

ALT İŞVERENLİK REHBERİ

MEVZUAT | TANIM | ÖRNEK | TESPİT | ÖNERİ

OĞUZHAN ASLAN

İlk ve ebedi ustama...
Babam Eşref Aslan'a...
Minnet, sevgi ve saygıyla...

Bu kitap Avukat Ebru Candemir UFUK'un
hukuki nezaretinde kaleme alınmıştır.

İÇİNDEKİLER

- Alt işverenlik ilişkisi kurma nedenleri (15-34)
- Müteahhit, taşeron ve alt işveren kavramları (37-42)
- Asıl işveren ve alt işveren kavramları (45-49)
- Asıl iş ve yardımcı iş kavramları (53-64)
- Mevzuatın asıl işverene yüklediği sorumluluklar (67-70)
- Alt işverenlikte müteselsil sorumluluk kavramı (73-80)
- Alt işverenlikte muvazaa kavramı (83-95)
- Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurmanın unsurları (99-125)
- Alt işverenlik sözleşmesinde olmazsa olmazlar (129-137)
- Alt işveren seçiminde dikkat edilmesi gereken unsurlar (141-147)
- Özet (149-151)
- Ekler (153-173)

YAZAR HAKKINDA

1981 yılında İstanbul'da doğan Oğuzhan Aslan, Girne Amerikan Üniversitesi Halkla İlişkiler, Anadolu Üniversitesi İşletme ve Anadolu Üniversitesi Uluslararası İlişkiler lisans programlarından (ek olarak üç ayrı ön lisans programından) mezun oldu.

Çalışma hayatına 2004 yılında Han Grup & Danone alt işverenlik proje yöneticisi olarak başlayan Aslan, Anadolu Grubu, Garipoğlu Corporate Group ve Abraaj Group gibi birçok global şirketin alt işverenlik projelerini yönetti.

2009 yılında Han Grup Genel Müdürlüğü, 2015 yılında ise Yönetim Kurulu Başkanlığı görevlerini üstlenen Aslan, parttime-JET platformunun kurucusudur ve alt işverenlik konusundaki çalışmalarını çeşitli medya organlarında yayımlanmaktadır.

ÖNSÖZ

20 yılı aşkın süredir meslek profesyonelleri ile yaptığım görüşmelerde fark ettim ki, alt işverenlik konusunda neredeyse hiç kimse, neredeyse hiçbir şey bilmiyor ve öğrenmiyor. Bu söylemi iddialı, kibirli hatta tacizkâr bulabilirsiniz ancak bu kitabı okuduktan sonra aynı fikirde olacağımızı umuyorum.

Ülkemizde yaklaşık olarak 25 yıllık etkin geçmişi olan alt işverenlik kavramı, hâlâ yeterince anlaşılabilmiş değil. Alt işverenliğin bir okulu, meslek odası veya kapsamlı bir hukuki mevzuatı bulunmaması, bu durumun ana sebeplerinden biri. Sektör tümüyle oyuncuların yaşadıklarına ve kamu otoritesinin bu yaşananlara verdiği tepkilere terk edilmiş gibi görünüyor. Hâl böyle olunca mevzuata veya uygulamaya dair kaynaklar sistemli biçimde toplanamıyor ve akademik literatür¹ oluşturulamıyor. Bu da alt işverenlik alanında derin bilgiye ve eğitime ulaşılmasını imkânsız kılarak tecrübeyi kutsuyor. Tek öğrenme yöntemi, kötü tecrübeler oluyor.

Mesela, ülkemizde herhangi bir sektördeki en yaşlı firmalar listesini incelediğimizde, geçmişi Cumhuriyet tarihinden geriye giden ve hâlâ faaliyette olan firmalara rastlamamız mümkün iken, alt işverenlik sektöründe 20 yılını dolduran ve hâlâ faal olan firma bulmamız pek mümkün görünmüyor. Bu durum, ilişkinin diğer tarafında yer alan asıl işveren temsilcilerinin, alt işverenlik konusunda kaynak bulmalarına ve tecrübe edinmelerine engel olarak, alt işverenliği sıkı bir anlayışa hapsediyor. Bu bilinmezlik ve kötü tecrübeler evreni öyle bir hâl alıyor ki, asıl işverenlerin gözünde alt

1 Herhangi bir bilim dalında yazılmış olan yazıların ve yapıtların tümü

işverenlik sektörü bir mayın tarlasına, alt işveren seçimi ise bir kör kurşuna dönüşebiliyor. Lakin aynı evrenin bir diğer tarafında kapsamlı alt işverenlik ilişkileri geliştiriliyor ve dünya devi havayolu şirketlerinin, havalimanı hizmetlerinin yürütülmesi gibi kapsamlı ve kritik işleri, bir veya birkaç alt işverene devredilerek yüksek verim alınabiliyor. Bu çelişkinin merkezinde ise doğru inşa edilmemiş alt işverenlik ilişkileri yer alıyor.

Bu kitap, alt işverenlik konusunda bilgi sahibi olmak isteyen ve aşağıda listelenenleri amaçlayan meslek profesyonellerine rehber olması amacıyla yazılmıştır.

- Etimoloji ormanında kaybolmadan zorunlu kavramları anlamak
- Mevzuat denizinde boğulmadan ilgili kanun hükümleriyle tanışmak
- Uygulamada sıklıkla yapılan hatalardan kaçınmak
- Örnek olaylar üzerinden muhtemel senaryoları algılamak
- Alt işverenlik ilişkisine dair kritik noktaları öğrenmek
- Mevcut alt işverenlik ilişkisinin sorunlarını tespit ederek onarmak
- Yeni alt işverenlik ilişkisi inşa etmeden önce yol haritası çizmek

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ KURMA NEDENLERİ

Alt işverenlik ilişkisi kurma nedenleri

Alt işverenlik, ülkemizde oldukça yaygın olmasına rağmen hâlâ tam olarak anlaşılamamış bir kavramdır. Alt işverenliğin asgari düzeyde anlaşılabilmesi için alt işveren, asıl işveren, yardımcı iş, asıl iş, müteselsil sorumluluk² ve muvazaa³ gibi kavramların etraflıca öğrenilmesi şarttır. Bu kavramların bilinmemesi alt işverenliğin sınırlarının çizilememesine, getirdiği yükümlülüklerin belirlenememesine ve beklenmedik kayıplar yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Neden sonuç ilişkisinin kurulamaması, fayda zarar potansiyelinin tahmin edilememesi veya risk faktörlerinin öngörülememesi gibi etkenler, sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmasına engel olarak ilişkinin tüm taraflarına zarar vermektedir. Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi bu kavramların anlaşılmasına bağlıdır ve ilk adım “neden alt işveren ile çalışılır” sorusu ile başlar.

Neden alt işveren ile çalışılır?

Her işletmenin ihtiyaçları ve alt işverenle çalışma nedenleri farklıdır. Çünkü her işletmenin sektörüne, tesis yapısına, yönetim biçimine, iş akışına veya bağlı olduğu mevzuata göre farklı gereksinimleri, avantajları ve dezavantajları vardır. Bu nedenle, bir işletmenin neden alt işverenle çalıştığına dair kesin bir saptamayı uzaktan yapmak olanaksızdır. Fakat son derece kapsayıcı bir genelleme yapılabilir ve istisnalar dışında “neden alt işveren ile çalışılır”

2 Bir sözleşmenin tüm taraflarının, bir borç veya zararın tamamının ödenmesi yükümlülüğünü, hem birlikte hem de tek başlarına üstlenmeleri

3 Bir anlaşmanın taraflarının, üçüncü kişileri aldatmak niyeti ile ve gerçek iradelerine uymayacak şekilde yaptıkları gizli anlaşma

sorusuna altı başlıkta cevap verilebilir.

1- Asıl işe odaklanma

Üretici firmaların asıl meziyetleri üretmektir. Fakat bir işletmenin başarılı olması için sadece üretmesi yetmez. İşletmenin üretimine sorunsuz devam edebilmesi için üretime yardımcı işlerin de kusursuz işlemesi gerekir. Üretime yardımcı işlere örnek olarak lojistik, stok kontrol, temizlik, paketleme ve gündelik işleri sayabiliriz. Üreticilerin alt işveren ile çalışmalarının ana sebeplerinden birisi, tüm bu yardımcı işleri yönetim ve denetimleri ile birlikte alt işveren firmalara devir ederek asıl işleri olan mal veya hizmet üretimine odaklanmak istemeleridir.

Örnek olay

Bir havalimanının işletmesini de yürüten XJET Hava Yolları şirketinin genel müdürü Nalan Ş, büyüme hedeflerine ulaşma konusunda beklentileri karşılayamayacak olmaktan son derece rahatsızdı. Yıl sonu büyüme hedefi %5'ti ancak ilk 3 aylık performans bu hedefe ulaşılmasının neredeyse imkânsız olduğunu gösteriyordu. Büyüme ana hedefti ancak büyümeye giden yolda birçok farklı gereksinim vardı. Filo kapasitesi ve kalitesi, hizmet kalitesi ve müşteri memnuniyeti, işletme yöneticiliği ve muhasebesi gibi birçok farklı alanda sorunlar mevcuttu. Filo yetersizdi ve büyümek için filonun genişletilmesi gerekiyordu. Havalimanı işletmeciliği uzmanlık alanlarından değildi ve rötar, bagaj kaybı, otopark işletme sorunları gibi nedenlerle müşteri memnuniyeti son derece düşüktü. Havalimanındaki işyeri kiralari emsallerinin oldukça altında olmasına rağmen kiralama, yönetme ve tahsilatlar konusunda ciddi sorunlar yaşanıyordu. Bu gereksinimlerin çoğu yapısalı ve yapısal

sorunların çözülmesi radikal kararlar gerektiriyordu.

Tüm sorunların tespiti için kapsamlı bir gözden geçirme gerekiyordu ve ekibinden tüm bölümleri teker teker ele alarak SWOT analizleri⁴ oluşturmalarını istedi. Ayrıca, tüm çalışanları kapsayan ve görev tanımlarını da içeren kapsamlı bir çalışan listesi talep etti. Tüm depoları, makineleri, araçları ve çalışanları iki farklı gruba ayırarak ilişkilendirdi ve yeniden listeledi. İlk grup asli iş olan uçuş faaliyetlerinin yapıldığı gruptu ve bu grupta 90 adet uçakta görevlendirilen 200 pilot ile 370 kabin görevlisi çalışıyordu. Bu gruba yönelik müşteri şikâyetleri yok denecek kadar azdı. Çoğu yolcu uçağa girdiği andan uçaktan indiği ana kadar aldığı hizmetten son derece memnundu. Uçaklar yeni ve konforluydu. Kadro eğitilmiydi, güler yüzlüydü ve iletişim becerileri yüksekti. Uçak içi eğlence sisteminden sunulan ikramlara kadar hemen her unsur müşterilerin beğenisini kazanmıştı.

İkinci grup ise uçuş faaliyetlerine bağlı olan ancak uçuş dışı diğer faaliyetleri içeren gruptu. Bu grup uçak bakımı, shuttle⁵, güvenlik, otopark işletmesi, kontuar⁶, temizlik, mağazaların yönetimi, bagaj yönetimi ve kayıp eşya servisi gibi hizmetleri kapsıyordu. Bu grubun toplam çalışan sayısı 2300'den fazlaydı ve bu hizmetlerin sürdürülebilmesi için gerekli olan shuttle araçları, uçaktan termine nakil otobüsleri, bagaj nakil arabaları, bakım makineleri veya temizlik ekipmanları gibi araçların sayısı 1100'ün üzerindeydi.

4 Sürecin veya durumun, güçlü ve zayıf yönlerini belirlemekte ve dış çevreden kaynaklanan fırsat ve tehditleri saptamakta kullanılan yöntem

5 Yolcu servisi

6 Havalimanlarında yolcuların check-in (bilet ve bagaj) işlemlerini yaptırılmaları için ayrılmış bölüm

Müşteri şikâyetlerinin büyük çoğunluğu bu gruptaki hizmetlerden kaynaklanıyordu ve neredeyse hiçbiri sağlıklı çalışmıyordu.

