

ASIL İŞVERENDEN ALINAN İŞTE DEĞİŞEN ALT İŞVERENLERE ARA VERMEDEN ÇALIŞAN İŞÇİLERİN KIDEME BAĞLI HAKLARI

I- GİRİŞ

Alt işverenlik uygulamasının çoğalmasi, özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının temizlik, güvenlik gibi belli alanlardaki hizmetleri sürekli biçimde ihale ile satın alınması, her yıl yenilenen sözleşmeler nedeniyle işçilerin hak kayıpları yaşaması, alt işverenlik ile ilgili düzenlenmenin yeniden gündeme gelmesi nedeniyle bu konuyu irdelemek yerinde olacaktır.

Alt işveren uygulamalarından biri de kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet alımı yoluyla alt işveren emrinde çalışan işçilerin bu alt işveren emrinde kısa süreler geçirmelerine karşın o kamu kurum veya kuruluşunda kesintisiz uzun süreler çalışmaları nedeniyle kıdeme bağlı hakları nasıl değerlendirilecektir. Asıl işverenin özel sektör olduğu benzer iş ilişkilerinde de aynı sorunlar yaşanmaktadır. Bu hususu çözümlenecek doğrudan bir düzenleme bulunmadığı için sorunlar Yargıtay kararlarıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır.

Bir alt işverenin yürüttüğü hizmeti bir başka alt işverene devredebilmesi için o hizmet üzerinde hüküm ve tasarrufunun bulunması gerekmektedir, bu hukukun genel kuralıdır, böyle bir hüküm ve tasarruf yetkisi bulunmayan alt işverenin o hizmeti sonraki alt işverenlere devrettiği söylenemeyecektir, şeklinde yorumlar vardır. Aynı esastan olayı değerlendiren bir başka yetkin görüş sahibi ise, "benim alt işverenliğim bitmişse olmayan bir işyerini nasıl devredebilirim" sözleriyle^[1], alt işverenler arasındaki ilişkiyi "işyeri devri" olarak kabul etmemektedir. Alt işverenler arasında geçerli bir işyeri devrinin kurulması konusunda hukuki bir işleme gerek olmadığı konusunda öğretide dört ayrı görüş (örtülü hukuki işlem görüşü, amaçsal yorum görüşü, hukuki işlemin tarafının asıl işveren olduğu görüşü ve kıyasen uygulama görüşü) bulunmaktadır ve öğretideki baskın görüşe göre de hukuki işleme gerek yoktur.

Yargıtay (işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur^[2], değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır^[3], işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur^[4], bu işyeri devri olup, feshe bağlı haklar olan kıdem, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi isteklerin doğması söz konusu olmaz^[5], değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır^[6], iş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz^[7], işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur^[8]), şeklindeki artık yerleşmiş içtihatlarıyla konuyu "işyeri devri" olarak değerlendirmektedir.

II- ALT İŞVERENLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN İŞYERİ DEVRİ KABUL EDİLMESİ

Yargıtay'ın muvazaa ölçütlerinden biri de alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin değişmemesidir. Ancak bu hususa makalede girilmeyecektir. Aşağıda Yargıtay'ın örnek olarak alınan ve yukarıda belirtilen 7 ayrı kararı uygun alt başlıklarla anlatılacaktır.

Alt İşverenin İşyeri Devrine Konu Olabilecek İşyerine Sahip Olup Olmadığı

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması ile alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. İşveren veya alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinde "alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkraya hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür" şeklinde kurula yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Belirtilen çözüm şekli alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu[9] 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştı.

Alt İşverenlerin Değişimi

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemler durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri şeklinde olmaktadır.

Alt İşverenler Arasındaki Hukuki İlişki Bulunmayan Durumlar

Alt işverenin, asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Fesih Bildirimi Aranması

İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceği esaslı kararlarda görülmektedir. Böyle bir fesih bildirim yok ise işyerinde çalışması devam eden işçinin feshine bağlı hak olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesinin feshi, bildirim karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir.

İşçi alt işveren olan T... Ltd. Şti. nezdinde çalışmakta iken, bu şirketin ihaleyi kazanamaması nedeni ile 31.12.2005 tarihinde iş akdinin feshedildiğini ileri sürmüştü de, bu tarih sözleşme süresinin bitim tarihi olup, 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere alt işveren değişikliği olmuş, davacı işçi de çalışmasına devralan alt işveren nezdinde devam etmiştir. Bu kararda Yargıtay, alt işverenin yeni ihaleyi kazanamamasını, sözleşme süresinin bitimini fesih için yeterli görmemiştir.

Yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Somut olayda davacı, alt işveren yanında çalıştıktan sonra alt işverenin sözleşmesinin bitimini takiben ertesi gün asıl işverene bağlı bir başka işveren nezdinde aynı işi yapmaya devam etmiştir. Kaldı ki dosya kapsamında önceki alt işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiğine dair bir yazılı belgede bulunmadığı gibi, fesih hususunda taraf iradeleri de uyumsuzdur.

