğe davacı ile birlikte sayaç okuma, gaz açma-kesme işlerinde çalıştığını, işle ilgili emir ve talimatları alt işveren BBBB Şirketi yetkililerinin verdiğini, AAAAA’ın kendilerine karışmadığını, çalışma saatleri ve nöbetlerinin alt işveren tarafından belirlendiğini, AAAAA’ın alt işveren yetkilisine bildirmesinden sonra alt işveren yetkilisinin işle ilgili dağılımı yaptığını, aynı işi yapan AAAAA personelinin kendilerini kontrol edip etmediklerini bilmediğini; davacı tanığı Pamir Zaya, davacı ile birlikte sayaç okuma, gaz açma-kesme işlerinde çalıştığını, işle ilgili emir ve talimatları alt işveren BBBB Şirketi yetkililerinin verdiğini, AAAAA’ın kendilerine karışmadığını, çalışma saatleri ve nöbetlerinin alt işveren tarafından belirlendiğini, aynı işi yapan AAAAA personelinin kendilerinin yaptığı işi kontrol ettiğini, işin dağılımının AAAAA’ın alt işverene bildirmesi üzerine alt işveren yetkilisi tarafından yapıldığını beyan etmiştir.

42. Davalı vekilince dosya içerisine emsal dosyalarda beyanları alınan tanık ifadelerinin yer aldığı duruşma tutanakları sunulmuştur. Kocaeli 6. İş Mahkemesinin 2015/837 ve 2015/833 Esas sayılı dosyalarında yapılan yargılamalarda davalı tanığı sıfatıyla dinlenen Umut Nıkşa ve Haluk Yata, AAAAA’ın teknik departmanında sayaç kontrol değişim teknikeri/personeli olarak çalıştıklarını, G6 ve üzeri sayaçların değişimi ve söküp takma işini yaptıklarını, bu sayaçların okullar, hastaneler, ticarethaneler gibi yerlerde kullanılan sayaçlar olduğunu, yine G25 ve üstü rotari adı altında hassas ölçüm yapan doğal faz sayaçlarını söküp taktıklarını, evlerde kullanılan sayaçların ise G4 tipi olup bu sayaçları söküp takma, okuma, faturalandırma işini alt işveren işçilerinin yaptığını, onların yaptıkları işi doğru yapıp yapmadıklarını kontrol ettiklerini, alt işveren işçilerinin işle ilgili talimatları alt işverenden aldıklarını beyan etmiştir. Yine Kocaeli 6. İş Mahkemesinin 2015/837 ve 2015/833 Esas sayılı dosyalarında davalı tanığı sıfatıyla dinlenen ve BBBB Şirketinin müdürü olduğunu beyan eden Sabih İlafru, AAAAA’ın kendilerinin yaptığı işin kontrolünü yaptığını, işçilere talimatları kendisinin verdiğini ifade etmiştir.

43. İlk derece mahkemesince yapılan keşif sonucu sosyal güvenlik denetmeni olan bilirkişi tara-

findan düzenlenen ve mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda, davalı şirketin asıl işinin doğal gaz satın almak, dağıtım şebekesi ve tesislerini kurarak gazı tüketicilerin kullanımına vermek ve tüketicilerin (abonelerin) doğal gaz tüketiminden dolayı tahakkuk eden borçlarını tespit etmek ve tahsilat işlemlerini yapmak olduğu, bu işlerin birbirini tamamlayan iş süreçleri olarak hizmet üretiminin esasını oluşturan yardımcı iş niteliğinde olmayan asıl iş kapsamında bulunduğu,

işçi

teminine yönelik olan sözleşmeler ile alt işverenin üstlendiği işler için belirli bir organizasyonunun, uzmanlığının ve hukuksal bağımsızlığının bulunmadığı açıklanarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayalı olduğu belirtilmiştir.

44. Diğer taraftan, davalı vekilince dosya içeriğine sunulan ve sayaç okuma işçisi olan davacıların muvazaa iddiası ile davalı AAAAA'a karşı açtığı Kocaeli 4. İş Mahkemesi'nin 2016/12, 14 ve 16 Esas sayılı dosyalarında alınan bilirkişi raporlarında ise, sayaç okuma işçisi olarak çalışan alt işveren işçileri ile aynı işi yaptığı iddia edilen davalı işveren işçilerinin yıllara göre görev tanımlarının, organizasyon şemalarının, sayaçların teknik özellikleri ile sistem kayıtlarının incelendiği belirtilmiş, organizasyon yapısı içerisinde 31.07.2010 tarihine kadar sayaç okuma işinde alt işveren ile AAAAA çalışanlarının birlikte çalıştığı, bu tarih itibarıyla AAA-AA çalışanı olan tüm sayaç okuma personelinin iş sözleşmesine son verildiği açıklandıktan sonra sonuç kısmında, emsal