- Shuttle araçları yaşlanmıştı ve yenilenmeleri gerekiyordu. Araçlar ve servis şoförleri sağlıklı bir denetim mekanizmasına tâbi değillerdi. Servisler geç kalkıyor, klimaları çalışmıyor, şoförlerle yolcular arasında sıklıkla tartışmalar yaşanıyordu.
- Bayram veya tatil gibi yoğun dönemlerde güvenlik personeli ihtiyacı artıyordu, ardından yine azalıyordu ve insan kaynakları bu durumu yönetmekte oldukça zorlanıyordu. Çünkü şirket işe alım politikaları, belirli süreli veya acil ihtiyaçlara cevap verebilecek kapasitede ve esneklikte değildi. Bu durum yoğun dönemlerde havalimanı girişinde uzun kuyruklar oluşmasına ve yolcuların uçuşlarını kaçırmalarına neden oluyordu.
- Otopark son derece bakımsızdı, yeterli çalışanı yoktu, fiyatlar gereğinden yüksekti ve bu nedenlerle sadece %30 kapasite ile çalışıyordu. Havalimanı çevresine kurulmuş olan birçok özel otopark tam dolulukta olmasına rağmen havalimanı otoparkından verim alınamıyordu.
- Temizlik ekibi yetersizdi, eğitilemiyordu, yanlış kimyasal ürünler kullanılıyordu ve ekipmanlar eskimişti. Profesyonel bir temizlik yönetimi ve takip sistemi oluşturulmuştu ancak sağlıklı şekilde işletilemiyor ve denetlenemiyordu.
- Havalimanı içerisindeki mağazaların %20'si boştu. Yaşanan alt yapı sorunları nedeniyle yönetim ile kiracılar arasında sürekli bir çekişme hâli vardı. Mağaza yönetim politikaları,

kiracıların gereksinimleri ile örtüşmüyordu.

- Kontuarlarda veya uçağa nakillerde bagaj yönetimi sorunları çok fazlaydı. Bagajlar gecikiyordu, hasar alıyordu, yanlış uçaklara yükleniyordu ve telafisi uzun sürüyordu.

Nalan Ş'nin ortaya koyduğu bu yeni tablo, zihninde *“biz havayolu şirketi miyiz yoksa yer hizmetleri şirketi mi”* sorusunun belirmesine neden oldu. Bu soruyu diğer sorular takip etti.

- *“Asli işimiz nedir ve nasıl yönetiyoruz?”*
- *“1100 araç ve 2300 çalışanla sürdürmeye çalıştığımız başarısız destek hizmetleri, 90 uçakta 570 çalışan ile başarıyla icra ettiğimiz asıl işimize odaklanmamızı engelliyor ve başarısını gölgeliyor olabilir mi?”*
- *“Birçoğu uzmanlık alanımızda dahi olmayan destek hizmetlerini ne kadar kaliteli yapabiliriz veya kaliteyi artırmanın farklı yollarını bulabilir miyiz?”*
- *“1100 aracı ve 2300 çalışanı yönetim alanımızdan çıkararak, sadece 90 uçakta 570 çalışan ile icra ettiğimiz asıl işimize odaklanabilsek, uçak sayımızda ve hizmet kalitemizde ne gibi değişiklikler gerçekleştirebilirdik?”*

Nalan Ş radikal bir plan hazırladı ve yönetim kuruluna sundu. Beş yıllık eylem planı şu hususları içeriyordu:

- Tüm bakım atölyelerinin konularında uzman, gerekli ekipmana ve idari kadroya sahip alt işverenlere devir edilerek,

envanterdeki⁷ tüm depo, makine ve ekipmanların satılması veya kiralanması

- Shuttle hizmetlerinin konularında uzman, gerekli filoya ve idari kadroya sahip alt işverenlere devir edilerek, envanterdeki tüm araçların satılması veya kiralanması
- Güvenlik, temizlik, kontuar, mağaza yönetimi, valiz yönetimi gibi tüm hizmetlerin, konularında uzman, gerekli ekipmana ve idari kadroya sahip alt işverenlere devir edilerek, envanterdeki tüm araçların satılması veya kiralanması
- Otopark işletmesinin konularında uzman ve gerekli idari kadroya sahip alt işverenlere devir edilerek, envanterdeki tüm araçların satılması veya kiralanması
- Satılan ekipmanlardan, azalan personel giderlerinden ve yeni yönetim modelinin getirdiği maliyet avantajlarından doğan tüm kaynakların, uçak filosunun ve kapasitenin artırılması için kullanılması
- Yönetimin tümüyle asıl işe ve asıl işin sürdürülebilir büyümesine odaklanması

Yönetim kurulu üyelerinden bir kısmı bu planı riskli bulsa da çoğunluk sağlandı ve plan onaylandı. Beş yılın sonunda, aynı havalimanından XJET Hava Yolları ile uçuş yapan bir yolcu, sadece birkaç XJET Havayolu çalışanı ile ve sadece uçağın kabininde yüz yüze geliyordu. Diğer tüm işlemler alt işverenlerce gerçekleştiriliyordu. XJET Havayollarının 90 olan uçak sayısı 145'e yükselmışti

7 Şirket aktifinde kayıtlı bulunan

ve bu büyüme oranı beş yıllık beklentinin oldukça üzerindeydi. Ayrıca çalışan memnuniyeti artmış, müşteri şikâyetleri azalmış ve marka değeri yükselmişti. XJET Havayolları ve işlettiği Havalimanı artık ucuz seyahat noktası olarak değil, alternatif seyahat noktası olarak konumlanmıştı.

Sorular

- *Nalan Ş'nin yerinde olsaydınız nasıl bir yöntem izlerdiniz?*
- *Yönetim kurulunun bir üyesi olsaydınız, bu planı onaylayanlardan mı olurdunuz yoksa karşı mı çıkardınız?*
- *Bu yeni durum, kritik hizmetlerde dışa bağımlılığı artırmış olabilir mi ve bu ne gibi riskler doğurur?*

2- İstihdam Kolaylığı

Büyük üreticilerin ve kurumsal firmaların belirli standartları vardır. Bu standartlar çeşitli denetim kuruluşlarınca periyodik olarak denetlenir ve işletme standartlara uygunlukla orantılı olarak puanlanır. Bu standartlar personel alım süreçleri için de geçerlidir. Kurumsal firmaların işe alım süreçleri genellikle oldukça uzun sürer ve işe alınacak personel için yüksek standartlar belirlenmiştir. Bu durum ise acil iş gücü ihtiyaçlarına çözüm üretmekte zorlanmalarına neden olur. Bu standartlar yüzünden iş gücüne ulaşma hızları ile birlikte alternatif olanaklara erişimleri de sınırlanabilir. Alt işveren firmalar ise doğaları gereği hem iş gücü kaynaklarına hâkimdirler, hem de bu tarz iç denetimlerin çoğundan muaftırlar. Bu şartlar altında, kurumsal bir firmanın 30 kişilik bir ekip oluşturması için ciddi bir planlama ve süreç gerekirken, alt işveren firmaya “*en kısa sürede 30 kişilik bir ekip istiyorum*” demek çoğu zaman

yeterlidir.

Örnek olay

Yudum Ayran firması, 1500 şubesi olan Eko Market ile bir fırsat sözleşmesi⁸ imzaladı. Bu sözleşmenin gerektirdiği ürünleri tedarik edebilmek için fabrikadaki üretim kapasitesinin %10 oranında artırılması gerekiyordu. Makine parkuru, depolar, stok kontrol gibi birçok unsur bu kapasiteye cevap verebilecek yeterlilikteydi ancak paketleme ve lojistik hattında 30 kişilik ek iş gücüne ihtiyaç vardı. İnsan kaynakları yöneticisi Levent B'ye “*bu ekibi ne kadar sürede temin edebilirsin*” diye soruldu. Levent B şu şekilde cevap verdi:

“Bu soruyu cevaplamadan önce ekibimle konuşmam gerekiyor ancak ilk bakışta şunları söyleyebilirim. Şu anda iş başvuru havuzumuzda yeterli sayıda ve vasıfta aday olduğundan emin değilim. İnsan kaynaklarının mevcut iş yükü zaten oldukça fazla ve personel görüşmeleri için haftada sadece dört saatimizi ayırabiliriz. Bu da haftada sekiz kişi ile görüşme yapabileceğimiz anlamına gelir. Toplam 30 kişi ile ön görüşme gerçekleştirebilmemiz için bile en az dört haftaya ihtiyacımız olacaktır ve tüm görüşülenlerin işbaşı yapacağını düşünemeyiz. İşe alım politikamızın standart aşamaları var ve bunlar istihdam süreçlerinde kaliteyi artırıyor olsa da hızımızı ciddi oranda azaltıyor. Örneğin; meslek lisesi veya yüksekokul mezunu olmayanları işe alamıyoruz. Askerliğini tamamlamamış olanları, 40 yaşını aşmış olanları, servis güzergâhımız dışında ikâmet edenleri, adli sicil kaydı bulunanları ve alanında deneyim sahibi olmayanları da öyle. 30 kişilik ekibi tamamlamak için ilanların oluşturulması, başvuruların incelenmesi, ön görüşmelerin

8 Planlamada bulunmayan ancak yüksek fayda içerdiği için kabul edilerek planlamaya dâhil edilen ek ürün veya hizmet sözleşmesi

yapılması, ikinci görüşmelerin yapılması, amir onayının alınması, ücret tekliflerinin sunulması, gerekli evrakların tamamlanması ve işbaşı yapılması süreçlerini 60 günden önce tamamlamamız mümkün değil. Ayrıca idari işler kısmında iş kıyafetlerinin temini, servislerin organize edilmesi, yemek tedariki, soyunma odasında yeterli alan açılması, oryantasyon⁹ eğitimleri gibi gereksinimlerin de karşılanması gerekeceği için eşgüdümlü çalışabilmemiz önemli. Aksi hâlde, idari tarafta yaşanan bir olumsuzluk, işbaşı sürecini daha da öteleyecektir.”

Planlama yöneticisi Dursun P “o kadar zamanımız yok, bu ekibi 20 gün içinde tamamlayamazsak siparişi karşılayamayız” diyerek itiraz etti ve alternatif iş gücü kaynaklarını değerlendirmeyi önerdi. Fabrikanın temizlik işlerini yürütmekte olan alt işveren firmayı aradılar ve “30 vasıfsız personeli ne kadar sürede hazır edebilirsin” diye sordular. Alt işverenin “20 - 30 gün arasında tamamlanabilir” cevabı üzerine konu derhâl karara bağlandı.

- 30 kişilik ekip alt işveren tarafından sağlanacak
- Ekip tamamlanana kadar mesai çalışmaları ile desteklenecek
- Ekip çalışanlarında yüksek standartlar aranmayacak, iki aylık deneme süresinde performanslar gözlemlenecek ve uygun olmayan ekip üyeleri tespit edilerek ilgili aksiyonlar alınacak

Sorular

- *Bu toplantıda bulunsaydınız hangi alternatif çözüm önerisini sunardınız?*
- *Şirket işe alım politikalarının dolaylı yoldan esnetilmesi sizce*

9 Çalışanların kuruma uyum sağlamalarına yardımcı olacak süreç

doğru mu?

- *Bu politikaların esnetilmediği bir çözüm mümkün olabilir mi?*

3- Yönetim ve Denetim

Alt işverene devir edilen işlerin tüm yönetimi ve denetimi alt işveren tarafından takip edilir. Ekibin oluşturulması, eğitilmesi, yönetilmesi, denetlenmesi, iş kıyafetlerinin sağlanması, eksik personellerin yerlerinin doldurulması gibi tüm işler alt işveren tarafından yönetilerek yönetime periyodik aralıklarla raporlama yapılır. Dolayısıyla alt işverene verilen işler için işletmenin, denetleme dışında herhangi bir iş gücü veya zaman harcamasına gerek yoktur.