Asıl İşverene Ait İşyerinde Ara Vermeksizin Çalışma

Yargıtay kararlarına göre, işçinin asıl işverene ait bu işyerinde ara vermeksizin çalışması gerekmektedir.

İşyeri Devrinin Esasları

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir.

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması imkan dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır.

İşyeri Devri Konusunda Ülke Dışı Uygulamalar

Avrupa Adalet Divanının kararlarında, "hukuki işleme devir" ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı sözlü bir anlaşma hatta **zımni bir anlaşma** da yeterli görülmektedir. Yine üye ülkeler uygulamasında, ihale yoluyla bir işin alınmasında **devreden işveren bilmesede dahi** işyeri devrinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye olmayan ancak benzer hükme sahip İsviçre'de de İsviçre Federal Mahkemesi **devreden ve devralan arasında doğrudan hukuki işlemin bulunmasının şart olmadığı** kanısına varmıştır.

Makul Çözüm: İşyeri Devri

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur.

İşyeri Devri Esas Alınmazsa İşverenlerin Sorumluluğu

Alt işverenlerin, herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin tüm süreye göre bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

Sonraki Alt İşverenlerin Sorumluluğu

İşyeri devrinin kabul edilmesi sonucunda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır.

Son Alt İşverenin Sorumluluğu

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı iş alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

III- SONUÇ

Alt işveren ilişkisinde gerçekleşmesi beklenen olasılık, alt işverenin ilişkinin bitmesinin ardından işyerinden ayrılması ve işçilerini de beraberinde götürmesidir. Gerçekten böyle bir olasılıkta, işyerinde daha sonra iş alan başka bir alt işveren olsa da her iki alt işveren arasında bir işyeri

devrinden söz edilemez. Yine iş sözleşmeleri sona ermediğinden işçiler, feshe bağlı haklarını bu aşamada alt işverenden (ve asıl işverenden) talep edemezler. Öte yandan bu konudaki diğer bir olasılık, alt işverenin işyerindeki faaliyetlerini tamamlayıp işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesidir. Bu durumda işçiler feshe bağlı haklarını alt işverenden (ve müteselsilen asıl işverenden) talep edebilirler^[10]. Ancak böyle yapılmayıp da uygulamada çoğunlukla görüldüğü üzere önceki alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen işçilerinin yeni alt işveren emrinde ara vermeden çalışmaya devam etmeleridir.

Bu durumda olan alt işveren işçileri kaç taşeron firmanın işçisi olarak çalışırsa çalışsın, ortada fesih olmadığı sürece, işe başladığı tarihten itibaren kıdem ve ihbar tazminatı ile ücretli izin hakkını alabilir.

İşçinin hizmet dökümünde farklı alt işverenlere ait farklı işveren sicil numarasının bulunması, bu işyerine giriş-çıkışının görülmesi toplam kıdem süresini bölmemektedir.

Böylece işyeri devri esas alındığı için alt işveren işçisinin asıl işverene/ihale makamına bağlı haklarının bölünerek hak sahipliğinin belirlenmesini giriş – çıkış olması durumu etkilemez.

Son alt işverenle birlikte asıl işveren taşeron işçisinin kıdeme bağlı tüm haklarından müteselsil sorumlu oldukları gibi, işi sonraki alt işverene devreden önceki alt işverenler ise devir tarihinden/işin kendisinden sonraki alt işverene geçtiği tarihten itibaren iki yıl boyunca da devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumludur. İşçinin kıdeme bağlı hakları hizmet süresinin toplamı üzerinden ve son ücretine göre hesaplanır, son alt işveren önceki alt işverenlerin döneminden de sorumlu iken, önceki alt işverenlerin sorumluluğu ise devir tarihindeki ücret ve işçiyi çalıştırdıkları süreyle sınırlıdır. Öte taraftan asıl işverenin sorumluluğu da alt işverenlerin sorumluluğu kadardır.

[1] Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları, Ankara 2010, Ercan AKYİĞİT'in tebliği, s. 160.

[2] Yrg. 9. HD'nin 25.12.2008 tarihli ve E. 2007/33369, K. 2008/35307 sayılı kararı.

[3] Yrg. 9. HD'nin 25.12.2008 tarihli ve E. 2007/33274, K. 2008/35297 sayılı kararı.

[4] Yrg. 9. HD'nin 21.01.2009 tarihli ve E. 2007/34528, K. 2009/601 sayılı kararı.

[5] Yrg. 9. HD'nin 08.10.2009 tarihli ve E. 2008/9391, K. 2009/26150 sayılı kararı.

[6] Yrg. 9. HD'nin 02.05.2011 tarihli ve E. 2010/41842, K. 2011/12939 sayılı kararı.

[7] Yrg. 9. HD'nin 09.06.2011 tarihli ve E.2009/17866, K.2011/17317 sayılı kararı.

[8] Yrg. 9. HD'nin 19.01.2012 tarihli ve E.2009/34509, K. 2012/990 sayılı kararı.

[9] Yrg. HGK'nun 06.06.2001 tarihli ve E.2001/ 9-711, K. 2001/ 820 sayılı kararı.

[10] Hande Bahar AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.337.