işçi

olarak gösterilen Ertem Neş, Barbaros Zemeykah ve Kerim Nıkşa'nın sayaç okuma ve iş emirleri idari personeli; Umut Nıkşa ve Kemal Çılık'ın ise sayaç kontrol idari personeli olarak çalıştıklarını, davalı işyerindeki çalışma sisteminde emsal

işçi

olarak gösterilen AAAAA çalışanlarının sayaçlara arıza durumunda müdahale ettikleri ve bu amaçla sayaç sökme ve takma işlerini yürüttükleri, yine konut kullanımı dışında kullanılan sayaçların takılması ve sökülmesi işinin sayaçların teknik özellikleri nedeniyle AAAAA işçileri tarafından yapıldığı, iş emirlerinin sayaçların okuma planı ile ilgili olduğu, planlamanın alt işveren işçisine emir ve talimat verme şeklinde olmadığı, okuma işlemlerinin denetim/kontrolllerinin AAAAA tarafından yapıldığı, asıl işe yardımcı iş niteliğinde olan sayaç okuma işinin tamamı ile alt işveren işçilerince yürütülmeye başladığı 01.08.2010 tarihinden itibaren sayaç okuma işinde denetim ve kontrol işlerinin AAAAA işçileri tarafından yürütüldüğü, alt işveren işçilerine emir ve talimat verme, işten alma ve çıkarmada irade kullanımı, teknik eğitim verme gibi hususların bulunmadığı değerlendirilmiştir.

45. Öncelikle, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından direnme gerekçesinde yer verilen davalı işveren işçileri Ertem Neş, Barbaros Zemeykah ve Kerim Nıkşa'nın davacı

işçi

ile aynı işi yapıp yapmadığı ve bunun muvazaalı işlem sonucunu doğurup doğurmayacağı hususu irdelenmelidir. Teknik şartname hükümleri, tanık beyanları ve özellikle emsal

işçi

olarak belirtilen davalı işçilerinin görev tanımları ile sayaçların teknik özellikleri ve işin işleyişinin ayrıntılı olarak incelendiği emsal bilirkişi raporundaki tespitler dikkate alındığında, davalı iş-

veren işçilerinin alt işveren işçilerinin yaptığı işleri kontrol etme, hassas ölçüm yapan ve teknik özellikleri itibariyle nitelikli olan sayaçları sökme ve takma ile arıza durumunda sayaçlara müdahale etme işlerini yaptıklarının anlaşılmasına göre davacı

işçi

ile aynı konumda olmadıkları sonucuna varılmıştır.

46. Nitekim davalı işveren işçilerince yapılan kontrol işleri bakımından Alt İşveren Yönetmeliğinin 12. maddesinin 2. fıkrasının (e) alt bendinde yer alan hükümden hareketle, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevli asıl işveren işçisi çalıştırılabilecektir.

47. Öte yandan, davacı tanıklarının işle ilgili talimatları alt işveren şirketten aldıklarına dair beyanları, sözleşme ve şartname hükümleri ile dosya kapsamı ve mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, dava dışı alt işveren şirketlerin üstlendiği yardımcı işe ilişkin olarak hukusal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

48. Bununla birlikte, teknik şartnamelerde davalı işverenin, alt işverenden alt işveren işçisini gerekçesini göstermek suretiyle görevden alınmasını isteyebilmesine dair hükmün, davalı işverenin hizmet kalitesinin ve müşteri memnuniyetinin sağlanması amacıyla yönelik olduğu gözetildiğinde, muvazaanın bulunduğuna işaret eden bir husus olarak değerlendirilmemiştir. Yine, alt işveren işçilerinin davalı işverenin şartnamede de açıkça belirtildiği üzere bilinirliği artırmak amacıyla onaylayacağı tek tip kıyafet giymesi de muvazaa göstergesi olarak kabul edilmemiştir.

49. Açıklanan maddi ve hukukî olgulara göre hizmet alım sözleşmelerine konu sayaç okuma, faturalandırma, gaz açma-kapama, sayaç sökme-takma ve sair işlerin, davalının Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından verilen doğal gaz dağıtımına ilişkin lisans çerçevesinde üstlendiği doğal gaz dağıtım hizmetine yardımcı işler olduğu, bu itibarla hizmet alım sözleşmelerinin tarafları arasında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu sonucuna varılmıştır.

50. Yukarıda varılan bu sonuca göre davacının ücret fark alacağı, sosyal yardım ve iş riski alacağı taleplerinin reddine karar verilmeli; kıdem tazminatı, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarına esas ücretinin ise davalı işveren nezdinde çalışan emsal işçinin ücretine göre değil, davacı işçinin kendi ücretine göre hesaplanması gerekmektedir.

51. Hâl böyle olunca Bölge Adliye Mahkemesince önceki kararda direnilmesi doğru olmadığından hükmün Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenlerle bozulması gerekmektedir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Dosyanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/2. maddesi uyarınca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 03.03.2022 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.