Örnek olay

CR Kablo fabrika müdürü Ayhan U, tesisteki temizlik, metraj¹⁰ ve paketleme işlerini alt işverene devir etti. Ne istediğini bilen bir yönetici olan Ayhan U, her şeyden önce ulaşmak istediği sonucu destekleyen bir planlama yaptı. Toplam 120 kişilik alt işveren kadrosu kurulacak, bu kadronun başında bir proje yöneticisi bulunacak ve çalışanların tüm ihtiyaçlarını yöneterek kendisi ile çalışanlar arasında köprü vazifesi görecek. İş görüşmeleri, izinler, raporlar, devamsızlık yönetimi, oryantasyon, iş sağlığı ve güvenliği, performans takibi ve raporlama gibi işleri üstlenecek olan bu proje yöneticisini eğiterek işe başladı. Akabinde işe alımları başlattı ve birkaç ay içerisinde ekip tamamlandı. Bu yapı sayesinde, şu yönetsel adımlar asıl işverene ek yük getirmeden çalışır hâle geldi:

- Alt işverenden ek talepler olduğunda proje yöneticisine

¹⁰ Kabloların belirli ölçülerde hazırlanarak paketlenmesi veya bobinlere sarılması işlemi

iletiliyor ve süreçler onun tarafından tamamlanarak raporlama yapılıyordu.

- Vardiya düzeni, izinler ve ikame iş gücü bir denetim mekanizmasına kavuşmuştu.
- İşe alım görüşmeleri, seçme ve yerleştirme işlemleri proje yöneticisi tarafından gerçekleştiriliyordu.
- Yeni personellerin oryantasyonu, servis organizasyonu, iş kıyafeti temini, soyunma odası takibi, yemek tedariki gibi idari süreçler proje yöneticisi tarafından tamamlanıyordu.
- Mevcut çalışanların icra işlemleri, avans istekleri, özel durumlardaki çeşitli talepleri gibi tüm ihtiyaçlar ve süreçler, proje yöneticisi tarafından yönetiliyordu.
- Proje yöneticisi, iş kazası veya benzeri beklenmedik durumlarda devreye girerek gerekli süreçlerin işlenmesini sağlıyordu.
- Talep edilen tüm raporlama tabloları, belirlenen günlerde ilgili kişilerin eposta hesaplarına iletiliyordu.
- 120 kişilik ekibin tüm yönetsel iş yükü neredeyse yok olmuştu.

Sorular

- *Ayhan U'nun yerinde olsaydınız bu kararı alır mıydınız veya uygulamayı aynı şekilde mi planlardınız?*
- *Bu çözüm CR Kablo yönetimine hangi alanlarda ne gibi ek avantajlar sağlamıştır?*

- *Proje yöneticisinin üstlenebileceği farklı görevler de var mıdır?*

4- Maliyet Avantajı

Kurumsal firmaların belirli ücret standartları vardır ve her çalışana bu standartlara uygun ücretler ödenir. Örneğin; firmada forklift¹¹ operatörlüğü brüt ücreti kıdemine göre 35.000£ ile 40.000£ arasında ise, yeni alınacak bir forklift operatörünün brüt ücreti en az 35.000£ olacaktır. Ancak alt işverenlerin çoğunun buna benzer standartları yoktur ve bir forklift operatörünü daha düşük ücretle istihdam edebilirler. Böylece asıl işveren hem kendi ücret politikasını bozmamış olur, hem tasarruf sağlar, hem de yönetimi ve denetimi alt işverene devir ederek iş yükünü azaltmış olur.

Örnek olay

Çiko Bebek Ürünleri şirketi ile Plastik Sendikası arasında bir Toplu İş Sözleşmesi (TİS) bulunuyordu. Bu sözleşmeye göre fabrika çalışanlarının tümü kategorize edilmiş ve her kategori için belirli ücret aralıkları ile yan haklar belirlenmişti. O sırada ülkede uygulanan brüt asgari ücret 20.000£ seviyesindeydi ancak TİS uyarınca tesisteki en düşük brüt personel maaşı 25.000£’den başlıyordu ve yıldan yıla artarak beş yıllık kıdem sahibi olanlar için 30.000£ seviyesine ulaşıyordu. İkinci ücret kademesi operatörleri kapsıyordu ve brüt maaş oranları 30.000£ ile 40.000£ arasındaydı. Bu sistem üçüncü ve dördüncü kademelerde farklı brüt maaş aralıkları ile tamamlanıyordu.

Yeni Satış Müdürü Erkan Ü, satış ekibinin verilen hedefleri

11 Ağır yükleri çatalları aracılığıyla kaldırmak ve bir araca veya rafa yüklemek için kullanılan iş makinesi

tutturamamasından mustarıptı. Göreve başlayalı beş ay olmuştu ancak en ufak bir ilerleme yaşanmıyordu. Ekibine *“hedeflerin neden tutturulamadığını”* sorduğunda ise satış fiyatlarını gerekçe gösteriyorlardı. Satışçılara göre *“satış fiyatları yüksekti, müşteriler rakiplere yöneliyordu ve kalan müşteriler hatıra binaen ürün almaya devam ediyorlardı.”* Erkan Ü sahaya indi, müşterilerle görüştü ve rakip firmanın sağladığı avantajları birinci ağızdan öğrendi. Satış ekibi haklıydı. Ürün fiyatları emsallerinin %15 üzerindeydi, bu durum satış fiyatlarına yansıyor ve son kullanıcı ucuz olanı tercih ettiği için kendi ürünleri rafta bekliyordu. Bunun farkında olan satış noktaları ise rakiplere yöneliyorlardı. Durumu bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunarak, *“ürün satış fiyatlarının yüksek olması nedeniyle satış hedeflerinin tutturulmasının olanaksız görüldüğünü, aksine pazar payı kaybının yaşandığını ve fiyatların düşürülmesi gerektiğini”* ilettiler. Yapılan hesaplamalar neticesinde, mevcut durumda bu indirimin mümkün olmadığı ve ancak üretim maliyetlerinin düşürülmesi durumunda gerçekleştirilebileceği tespit edildi.

Meslekte 20. yılını devirmiş tecrübeli bir insan kaynakları direktörü olan Zuhul H söz aldı ve daha önce defalarca teklif ettiği ancak yönetim tarafından reddedilen alt işverenlik projesinin üretim maliyetlerini düşürebileceğini iddia ederek şunları söyledi.

“Tesiste toplam 600 çalışanımız var. Tümünü kendi kadromuzda istihdam ediyoruz ve alt işveren desteği almıyoruz. Yürürlükte olan TİS uyarınca, en basit işler için istihdam ettiğimiz vasıfsız bir personelin dahi brüt başlangıç ücreti 25.000£. Rakiplerimizden birkaçında sendikal yapılanma ve TİS bulunmadığından asgari işçilik maliyetleri ile üretim yapabiliyorlar. TİS olan rakiplerimiz ise, asıl iş kapsamı dışında kalan çoğu işlerini alt işverenlik ilişkisi ile çözümleyerek maliyet

avantajı elde ediyorlar. Geçmişte yapmış olduğum malum çalışma gösteriyor ki, tesisimizdeki 250 çalışan birinci kademe vasıfsız işleri yapıyorlar ve asgari ücret bandında istihdam edilebilirler. Önerim, tesiste alt işverene devir edilmesi mümkün olan tüm birinci kademe vasıfsız işleri belirli bir zaman planı dâhilinde alt işverene devir etmektir. Bu yöntemle işçilik maliyetlerimizde %15 civarı bir iyileşme sağlamamız gayet mümkün görünüyor.”

Zuhal H'nin önerisi kabul edilerek temizlik, paketleme, meydançılık gibi görece vasıf gerektirmeyen işlerin alt işverene devir edilmesi kararlaştırıldı. Bu sayede hem firmanın maaş politikası ihlâl edilmemiş, hem TİS yükümlülüklerine aykırı davranılmamış, hem de maliyet avantajı sağlanmış oldu. Diğer tasarruf önlemlerinin de katkısı ile hedeflenen tasarruf oranına ulaşıldı ve ürün satış fiyatları dengelenerek bu yaşamsal risk ortadan kaldırıldı.

Sorular

- *Zuhal H'nin çözüm önerisine katılıyor musunuz veya sizin çözüm öneriniz ne olurdu?*
- *Böyle bir dönüşümün çalışma barışı ve sendikal bağlamda ne gibi riskleri olabilir?*
- *Sizce bu dönüşümün sağladığı fayda ile muhtemel riskler arasında nasıl bir korelasyon¹² var?*

5- Esnek Çalışma

Üretici firmaların yıllık planları ve bu planlara uygun bütçeleri

12 Birbirinden bağımsız görünen iki değişkenin birbiriyle uyumlu şekilde hareket etme derecesini açıklayan istatistiksel terim

vardır. Bu bütçe ve plan dâhilinde, yıl içerisindeki planlı faaliyetlerin kaç personelle gerçekleştirileceği de tahmin edilir ve bütün senaryolar bu doğrultuda tasarlanır. Plana uyum sağlamak veya ihtiyaçlara cevap verebilmek amacıyla işten çıkarmalar yapılır veya yeni personeller istihdam edilir. Ancak yıl içerisinde yaşanan ani üretim değişiklikleri, planlama hataları, üretim hattında meydana gelen arızalar gibi birçok sebep planları bozabilir. Üretim aksayabilir, eksik stok oluşabilir, siparişler artabilir ve acilen personele ihtiyaç duyulabilir. Bu acil ihtiyaç geçici bir süreliğine olabileceği gibi, belirli bir dönem içerisinde dengesizlikler de arz edebilir. Bu gibi durumlarda üreticiler hızlı çözümler üretemezler ancak alt işverenler, hâlihazırda istihdam havuzunda yer alan personellerden bir ekip oluşturabilirler ve acil iş gücü talebine kısa süre içerisinde cevap verebilirler.

Örnek olay

Yedi gün 24 saat esası ve %80 kapasite ile üretim hâlinde olan Simsel Yapıştırıcı fabrikası, üretim hattında meydana gelen bir arıza nedeniyle dokuz gün üretim yapamadı. Bu süre içerisinde tüm stoklar boşaldı, siparişler birikti, taleplere cevap verilemedi ve pazar kaybı gibi son derece önemli bir tehdit baş gösterdi. Bu durum fabrikanın yeni çalışanlarında huzursuzluk yarattı ve işten ayrılanlar oldu. Bir yandan talep birikiyor, diğer yandan ise iş gücü kaybı yaşanıyordu. Arızaların giderildiği dokuzuncu günün sonunda yapılan değerlendirmede, müşterileri rakip firmaya kaptırmayacak tek senaryonun, üretime en az %90 kapasite ile başlamak olduğu görüldü. Bunu yapabilmek için ek 20 kişiye ihtiyaç vardı fakat bu mümkün değildi. Çalışmaya gönüllü ve işe uygun 20 kişi hazır bekliyor olsa dahi, evrak hazırlama ve yasal süreçlerin üç günden

önce tamamlanabilmesi imkânsızdı. Muhtemel gereksinimleri not almak amacıyla toplantıda bulunan genç idari işler çalışanı Kutay V'nin aklına bir fikir geldi ve çekinerek de olsa dile getirdi.

“Yanılmıyorsam, temizlik hizmeti aldığımız alt işveren firmanın kendi kadrosunda yevmiyeci¹³ olarak istihdam ettiği ve ihtiyaç duyulan farklı tesislerde görevlendirdiği bir ekibi olmalı. Hatta geçen ayki sosyal denetime hazırlanmak için, beş günlüğüne sekiz personel desteği almıştık. Acaba 20 kişilik bir ekip için onlardan destek alabilir miyiz?”

Derhâl alt işveren ile iletişime geçildi ve iki gün sonra 17 kişilik bir ekip işbaşı yaptı. Ekip tamamlanana kadar mesai ile desteklendi ve %90 kapasite ile üretime başlanarak bu önemli sorun çözüme kavuşturuldu.

Sorular

- *Alt işverenin kendi SGK siciline kayıtlı bulunan personeller ile sağladığı bu hizmet bir taşeronluk ilişkisi mi yoksa alt işverenlik ilişkisi midir?*
- *Bu ilişki hangi tür bir sözleşme ile güvence altına alınmalıdır?*
- *Yanlış ilişki türü tespitinin ve yanlış hizmet sözleşmesinin muhtemel riskleri nelerdir?*

6- Sendikal Avantaj

Alt işveren firmalar ile çalışmanın bir diğer sebebi de, asıl işveren nezdinde sağladığı sendikal avantajdır. Sendikalar ile sorunlar yaşayan firmalar alt işveren firmalarla çalışarak esneklik

13 Çağrı üzerine çalışan, gündelikçi

oluşturmaya çalışırlar. Alt işveren işçileri de sendikaya üye olabilirler ve sendikal faaliyetlerde bulunabilirler. Bunda herhangi beis yoktur. Ancak ülkemizdeki mevzuat alt işveren işçilerinin sendikal haklardan yararlanabilmesi için yeterli alt yapıya sahip değildir. Bu durumu basitçe üç maddede (A/B/C) açıklayabiliriz.

- **A-** Alt işveren firmalar sendikal durumlarda asıl işveren-den bağımsız ve ayrı bir işveren olarak değerlendirilirler. Dolayısıyla, bir sendikanın alt işveren çalışanları adına temsil yetkisi alabilmesi için, alt işveren işçilerinin bir sendika çatısı altında örgütlenmeleri, o sendikanın ise %50+1 çoğunluk ve işkolu barajı¹⁴ unsurlarını sağlamış olması gerekir. Bir alt işveren firmada bu iki durumun gerçekleşme olasılığı yok denecek kadar azdır ancak gerçekleştiğini kabul ettiğimiz bir senaryoyu tahayyül ettiğimizde dahi engeller bitmez.
- **B-** Alt işveren çalışanlarının örgütlenmiş olduğu sendikanın, yeterli şartları sağlayarak yetki belgesi aldığı bir senaryoda süreç şu şekilde ilerleyecektir: Sendika yetki belgesini aldıktan sonra alt işveren firma ile görüşerek taleplerini iletecektir. Alt işveren firma, söz konusu sendikal taleplerin maliyetlerini tek başına üstlenemeyeceği için bu talepleri asıl işverene iletecektir ve sendikal talepler nedeniyle değişen şartları kapsayan yeni bir sözleşme talep edecektir. Kritik nokta burasıdır. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet sözleşmeleri genellikle yıllıktır ve belirli bir süre önceden haber vermek şartı ile asıl işveren tarafından her zaman ve

14 Kitap yayım tarihindeki mevzuat uyarınca, bir sendikanın yetki belgesi alabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda ülke genelinde çalışan toplam işçi sayısının en az %1'i oranında üye sayısının bulunması gerekmektedir.

sebepsiz fesih edilebilir. Yeni dönemin sendikal maliyetlerine katlanmak istemeyen asıl işveren, sözleşme süresinin bitmesini bekleyerek veya sözleşmedeki fesih maddesini kullanarak alt işveren ile bağını koparacaktır. Bu durumda alt işveren firmanın yapacağı şey ise, sözleşmenin sona ermesi gerekçesi ile tüm çalışanların iş sözleşmelerini fesih etmek olacaktır. Mevzuat gereği bir işçi sendikal faaliyetlere katıldığı için işten çıkartılamaz. Ancak alt işverenlik sözleşmesinin iptali geçerli fesih sebebidir. Bu durum ilgili üst mahkeme kararları ile sabittir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi¹⁵

“Davalılar arasındaki taşeronluk sözleşmesinin sonlandırılması dolayısıyla asıl işveren alt işveren ilişkisinin bitmesi sebebiyle davalı ... A.Ş. aleyhine açılan davanın reddi yönünde verilen karar isabetlidir.”

- **C-** Doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren firma asıl işlerde faaliyet göstermez ve sadece asıl işe yardımcı işlerde faaliyet gösterir. Diğer bir ifade ile o işyerinde çalışan asıl işveren işçileri ile alt işveren işçileri aynı işi yapmazlar ve aynı iş kolunda yer almazlar. Bu nedenle, o işyerinde çalışan asıl işveren işçileri ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren bir sendikanın çatısı altında örgütlenemezler.

Örnek olay

Gıda Sendikası, alt işverenlerle birlikte toplam 220 çalışanı olan Lords Energy Drink fabrikasında örgütlenme faaliyetleri başlattı

15 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi - Esas No: 2004/27242 - Karar No: 2005/3322
- Tarih: 07.02.2005 - Kararın tam metni için sayfa: 153

ve 120 üye sayısına ulaşarak %50+1 şartını sağladığı anda Çalışma Bakanlığına yetki belgesi başvurusunda bulundu.

Asıl işveren ise aşağıdaki gerekçelerle bu başvuruya itiraz etti.

- Her ne kadar tesisteki toplam çalışan sayısı üzerinden %50+1 şartı sağlanmış olsa da, asıl işveren ve alt işveren ayrı işletmeler olarak kabul edilmelidir.
- Asıl işverenin 160 çalışanı vardır ancak üye listesinde yer alan 120 kişinin sadece 75'i asıl işveren işçisidir. Bu durumda asıl işveren bağlamında %50+1 şartı sağlanamaz ve başvuru geçersizdir.
- Alt işverenin 60 çalışanı vardır ve üye listesinde yer alan 120 kişinin 45'i alt işveren işçisidir. Bu durumda alt işveren bağlamında %50+1 şartı sağlanıyor olabilir ancak, alt işverenin tesiste yapmakta olduğu işler gıda iş kolu dışında kalan işlerdir. Gıda Sendikasının sadece gıda iş kolunda örgütlenme yetkisi vardır, alt işverenin faaliyette bulunduğu iş kolunda örgütlenme yetkisi yoktur ve bu nedenle başvuru geçersizdir.

Çalışma Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişleri başvuruyu incelediler, yerinde tespitlerde bulundular, alt işveren için bir iş kolu tespit kararı verdiler ve bu karar resmi gazetede yayınlandı.

İşkolu Tespit Kararı

“... Ltd. alt işveren firmasının, Lords Energy Drink adresinde kurulu işyerinde yürüttüğü işlerin niteliği itibarı ile İş Kolları Yönetmeliğinin 10 sıra numaralı “Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işkoluna

girdiğine ve yapılan bu tespitin Resmi Gazete’de yayınlanmasına 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 5 inci maddesi gereğince karar verilmiştir.”

Sonuç olarak; alt işverenin ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar alanında faaliyet gösterdiğine ve Gıda Sendikasının bu alanda örgütlenme yetkisi olmadığına karar verilerek, yetki belgesi başvurusu reddedildi.

Sorular

- *Sizce Lords başvuruya itiraz gerekçelerinde haklı mı?*
- *Lords asıl işverenin yerinde olsaydınız başvuruya itiraz eder miydiniz ve itiraz gerekçeleriniz neler olurdu?*
- *Eğer tesiste doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisi bulunmasaydı, aynı işkolu tespit kararı çıkar mıydı ve sendikanın yetki belgesi başvurusu reddedilir miydi?*

Yaşanmış çoğu vakanın bariz biçimde belgelediği üzere, mevzuat her ne kadar mümkün kılıyor olsa da, alt işveren çalışanlarının sendika çatısı altında örgütlenmeleri uygulamada mümkün görünmemektedir. Bu durumun farkında olan sendikalar da alt işveren çalışanlarını örgütlemek için çaba sarf etmeye gönüllü değillerdir. Ülkemizdeki milyonlarca alt işveren çalışanlarının sendikal örgütlenme haklarından faydalanamadıkları bu dengesiz habitat, sendikal yapılanmadan kaçınmak isteyen asıl işverenler açısından fayda doğururken, sürdürülebilir çalışma barışı açısından son derece sakıncalıdır ve çok sayıda tehdidi beraberinde getirmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİT, TAŞERON VE ALT İŞVEREN KAVRAMLARI

Müteahhit, taşeron ve alt işveren kavramları

Müteahhit kimdir?

(Ana işi proje temelinde üstlenen)

Etimolojik¹⁶ anlamda “müteahhit” kelimesi, Türk Dil Kurumu tarafından “yüklenici, kendi adına veya sözleşmeciden devraldığı inşaat işini yapmakla yükümlü gerçek kişi” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanım ve günümüzde yaygın yerleşik kullanım alışkanlıkları nedeniyle “müteahhit” kelimesinin inşaat işi ile özdeşleştiğinin kabulü ve işbu kitabın konusu olan “*eser veya hizmet sözleşmesi karşılığı hizmet müteahhitliği*” kavramının “yüklenici” kelimesi ile özdeşleştirilerek değerlendirilmesi makul yaklaşım olacaktır. Bu yaklaşım Türk Borçlar Kanunu’nun Eser Sözleşmesi başlıklı maddesinde¹⁷ de karşımıza çıkar.

“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

“Eser Sözleşmesi” ve “Yüklenici” kavramları, aynı kanunun 470’den başlayan ve 486’ya kadar devam eden maddelerinde ele alınarak düzenlenmiştir. Bu tanımlamalar ve düzenlemelerden elde edilebilecek makul çıkarım ise şudur: Müteahhit (yüklenici) işi bizzat yapan veya kendi idaresi altında yaptıran kişidir. Farklı gerekçelerle işleri başkalarına da devredebilir ve işin devredildiği bu kişiye taşeron denir.

¹⁶ Dilbilimsel

¹⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu - Madde 470

Örnek

Limka Holding yeni bir enerji tesisi açmaya karar verdi ve tesinin tüm kurulum işi Gimma firması tarafından üstlenildi. Yapılan sözleşme uyarınca tüm işi Gimma yönetecekti, Limka sadece denetleyici ve fon sağlayıcı olacaktı. Tesis üç yılda tamamlanacaktı ve çalışır hâlde Limka'ya teslim edilecekti.

Bu ilişki türünde, iş bütünüyle ve anahtar teslimi şeklinde verilirse, Limka'nın asıl işveren sıfatı olmayacaktır. İş bütünüyle ve anahtar teslimi verilmez ve aynı projede Limka'da personel çalıştırır, Limka asıl işveren pozisyonundadır. Gimma ise Müteahhit (yüklenici) olarak konumlanmıştır.

Taşeron kimdir?

(Ana işe bağlı tali¹⁸ işi proje temelinde üstlenen)

Taşeron tanımının temel ve kritik özelliği, taşeronun işin tümünü değil sadece belirli bir bölümünü üstlenmesidir. Taşeronluktan söz edebilmek için mutlaka bir yüklenicinin varlığı gerekmez, işin bir bölümünü asıl iş sahibinden alan kişi ya da kuruluş da taşeron sayılır. Kritik ve belirleyici nokta, asıl iş sahibinin işin tümünü devredip etmediğidir. Yani, asıl iş sahibi işin tümünü bir başkasına yaptırıyorsa müteahhitlik (yüklenicilik), işin bir kısmını kendisi yaparken diğer bir kısmını başkasına yaptırıyorsa taşeronluk söz konusudur.

Bazı Yüksek Mahkeme kararlarında¹⁹ *“işin tamamının devredilip*

18 İkincil

19 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi - Esas No: 2017/23154 - Karar No: 2019/14765 - Tarih: 02.07.2019 - Kararın tam metni için sayfa: 159

devredilmediği” veya “işin anahtar teslimi verilip verilmediği” konusunun, müteahhit ile taşeron ayrımı açısından başlıca ölçüt olduğu vurgulanmaktadır. Yüksek Mahkeme, taşeron ilişkisinden söz edebilmek için “iş veren kişinin kendisinin de işin asıl bölümünde işçi çalıştırmasını” zorunlu görmektedir.²⁰ Bu bağlamda, taşeron ilişkisinden söz edebilmek için işin bir kısmının devir edilmiş olması ve devir edenin de aynı işte işçi çalıştıran işveren niteliğinde olması gerekmektedir.

Örnek

Limka Holding’in enerji tesisi yapım işini üstlenen müteahhit (yüklenici) Gimma firması, tesisin yapımında ihtiyaç duyulan kaynak işlerini Argo Kaynak firmasına devir etti. Sözleşme uyarınca kaynak işleri 14 ay içerisinde tamamlanarak Gimma’ya teslim edilecekti.

Bu ilişki türünde Argo Kaynak firması taşeron olarak konumlanmıştır. Aynı durum, asıl işveren pozisyonunda olan Limka’nın enerji tesisini kendi imkânları ile inşa etmesi ve kaynak işlerini Argo Kaynak firmasına devir etmesi durumunda da geçerlidir.

Alt işveren kimdir?

(Faaliyet sırasında aktif çalışan)

“Alt işveren” kavramı, İş Kanunu’nun, Tanımlar başlıklı maddesinde açıklanmıştır.

“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine

20 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi - Esas No: 2005/14492 - Karar No: 2006/4826 - Tarih: 11.04.2006 - Kararın tam metni için sayfa: 169

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.²¹“

Aynı kanunun İşyerini Bildirme başlıklı maddesinde ise, alt işverenin işyeri sicil işlemini ne şekilde yapması gerektiği tarif edilmiştir.

“Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.²²”

Özetlemek gerekirse, alt işverenlik ilişkisinin kabulü için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir:

- Bir asıl işverenin var olması
- Üstlenilen işin, işyerinde yürütülen üretime ilişkin olmakla birlikte, “yardımcı işlerden” olması veya “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden” olması
- Üstlenilen işin asıl işverenin işyerinde yapılması
- İşi üstlenen alt işverenin, işçilerini sadece işi veren işverenin işyerinde çalıştırması

21 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 6

22 4857 yayılı İş Kanunu / Madde 3 (Değişik ikinci fıkra: 15/5/2008-5763/1 md.)

- Asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı bir Alt İşverenlik Sözleşmesi olması
- İşyeri tescil işleminin, asıl işverenin sicil numarasına bağlı bir aracı kodu üzerinden yapılması

Örnek

Limka'nın enerji tesisi şantiyesinde, yapım işini üstlenen müteahhit (yüklenici) Gimma firması, şantiyenin temizlik işlerini Pak Temizlik firmasına devir etti. Yapılan Alt İşverenlik Sözleşmesi uyarınca, şantiyenin tüm temizlik işleri faaliyet devam ettiği sürece Pak Temizlik tarafından gerçekleştirilecekti.

Bu ilişki türünde Pak Temizlik firması alt işveren olarak konumlanmıştır. Aynı durum, asıl işveren pozisyonunda olan Limka'nın enerji tesisini kendi imkânları ile inşa etmesi ve temizlik işlerini Pak Temizlik firmasına devir etmesi durumunda da geçerlidir.

Sorular

- *Mevcut veya müstakbel iş ilişkiniz müteahhitlik (yüklenicilik), taşeronluk veya alt işverenlik ilişkilerinden hangisinin kapsamında değerlendirilmelidir?*
- *Siz veya kurumunuz, bu ilişki türünü sağlıklı biçimde inşa edecek bilgi birikimine ve uygulama tecrübesine sahip misiniz?*
- *Bu ilişki türünün yanlış inşa edilmesi durumunda hangi cezai müeyyidelerle²³ karşılaşılması muhtemeldir?*

23 Hukuk kurallarına uygun davranılmadığı durumlarda devletin zor kullanarak kurallara uygun davranılmasını sağlaması

Tespit

Ülkemizdeki çoğu özel sektör firması, alt işverenlik ilişkisinin müteselsil (birlikte) sorumluluk ilkesinden kaçınmak amacıyla, uygulamada net bir alt işverenlik ilişkisi olduğu hâlde, doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisi inşa etmek yerine, taşeronluk veya müteahhitlik (yüklenicilik) ilişkisi varmış gibi düzenlenen hizmet sözleşmelerini tercih etmektedir. Bu tercihin ise hem alt işveren hem de asıl işveren açısından son derece sakıncalı sonuçlar doğurması kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumun tespiti hâlinde muvazaa veya butlan²⁴ hükümleri başta olmak üzere birçok farklı yaptırım ile karşılaşılabilir, sendikal ortamlarda kapsamlı mevzuat sınırlamalarına ve cezai müeyyidelere maruz kalınabilir.

Öneri

Doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisi tesis etmek, mevzuata uygunluk, çalışma barışı, denetlenebilirlik, sürdürülebilirlik, hesap verebilirlik, verimlilik, geliştirilebilirlik ve ikame hizmetlere erişim gibi birçok açıdan son derece önemlidir. Alt işveren firmalardan verim alabilmenin ilk adımı olan bu olmazsa olmaz politika kuralı, bir firmanın hayatı boyunca alt işverenlerle olan ilişkisinde belirleyici rol oynayacaktır.

24 Bir işlem veya olayın gerçek dünyada gerçekleşmiş olsa bile taşıdığı şartlar gereği hukuken hiç gerçekleşmediğini ifade eder.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN KAVRAMLARI

Asıl işveren ve alt işveren kavramları

Asıl işveren kavramı

Asıl işveren kavramı, İş Kanunu'nun Tanımlar başlıklı maddesinde karşımıza çıkar.

“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.”²⁵

Asıl işveren tanımına ise Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin, Tanımlar başlıklı maddesinde rastlarız.

“Asıl işveren: İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları... ifade eder.”²⁶

Asıl işveren kimdir?

Asıl işveren kavramı genellikle doğru anlaşılan bir kavram olmasının yanında, yanlış yorumlanmaya gayet açık ve bu özelliği nedeniyle de oldukça kritik bir kavramdır. İki taraflı bir ilişkide hangi tarafın asıl işveren olduğu gayet net olabilirken, karmaşık bir ilişkiler ağı içerisinde kimlerin hangi durumlarda asıl işveren olarak

25 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 6

26 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra Ç

değerlendirilmesi gerektiği, kurulan iş ilişkisinin türüne göre değişkenlik gösterir.

Örnek

Limka firmasının enerji tesisi yapım işini Gimma firması üstlenmiş ve bir alt işverenlik sözleşmesine binaen fabrika şantiyesinin temizlik işlerini Pak Temizlik firmasına devir etmiştir.

Bu üçlü iş ilişkisi bağlamında ve tanımsal olarak işin sahibi olan Limka firması asıl işveren, tesis yapım işini üstlenen Gimma firması müteahhit (yüklenici), şantiyenin temizlik işlerini üstlenen Pak Temizlik firması ise alt işveren konumundadır.

Bu noktada akla *“Pak Temizlik firmasının asıl işvereni Limka mıdır yoksa Gimma mıdır”* sorusu gelir. Tanımsal olarak asıl işveren Limka firmasıdır ancak Pak Temizlik ile Limka arasında hiçbir sözleşme ilişkisi yoktur. Pak Temizlik firmasının sözleşme ilişkisi sadece Gimma iledir ve üçlü ilişki bağlamında müteahhit (yüklenici) olan Gimma firması, Pak Temizlik ile olan ilişkisi bağlamında asıl işveren konumuna geçmiştir. Bu örnek bize *“asıl işveren kimdir”* sorusunun cevabının izafi olduğunu gösterir. Soru Limka firması ile Gimma firması ilişkisine binaen soruluyorsa; iş bütünüyle ve anahatar teslim şeklinde verildiyse bir asıl işveren yoktur, aksi durumda ise asıl işveren Limka’dır. Soru Gimma firması ile Pak Temizlik firması ilişkisine binaen soruluyorsa asıl işveren Gimma’dır. Soru Limka firması ile Pak Temizlik firması ilişkisine binaen soruluyorsa asıl işverenin kim olduğuna karar verilebilmesi için muhtemelen kapsamlı bir araştırma ve bilirkişi tespiti gerekecektir.

Sorular

- *Mevcut veya müstakbel iş ilişkinizde asıl işveren kimdir?*
- *Siz veya kurumunuz, asıl işverenin kim olduğunu tespit edebilecek veya kendinizi asıl işveren olarak konumlandırarak bir ilişki inşa edebilecek bilgi birikimine ve uygulama tecrübesine sahip misiniz?*
- *Asıl işverenin yanlış konumlandırılması durumunda hangi cezai müeyyidelerle karşılaşılması muhtemeldir?*

Sadece üç firmanın dâhil olduğu basit bir iş ilişkisinde dahi bu denli karmaşık hâle gelebilen asıl işveren kavramı, kalabalık ve katmanlı iş ilişkileri söz konusu olduğunda çok daha büyük sorunlara yol açma potansiyeli taşımaktadır. Kimin hangi durumda asıl işveren konumunda olduğu, mevzuatın ona yüklediği edimleri²⁷ kökten değiştirecek ve ciddi tehditlerle karşı karşıya kalınmasına neden olabilecektir.

Tespit

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum da, alt işverenlik ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi ve yapılandırılması gereken işlerin, alt işverenlik sözleşmesi yerine müteahhitlik sözleşmesi ile yürütülmesidir. Bu uygulamadaki amaç asıl işverenliğin müteselsil (birlikte) sorumluluğundan kaçınmaktır. Bu noktada akla “*alt işveren kimdir*” sorusu gelir.

27 Borçlu kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu davranış biçimi

Alt işveren kimdir?

Alt işveren kavramı, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır.

“Alt işveren: Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları... ifade eder.”²⁸“

Bu tanıma göre bir işverenin alt işveren olarak kabul edilebilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekmektedir.

Alt işverenin:

- Bir asıl işverenin var olması
- İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde iş almış olması
- Asıl işin bir bölümünde iş alındıysa, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması
- Bu iş için görevlendirilen işçilerini sadece bu işyerinde alan işte çalıştırması

Sorular

- *Mevcut veya müstakbel iş ilişkiniz, alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirilebilmek için gereken tüm şartları karşılıyor mu?*

28 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra A

- *Siz veya kurumunuz, bu şartları tespit ve inşa edebilecek bilgi birikimine ve uygulama tecrübesine sahip misiniz?*
- *Yanlış yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisi asıl işverene hangi muhtemel riskleri yükler?*

Tespit

Bir hizmet veya eser sözleşmesine “*Alt İşverenlik Sözleşmesi*” başlığı atılması bu ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edilmesini sağlamaz çünkü yukarıda sıralandığı üzere sözleşmenin belirli şartları taşıması gerekir. Aynı şey müteahhitlik sözleşmesi için de geçerlidir. Alt işverenlik ilişkisini müteahhitlik kılıfına (veya tam tersine) uydurmaya çalışmak muvazaa doğuracak ve ciddi tehditlere zemin hazırlayacaktır.

Öneri

Müteahhit (yüklenici), taşeron ve alt işveren kavramlarının derinlemesine anlaşılması, iş ilişkisi türünün ihtiyaca binaen seçilmesi, mevzuata uygun biçimde inşa edilmesi ve ilişki ağındaki konumun doğru tespit edilmesi kritik önemdedir. Bu öneri, sağlıklı bir asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin inşası için olmazsa olmaz ilk adım olmasının yanında, üstlenilen sorumlulukların farkındalığı açısından da elzemdir. Mevzuat asıl işverene son derece önemli görevler ve sorumluluklar yüklemektedir. Bu sorumlulukların bilincinde olunmaması veya hangi bağlamda asıl işveren konumunda olunacağını öngörülememesi gibi yetersizliklerin aynı ayna tezahürü durumunda, ciddi cezai müeyyidelerle karşılaşılabilceği gibi mevcut iş ilişkisinin ve iş akışının tamiri zor hasarlara maruz kalması da gayet muhtemeldir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ASIL İŞ VE YARDIMCI İŞ KAVRAMLARI

Asıl iş ve yardımcı iş kavramları

Asıl iş ve yardımcı iş ayrımı, alt işverenlik ilişkisinin en kritik, kapsamlı, tartışmalı ve tehditkâr konularından biridir. Kritiktir çünkü yolun başında doğru planlanma gereksinimi vardır. Kapsamlıdır çünkü tüm görevleri, görev tanımlarını, yetkilendirmeleri ve kurumsal ilişki ağını gözden geçirmeyi gerektirir. Tartışmalıdır çünkü tesise, işe ve işleyişe göre değişkenlik gösterir. Tehditkârdır çünkü asıl işin alt işverene devir edilmesi durumunda muvazaa sonucunu doğurur. Asıl iş ve yardımcı iş ayrımı, sektörel, yapısal, hukuksal ve ilişkisel tüm değişkenlerden direkt etkilenir. Örneğin; temizlik işi bir fabrikada yapılıyor ise yardımcı iştir ve alt işveren tarafından yapılabilir ancak asli işi temizlik olan bir firma için asıl iştir ve alt işveren tarafından yapılamaz. Temizlik işi uzmanlık gerektiriyor (örneğin bir makinenin temizliği) ise, asıl iş olsa dahi yapılabilir.

Asıl iş ve yardımcı iş kavramları, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin birçok maddesinde karşımıza çıkar. Bir kısım maddelere daha önce yer verildiğinden ve aynı maddelerin sürekli tekrarına neden olmamak amacıyla, bu bölümde sadece konu başlığı ile ilintili ve önem arz eden maddelere değinilmiş, diğerlerine ise atıfta bulunulmuştur.²⁹

“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”³⁰

“Asıl iş: Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işi... ifade

29 Bakınız listesi sayfa: 173

30 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 7

eder.³¹”

“Yardımcı iş: İşyerinde 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 işi... ifade eder.”³²

“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.”³³

Asıl iş nedir?

Görüldüğü üzere mevzuat asıl işin kapsamlı bir tanımını yapmamış, “mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” açıklamasıyla yetinmiştir. Bu tanım fazlasıyla soyuttur ve bu tanıma dayanarak varılabilecek sonuçlar asıl işverenin kim olduğuna, alt işverenle kurulan hukuki ilişki türüne, işletmenin iş akış şemasına, görev tanımlarına, faaliyette bulunulan sektöre gibi birçok unsura göre değişken, kırılğan ve suistimale açık olacaktır.

Örnek

Bir tencere üretim tesisinde, tencerenin ve kapağının tutma kollarının montajı işi alt işverene devir edilmiştir.

31 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra C

32 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra Ğ

33 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 4 / Fıkra B

Görüş A

Tutma kollarının montajı işi tencere üretiminin bir parçasıdır. Tencere üretimi henüz tamamlanmamış, ürün nihai hâlini alarak satışa hazır hâle getirilmemiştir. Tutma kolları monte edilmemiş bir tencere ürününe bitmiş ürün demek ve satışa çıkarmak hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu nedenle söz konusu iş asıl iştir ve alt işverene devir edilemez.

Görüş A'nın Gerekçesi

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin “*yapılacak işin tanımı*” bölümünde “*tencere montajı işi*” ifadesi yer almaktadır. Alt işveren personellerinin görev tanımlarının ve iş sözleşmelerinin “*yapılacak iş*” bölümlerinde ise “*tencere montajı yapmak*” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu alt işveren çalışanları, “*montaj hattı*” diye isimlendirilen bir alanda ve asıl işveren işçileri ile iç içe çalışmaktadırlar. Alt işveren işçilerinin üzerinde de asıl işverenin logosunu taşıyan aynı iş kıyafetleri bulunduğundan, gözlem yoluyla ayırt edilmeleri dahi mümkün değildir. Mevzuat alt işvereni “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan*” şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu ortamda bir “*iş alan*” yoktur, “*işçi veren*” vardır. Tüm şartlar mevcut durumun mevzuatın tarif ettiği alt işverenlik tanımlamasına uygun olmadığını ve söz konusu ilişkinin alt işverenlik ilişkisi şartlarını taşımadığını göstermektedir.

Görüş B

Tutma kollarının montajı işi tencere üretiminin bir parçası

değildir. Tencere üretimi tamamlanmış, ürün nihai hâlini alarak satışa hazır hâle getirilmiştir. Bir tencere ürününe bitmiş ürün diyebilmek ve satışa çıkarmak için tutma kollarının takılmış olması gerekmez. Kollar tencere üzerine yapıştırılarak kullanıcı tarafından monte edilmesi beklenebilir. Bu durum hayatın olağan akışına uygun olduğu gibi, hâlihazırda bu şekilde satılan birçok ürün mevcuttur. Bu nedenle söz konusu iş yardımcı iştir ve alt işverene devir edilebilir.

Görüş B'nin Gerekçesi

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin “*yapılacak işin tanımı*” bölümünde “*demonte³⁴ parçaların montajı işi*” ifadesi yer almaktadır. Alt işveren personellerinin görev tanımlarının ve iş sözleşmelerinin “*yapılacak iş*” bölümlerinde ise “*tencerenin demonte parçalarının montajını yapmak*” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu alt işveren çalışanları, “*demonte hattı*” diye isimlendirilen bir alanda ve asıl işveren işçilerinden ayrı bir hatta çalışmaktadırlar. Alt işveren işçilerinin üzerinde alt işveren çalışanı olduklarını gösteren ifadeler taşıyan iş kıyafetleri bulunduğundan, gözlem yoluyla dahi kolayca ayırt edilebilmektedirler. Mevzuat alt işvereni “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alanı*” şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu ortamda bir “*iş alanı*” vardır, “*işçi veren*” yoktur. Tüm şartlar mevcut durumun mevzuatın tarif ettiği alt işverenlik tanımlamasına uygun olduğunu ve söz konusu ilişkinin alt işverenlik ilişkisi şartlarını taşıdığını göstermektedir.

34 Parçaları birbirinden ayrık durumda olan

Sorular

- *Tesisinizde yürütülen hangi işler asıl iş sınıfında yer almaktadır?*
- *Asıl iş tespiti hangi değerlendirme ölçütlerine göre yapılmalıdır?*
- *Yanlış bir yorum, yardımcı işlerin asıl iş olarak değerlendirilmesine yol açabilir mi?*

Örnekten de anlaşılacağı gibi asıl iş tespiti son derece karmaşık, izafi ve uzmanlık gerektiren bir konudur. Yapılan iş aynı olduğu hâlde sözleşme, isimlendirme, konumlandırma veya fiziki bölümendirme gibi etkenler nedeniyle farklı sonuçlara ulaşılması gayet mümkündür.

Yardımcı iş nedir?

“İş – asıl iş = yardımcı iş” formülü ilk bakışta makul görünebilir ancak yanıltıcıdır.

Mevzuat yardımcı işi “İşyerinde 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 iş³⁵” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanıma göre bir işin yardımcı iş olarak kabul edilebilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekmektedir.

Yardımcı iş:

- İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmalı

- Doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almamalı
- Üretimin zorunlu bir unsuru olmamalı
- Asıl iş devam ettikçe devam etmeli
- Asıl işe bağımlı olmalı

Bir tesisteki her iş devri ilişkisi alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edilmeyebilir veya asıl iş ve yardımcı iş ayrımı kapsamında değerlendirilmeyebilir.

Örnek

Bir süt ürünleri üreticisi, fabrika arazisi içerisinde atıl durumda olan 1000m²'lik bir alana oto yıkama tesisi kurmuş ve bu tesisin tüm işlerini alt işverene devir etmiştir.

Bu örnekte görüleceği üzere, bazı işler az önce listelenen yardımcı iş şartlarını karşılamayabilir ve bazı işler için alt işverenlik ilişkisi kurulamayabilir. Alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için bir asıl işverenin, bir alt işverenin, asıl işlerin ve yardımcı işlerin bulunması gerektiği gibi, tüm bu unsurların mevzuatta tanımlanan şartları sağlaması gerekir.

Sorular

- *Tesisinizde yürütülen hangi işler yardımcı iş sınıfında yer almaktadır?*
- *Yardımcı iş tespiti hangi değerlendirme ölçütlerine göre yapılmalıdır?*
- *Yardımcı işlerin yanlış tespit edilmesinin ve alt işverene devir*

edilmesinin cezai müeyyideleri nelerdir?

Tespit

Mevzuat asıl iş ve yardımcı iş kavramlarına belli tanımlar getirerek düzen sağlamaya çalışmış olsa da uygulama sahasında ciddi bir denetimsizlik, iş bilmezlik ve suistimal söz konusudur. Günümüzde mevcut alt işverenlik ilişkilerinin büyük çoğunluğu, iş bilmezlik nedeniyle veya kasten yanlış yapılandırılmış durumdadır. Yüz binlerce alt işveren çalışanı asıl iş sınıfında olan işlerde çalışmaktadır ve çok sayıda ilişki baştan muvazaalıdır. Görece sorunsuz iş birliklerinde bu durum gün yüzüne çıkmayabilir ve beklenmeyen bir durumla karşılaşılmadıkça gündeme dahi gelmeyebilir. Fakat doğru yapılandırılmamış bir alt işverenlik ilişkisi, tabiri caiz ise uyuyan bir devdir. İş ilişkisinin sona ermesi, alt işveren firmanın çalışanlarının haklarını ödememesi, iş kazası, sendikal gelişmeler gibi onlarca farklı durum nedeniyle şikâyetlerin söz konusu olması ve uyuyan devin bir iş müfettişi tarafından uyandırılması kuvvetle muhtemeldir. Asıl işveren ile alt işveren ilişkisine dair şikâyetlerin ezici çoğunluğu bu nedenlerle tetiklenmektedir ve genel yargılama “alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı ve asıl işin alt işverene verilip verilmediği” üzerinde yoğunlaşmaktadır. Aşağıdaki Yargıtay kararı, yargıya intikal etmiş bir şikâyet söz konusu olduğunda hangi sorgulamalardan geçileceğini açıkça belirtmektedir.

*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*³⁶

“Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde:

36 Yargıtay – Hukuk Genel Kurulu - E. 2015/22-772 - K. 2015/1280 - T. 29.04.2015 - Çok uzun olduğundan kararın tam metni eklenmemiştir.

- *Biri asıl diğeri 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,*
- *İstihdam 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 yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.”*

Ülkemizdeki alt işverenlik ilişkilerinin yaygın biçimde görülen başlangıç yöntemi son derece sağlıksızdır ve genellikle şu adımlarla gerçekleşir:

- Tesis içerisindeki bir bölümde, muhtemelen bölüm amirinin isyanı neticesinde, yüksek çalışan devir oranı³⁷ tespit edilir.
- Konu araştırılır ve bölüm amiri “*insan kaynakları (İK) kadro-mu tamamlamamıyor*” şikâyetinde bulunur. İK ise “*işe alım süreçlerinde bir sorun yok ve çok sayıda kişiye işbaşı verildi ancak iş gücü kaybı engellenemiyor*” şeklinde cevaplar.
- Bu noktada işin kapsamlı olarak yeniden ele alınması, tüm süreçlerin gözden geçirilmesi, işten ayrılmalara sebebiyet veren hususların tespit edilerek giderilmesi veya giderilemeyen hususa uygun (az süreli çalışma, yüksek ücret, yan haklar gibi) çalışma şartları oluşturulması gerekir. Çünkü sorun amirin davranışları, İK’nın aday seçim süreçleri, işin emsallerine göre zorlayıcı olması veya iş ücret uyumsuzluğu gibi birçok farklı noktada olabilir. Böyle bir senaryoda yapılabilecek en büyük yanlış, sorunun çalışanlarda olduğunu varsaymak veya sorunu görmezden gelerek sorumluluğu başkalarına yüklemektir. Fakat kolaycılık galip gelir ve iş alt işverene devir edilerek asıl mesele halının altına süpürülür.
- Alt işverenin tespit edilmesi ve seçilmesi görevleri, İK veya satın alma bölümlerine yüklenerek bu önemli konu alt kademe profesyonellerinin yeteneklerine terk edilir. Alt kademe profesyoneli internetten kısa bir araştırma yaparak birkaç firmaya ulaşıp teklif talebinde bulunur.

37 Belirli bir dönemde işten ayrılanların çalışan sayısına oranı

- Alt işveren firmaların çoğu yanlış yanlış ile karşılık verirler ve tesisi görmeden, ihtiyacı anlamadan, yani konuya etraflıca hâkim olmadan tekliflerini iletir, sürdürülebilir istihdam ihtiyacı gibi son derece hayati bir konuyu, teklif sütunlarındaki sayısal verilere indirgerler.
- Şartnameler yoktur, sözleşmeler yetersizdir, iş birliği için gerekli altyapı inşa edilmemiştir lakin alt işverenlik hukuku konusundaki uzmanlığı tartışma konusu olabilecek bir hukuk profesyonelinin üstünkörü kontrolünü geçen iptidai bir sözleşme ile (bazen o bile olmadan) hizmet alımına başlanır.
- Sonuç olarak, İK iş yükünü ve sorumluluğunu üstünden atmıştır ancak asıl işverenin yaşadığı tüm sorunları alt işveren üstlenmiştir ve asıl işverenin sağlayamadığı iş gücünü sağlamamaya devam eder. Çünkü sorun doğru tespit edilememiştir ve sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi inşa edilememiştir. Tam da bu noktada akla Peter F. Drucker'ın Yönetim kitabındaki kült söylemi gelir:

“Eğer bir sorun doğru tanımlanmamışsa, o soruna hiçbir çözüm bulunamaz.”

Bu sağlıksız başlangıç yöntemi, zamanla anlaşmazlıklara dönüşme potansiyelini de beraberinde getirmektedir. Anlaşmazlık durumunda ise, rehber olması beklenen sözleşmeler yetersiz kalacaktır. Sürdürülebilir istihdam ihtiyacının karşılanmasını hedefleyen bir çalışmalar bütünüünün sonunda, çözilememiş bir problem ve muhtemelen daha büyük problemlere yol açacak sorunlu bir alt işverenlik ilişkisi ile baş başa kalınması kaçınılmaz olacaktır.

Sorular

- *Kurumunuzdaki alt işveren seçme ve değerlendirme süreçleri hangi yöntemle ve kimlerin katılımı ile gerçekleştirilmektedir?*
- *Alt işveren seçme ve değerlendirme ölçütleriniz nelerdir?*
- *Siz veya kurumunuz, bu ölçütleri tespit ve inşa edebilecek bilgi birikimine ve uygulama tecrübesine sahip misiniz?*

Öneri

Doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisi inşa edebilmek için, alt işverenliğe dair mevzuatın yeterince anlaşılması, kapsamlı sektörel analiz, tesisin yapısal olarak tanınması, doğru alt işveren seçimi, alt işverenlik sözleşmelerinin uzmanlıkla hazırlanması, iş tanımlarının mevzuata uygun şekilde tasnif edilmesi, iş akışlarının yeniden yapılandırılması, gerekli fiziki alanların bölümlenmesi, alt işveren denetim mekanizması oluşturulması ve buna benzer onlarca farklı yeteneğe gereksinim vardır. Bu yeteneklerin kurum içerisindeki tek bir kişide toplanmış olmasını beklemek, hele ki bunu bir orta veya alt kademe profesyoneliinden beklemek muhtemelen abesle iştigal etmektir. Çünkü alt işverenlik ilişkisi sadece bir aldım verdim ilişkisi değildir ve hukuki, ticari, yönetsel birçok farklı yönü vardır. Bu nedenle kapsamlı araştırma, detaylı planlama ve derinlikli tecrübe gerektirir.

Alt işverenlik ilişkisi metaforik anlamda evlilik ilişkisine benzer. Sadece sözleşmenin iki tarafını değil, (çocuklar, aileler, akrabalar gibi) çok sayıda tarafı direkt yahut endirekt olarak etkiler. Sağlıklı bir evlilik için birçok farklı iç ve dış unsurun bir araya gelmesi gerekir. Tek başına aşk yetmez, anlayış, sabır, vefa, yardımlaşma gibi

sayısız gereksinim mevcuttur. Tarafların müteselsil (birlikte) sorumlulukları vardır ve eşlerden biri kredi ile borçlanmak istediğinde diğersinin de rızası aranır. Tek sorumluluk evlilik sözleşmesinin taraflarına karşı da değildir, aksine bu ilişkiden etkilenen tüm taraflara karşıdır. Evlilik ilişkisi bir gün bitebilir ancak sözleşmenin sona ermesi bağlayıcılığını sona erdirmez. Çocukların bakımı, nafaka gibi zaman aşımından müstesna yükümlülükler hayat boyu devam eder.

Alt işveren, asıl işveren adına işçi çalıştırır, vergi öder ve çeşitli şekillerde borçlanır. Asıl işverenin uygulama sahalarında, asıl işverene ait makinelerle ve asıl işverenin ekibiyle iş birliği içinde çalışır. Müteselsil (birlikte) sorumluluk ilkesi gereği *bir asıl işveren, alt işverenin o ilişkiden doğan tüm faaliyetlerinden sorumludur*.³⁸ Bu sorumluluk alt işvereni birçok alanda, asıl işverenin imza sirküleri sahibi gibi bir konuma yerleştirir. Alt işverenlik ilişkisine mevzuat ve uygulama yönünden hâkim olduğuna inanılan tek bir profesyonelin kurum içerisinde var olduğuna inanılmıyorsa (ki bu inanç %100'e yakın bir oranda yanlıştır), bir alt işverenlik ilişkisi kurulmadan önce etraflıca araştırmalar yapılmalı ve birçok farklı alanda uzman görüşlerine başvurulmalıdır.

38 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 6

BEŞİNCİ BÖLÜM

MEVZUATIN ASIL İŞVERENE YÜKLEDİĞİ SORUMLULUKLAR

Mevzuatın Asıl İşverene yüklediği sorumluluklar

Mevzuatın asıl işverene yüklediği temel sorumluluklara 4857 sayılı İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği içeriklerinde değinilmiştir.

“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.³⁹”

“Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespiti onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.⁴⁰”

“... asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler.⁴¹”

39 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2

40 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 3

41 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 36

“Alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır. Asıl işveren, alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin hak kazandıkları yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılıp kullanılmadığını kontrol etmek ve ilgili yıl içinde kullanılmasını sağlamakla, alt işveren ise altıncı fıkraya göre tutmak zorunda olduğu izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermekle yükümlüdür.”⁴²”

“Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, (...)28 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı 167.423⁴³ Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir.”⁴⁴”

“Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı,”⁴⁵”

“Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.”⁴⁶”

42 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 56 (Ek fıkra: 10/9/2014-6552/6 md.)

43 2024 yılı için cezai tutarlardır, her yıl güncellenmektedir.

44 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 98 (Değişik birinci fıkra: 15/5/2008-5763/8 md.)

45 Alt işverenlik yönetmeliği / Madde 10 / Fıkra G

46 Alt işverenlik yönetmeliği / Madde 13 / Fıkra 2

Tespit

Gayet açıktır ki mevzuatın müteselsil (birlikte) sorumluluk yaklaşımı, alt işveren çalışanlarının sorumluluklarını tek başına alt işverene bırakmamak ve asıl işvereni sorumlu kontrolör konumuna yerleştirmek amacını taşımaktadır. Bu yaklaşımı basitçe özetlemek gerekirse; asıl işveren, alt işveren firmanın çalışanlarının tüm haklarından onunla birlikte sorumludur. Alt işvereni denetlemek, çalışanlarının haklarının ödendiğinden emin olmak ve gerekirse hak ediştten keserek karşılamak zorundadır.

İlk bakışta gayet makul görünen bu bakış açısı, diğer gereksinimlerle desteklenmediğinden olsa gerek, uygulama sahasında sağlıklı çalışmamaktadır. Daha önce de değinildiği üzere; *“ülkemizdeki çoğu özel sektör firması, alt işverenlik ilişkisinin müteselsil (birlikte) sorumluluk ilkesinden kaçınmak amacıyla, uygulamada net bir alt işverenlik ilişkisi olduğu hâlde, doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik ilişkisi inşa etmek yerine, taşeronluk veya müteahhitlik (yüklenicilik) ilişkisi varmış gibi düzenlenen hizmet sözleşmelerini tercih etmektedir.”* Bu tercih ise doğru yapılandırılmamış alt işverenlik ilişkilerine, muvazaalı sözleşmelere, hakları korunamayan alt işveren çalışanlarına ve kirli bir sektör yapılanmasına zemin hazırlamaktadır.

Öneri

Mevzuat hükümlerinin uygulama sahasında çalışması, uygulanabilir ve denetlenebilir olmalarına bağlıdır. Bugün sayıları milyonlarla ifade edilen alt işveren çalışanları, *“Taşeronluk (Hizmet Sözleşmesi”* kapsamında çalıştırıldıkları için asıl işverenin denetim ve sorumluluk alanının dışındadırlar. Bu nedenle asıl işveren korumasından istifade edememektedirler ve aleni hak kayıplarına

uğramaktadırlar. Birçok alt işveren çalışanı ücretlerini alamamakta, sigorta bildirimleri yapılmamakta, yıllık izinlerini kullanamamakta veya ücretsiz sağlık imkânlarından faydalanamamaktadır.

İlk bakışta ve sığ bir değerlendirme ile bu durumun asıl işverenler açısından avantaj sağladığı düşünülebilir ancak büyük tehditleri beraberinde getirdiği unutulmamalıdır. Kısa vadede muvazaanın cezai müeyyideleri ile sözleşmenin butlanı ve mevcut iş akışının zarar görmesi riskleri üstlenilmiş olur. Orta ve uzun vadede ise daha ciddi kayıplara yol açabilecek riskler mevcuttur. Hak kaybına uğrayan çalışanların asıl işverene yöneltebileceği davalar, iş kazası nedeniyle yapılan bir inceleme sonucunda muvazaa tespit edilmesi ve akabinde ihmal veya kasıt suçlamalarına maruz kalınması, sendikal şikâyetler neticesinde yaşanabilecek olumsuzluklar, tüm bu sorunların yol açacağı itibar kayıpları gibi birçok önemli risk faktörü bulunmaktadır.

Gerek asıl işveren gerekse alt işveren açısından en doğru yaklaşım, ilişkinin gerçek türüne göre inşa edilmiş, mevzuata uygun, hak kayıplarını engelleyen ve sürdürülebilir çalışma barışını destekleyen bir ilişki inşa etmektir. Tersine, ilişkinin tüm taraflarını belirsizliklere sürükler ve kırılganlaştırır. Yanlış yapılandırılmış bir ilişkideki tek bir şikâyet, önemli yaptırımlarla karşılaşılmasına hatta ilişkinin aniden sona erdirilmesine neden olabilir. Buna karşın, doğru yapılandırılmış bir ilişkinin olası denetimlerinde veya öngörülemeyen durum senaryolarında, özellikle asıl işverenler tarafından kaçınılmaya çalışılan mevzuat hükümleri, asıl işvereni de alt işvereni de koruyan bir kalkan vazifesi görecektir.

ALTINCI BÖLÜM

ALT İŞVERENLİKTE MÜTESELSİL SORUMLULUK KAVRAMI

Alt işverenlikte müteselsil sorumluluk kavramı

“Müteselsil” kelimesi etimolojik olarak Arapça kökenlidir ve “zincirleme, takip eden” anlamlarına gelmektedir. Hukuki anlamda müteselsil sorumluluğu ise, “bir sözleşmenin tüm taraflarının, bir borç veya zararın tamamının ödenmesi yükümlülüğünü, hem birlikte hem de tek başlarına üstlenmeleri” şeklinde ifade edebiliriz.

Örnek olay

Kar Kimya, fabrikadaki bir kısım ürün paketleme işlerinin yaptırılması amacıyla bir alt işverenlik firması ile anlaştı ve alt işverenlik sözleşmesi imzalanarak faaliyete başlandı. Bir yıllık sözleşme süresinin sonuna geldiklerinde Kar Kimya insan kaynakları yöneticisi Ahmet Y, alt işveren firmanın performansından memnun kalmadıklarını ve yeni bir alt işveren ile devam etmek istediklerini satın alma yöneticisi Arda C’ye iletti. İki aylık bir ihale süreci planlandı, yeni alt işverenle sözleşmeler imzalandı ve eski alt işverene noter kanalı ile fesih bildiriminde bulunuldu. Eski alt işveren çalışanlarının tümü işlerinden memnunnlardı ve yeni alt işveren ile devam etmeyi kabul ettiler. Bu sayede faaliyet duraksamadan devam etti. Ancak eski alt işverenin son çalışmaların ücretlerini ödemesi gereken gün geldiğinde, hiçbir çalışanın alacağı hesaplarına yatmadı. Derhâl eski alt işveren ile iletişime geçilmeye çalışıldı ancak alt işveren kötü niyetli davranarak iletişim çabalarına karşılık vermedi. Bir süre sonra fark edildi ki, eski alt işveren çalışanların SGK primlerini de yatırmamıştı. Sözleşme gereği personellerin maaş, SGK primi, kıdem tazminatı gibi tüm yasal yükümlülükleri alt işveren tarafından karşılanmalıydı ancak karşılanmamıştı. Çalışanlar tüm haklarının Kar Kimya veya yeni alt işveren tarafından karşılanmasını talep ettiler ancak onlar da kendilerince haklı gerekçelerle bu

borcu üstlenmek istemediler. Sonuçta çalışanları hukuki yollarla baş başa bıraktılar. Çalışanların neredeyse tümü işten ayrıldılar ve dava açtılar. Bu süreçte iş akışı büyük oranda bozuldu ve bu durum ciddi kargaşalara neden oldu. Dava süreci sonunda mahkeme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi ile Alt işverenlik Yönetmeliği'nin 10. maddesine dayandırdığı kararında, *"tüm maaş, SGK prim ödemeleri, kullanılmayan yıllık izin karşılıkları ve kıdem tazminatlarının asıl işverenden tahsil edilmesine"* hükmetti.

Sorular

- *Siz olsaydınız, eski alt işvereni nasıl bir denetime tâbi tutardınız?*
- *Çalışanlar hukuki yollara başvurmada önce, alt işverenin yapmadığı ödemeleri üstlenerek ekibin dağılmasını engeller miydiniz?*
- *Hangi hatalar bu olayın yaşanmasına neden olmuştur ve bu hukuki yaptırımlardan nasıl korunabilirsiniz?*

Alt işverenlik mevzuatında müteselsil sorumluluk ilkesi

"... 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."⁴⁷

"Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan

47 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 6

yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı... hususlarına yer verilir.⁴⁸

Tespit

Günümüzde mevcut alt işverenlik ilişkilerinin tümü mevzuat gereği müteselsil sorumluluk ilkesine tâbidir ancak asıl işveren firmaların yaygın davranış biçimleri incelendiğinde anlaşılabacaktır ki, bu ilke tam anlamı ile kavranamamıştır. İşin doğası gereği, bir alt işverenlik ilişkisinin işvereni asıl işverendir ve genellikle kuralları işveren belirler. Ülkemizdeki alt işverenlik sözleşmelerinin tamamına yakını, asıl işverenin tüm yükümlülükleri alt işverenin üzerine yüklemeye çalıştığı tek taraflı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin ortak özelliği, alt işveren çalışanlarının kıdem tazminatları, ihbar tazminatları, iş kazasının olası tazminatları, dava sonucu oluşabilecek ödemeler veya tazminatlar gibi hemen tüm olası yükümlülüklerin alt işverene yüklenmiş olmasıdır. Alt işverenlerin çoğu yeterli bilgiye, tecrübeye ve risk yönetimi becerilerine sahip olmadıkları ve genellikle işi almanın tek yolu dayatılan sözleşmeye katlanmak olduğu için bu tek taraflı sözleşmeleri kabul ederler. Bu sözleşme türü kâğıt üzerinde asıl işvereni tüm risklerden koruyor gibi görünür ancak içerdiği iki büyük tehdit unsuru nedeniyle aslında tam tersi bir etki yaratma potansiyeline sahiptir. (1) Asıl işverenin alt işverene bakışı ve (2) sahte korunma algısı nedeniyle sürekli ve kasten şişirilen risk balonu.

(1) Asıl işverenin alt işverene bakışı

Verimli ve sürdürülebilir bir alt işverenlik ilişkisi inşa etmenin yolu, tarafların tüm hak ve yükümlülükleri adaletli biçimde

48 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 10 / Fıkra G

paylaştığı ve birbirlerini koruyup geliştirdiği iyi niyetli bir çalışma habitatı oluşturmaktan geçer. Tüm risklerin alt işverene yüklenmeye çalışıldığı bir ilişkide, alt işverenin saygıdeğer bir tedarikçi veya çözüm ortağı olarak konumlandırılmayacağı gayet açıktır. Bu tür ilişkilerde alt işveren daha ziyade tüm risklerin üzerine yüklendiği ve durumun farkında bile olmayan bilgisiz bir günah keçisi olarak görülecektir. Bu bakış çok tehlikelidir ve çok sayıda tehdit unsuruna zemin hazırlar. Müteselsil sorumluluk ilkesi gereği bu tehditlerin tümünün asıl işvereni de bağladığı gözden kaçırılmamalıdır.

Örnek olay

Önceki işyerinde kısa süreli de olsa alt işverenle çalışma tecrübesi edinmiş olan Murat S, Detay Mobilya fabrikasında insan kaynakları yöneticisi olarak işe başladıktan bir süre sonra, lojistik işlerini üstlenen alt işveren firmanın yanlış uygulamalar yaptığını fark etti. Sözleşme gereği üç vardiya, haftanın altı günü ve günde sekiz saat düzeninde çalışması gereken alt işveren işçileri günde dokuz saat çalışıyordu ancak haftalık 45 saati aşan bu fazla çalışmaları için mesai ücreti almıyorlardı. Vardiya dönüşümlerinde sadece sekiz saatlik boşluklar vardı ve hafta tatilleri mevzuatın tarif ettiği şartları sağlamıyordu. Bu durumu kendi ekibine ve diğer yöneticilere ilettiğinde ise şu cevabı aldı: *“Alt işverenin bu çalışma düzeni işimize geliyor çünkü çalışan başına haftada en az beş saat maliyetsiz iş gücü elde ediyoruz. Sözleşme gereği tüm sorumluluk alt işverenin üzerinde olduğu için yaptığı yanlışlar da onu bağlar ve bizi ilgilendirmez.”* Bu söylem neticesinde alt işverene bakışını konumlandıran Murat S, alt işverenin yaptığı işlerde denetlenmesi gereken tüm unsurları görmezden gelmeye başladı. Alt işveren çalışanlarının maaşları ödeniyor mu, SGK bildirimleri yapılıyor mu, yıllık izinleri

kullanırılıyor mu gibi tüm konuları denetim mekanizmasının dışında tuttu. Nasıl olsa yanlışlar alt işvereni bağlıyordu. Alt işverenin, düzenlenen şirket içi eğitimlere katılmak gibi makul yardım taleplerini reddetti. Alt işveren çalışanlarının, asıl işveren işçilerine verilen ramazan kolilerinden kendilerine de verilmesi gibi görece düşük maliyetli ve insani isteklerini geri çevirdi. Bir süre sonra bu durum fabrikada bir taşeronlar ve kadrolular çekişmesine yol açarak çalışma barışını bozmaya başladı.

Bu ortamdan rahatsız olan bir alt işveren çalışanı, *“fazla çalışma yaptığı hâlde mesai ücretinin ödenmediği, hafta tatilinin mevzuata uygun kullanılmadığı ve bu nedenle işten ayrıldığını”* bildiren ve hem alt işverene hem de asıl işverene yöneltilen bir dava açarak işten ayrıldı. Dava süreci sonunda mahkeme, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesi ile Alt işverenlik Yönetmeliği’nin 10. maddesine dayandırdığı kararında, *“ilk işe giriş tarihinden itibaren dört yıllık çalışma süresi boyunca eksik ödenen fazla çalışma ücretleri ve kullanılmayan hafta tatilleri bedellerinin, faizleriyle birlikte alt işverenden ve asıl işverenden müteselsilen tahsil edilmesine”* hükmetti. Bu kararı takiben diğer alt işveren çalışanları da aynı yolu izlediler ve Detay Mobilya 100’ün üzerinde alt işveren çalışanın yıllara yaygın alacaklarını ödemek zorunda kaldı.

Sorular

- *Murat S yanlış uygulamaları bildirdiğinde yönetimden “alt işvereni uyaralım ve takip edelim” cevabını alsaydı aynı senaryo gerçekleşir miydi?*
- *Alt işverene karşı geliştirilen bu bakış açısı, hangi diğer ek risk faktörlerini asıl işverene yüklemiş olabilir?*

- *Tüm sorumlulukları sözleşme ile alt işverene yüklemek, hukuki yaptırımlar karşısında tam koruma sağlar mı?*

(2) Sahte korunma algısı nedeniyle sürekli ve kasten şişirilen risk balonu

Müteselsil sorumluluk ilkesinin görmezden gelinmesi ve tüm risklerin alt işverene yüklenerek yükümlülüklerden muaf olunduğu yanılgısı, sahte bir koruma balonu oluşturur ve normal şartlarda alınmayacak risklerin alınmasına neden olur.

Örnek olay

Dost Maya fabrikası bakım şefi olan Güngör K, fabrika sınırları içerisinde bulunan ve yıkılması gereken eski bir deponun yıkıma hazırlanması işi ile görevlendirildi. Bunun için bina içerisinde bulunan buhar borularının kesilerek binadan çıkarılması gerekiyordu. Bu işi kendi ekibi ile yapmayı planladı ancak iş güvenliği uzmanı Leyla U *“bu işin yüksekte çalışma içerdiğini, bu işi yapacak personelin yüksekte çalışma eğitimi alması gerektiğini, yüksekte çalışmaya özel ekipmanlara gereksinim olduğunu ve bunlar sağlanmadan işin yapılmasına onay veremeyeceğini”* iletti. Gereksinimlerin karşılanmasını, eğitimin planlanmasını ve işin kendi gözetiminde yapılmasını talep etti. Leyla U bir OSGB⁴⁹ çalışanıydı ve sadece perşembe günleri fabrikada bulunuyordu. Günlerden ise cumaydı, yıkım ekibi hazırды ve muhtemelen bir saat sürecek bir iş için en az bir hafta beklemek zorunda kalınacaktı. Bekleme maliyetlerinin bakım bütçesine yazılacağını bilen ve bunu istemeyen Güngör K, kendince bir yan yol çözümü üretti ve alt işveren çalışanı olarak fabrikada küçük bakım onarım işleri yapan Eyüp H’yi çağırarak derhâl boruları

49 Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi

kesmesini istedi. Güngör K işi Eyüp H'ye tarif etti ve onu iptidai bir merdiven, güvenli biçimde tasarlanmamış bir iş planı, yüksekte çalışma için üretilmemiş bir baret ve basit bir kesme makinesi ile tek başına bıraktı. 20 metre uzunluğundaki borunun bir ucu kesildiği anda kalan 19 metrelik kısmı bağlı olduğu askıdan kurtuldu ve Eyüp H'yi üç metre yükseklikten sırt üstü yere düşürdü. Derhâl hastaneye götürülen Eyüp H'nin omurgasında kırık ve kafasında travma⁵⁰ tespit edildi. Aylar süren tedaviler sonunda Eyüp H'nin sağlık sorunlarının kalıcı olduğu kararlaştırıldı ve Eyüp H, *"güvensiz ortam nedeniyle yaşamış olduğu iş kazası neticesinde kalıcı iş göremezlik (engellilik) oranının tespiti ve tazminata hükmedilmesi"* istemiyle dava açarak işten ayrıldı. Dava hem alt işverene hem de asıl işverene yöneltilmişti. Dava süreci sonunda mahkeme, 4857 sayılı İş Kanu-nu'nun 2. maddesi ile Alt işverenlik Yönetmeliği'nin 10. maddesine dayandırdığı kararında, bilirkişi raporundaki kusur oranları dikkate alınarak %60 asıl işverenin, %40 ise alt işverenin kusurlu olduğuna, iki milyon £ tazminata ve tazminatın asıl işveren ile alt işverenden müteselsilen (birlikte) tahsil edilmesine hükmetti.

Sorular

- *Güngör K, bir asıl işveren işçisini aynı şekilde görevlendirerek bu riski alabilir miydi?*
- *İş kazasının gerçekleştiği ortam asıl işverene ait ve iş planı asıl işveren kontrolünde iken, kazayı geçiren kişinin kimin çalışanı*

⁵⁰ Canlı üzerinde beden ve ruh açısından önemli ve etkili yaralanma belirtileri bırakan ağrı, bir doku ya da organın yapısını ya da biçimini bozan ve dıştan mekanik bir etki sonucu oluşan yerel yara

olduğu ne derece önemlidir?

- *Alt işverenlik ilişkisi, normal durumda almayacağınız hangi riskleri almanıza neden oluyor olabilir?*

Öneri

Alt işverenlik ilişkisi, bilgisizliğin veya kötü niyetin çok ağır sonuçlar doğurduğu bir ilişki türüdür. Tıpkı evlilik ilişkisinde olduğu gibi müteselsil ve zaman aşımından müstesna sonuçlar içerir. Bu nedenle alt işverenlik ilişkisine “*bir işin bir yükleniciye devir edilerek tüm yükümlülüklerinden kurtulmak*” şeklinde bakmak son derece yanlıştır. Doğru bakış “*bir yüklenici ile kapsamlı bir iş birliği yaparak ortak sorumluluk altında işleyişi sürdürmek*” şeklinde olmalıdır.

YEDİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİKTE MUVAZAA KAVRAMI

Muvazaa kavramı

Hukuki anlamda muvazaa, bir anlaşmanın taraflarının, üçüncü kişileri aldatmak niyeti ile ve gerçek iradelerine uymayacak şekilde yaptıkları gizli anlaşma⁵¹ şeklinde tanımlanabilir. Alt işverenlik ilişkisi bağlamında muvazaa ise; (1) asıl işveren ile alt işverenin, aslında aralarında gerçek bir alt işverenlik ilişkisi olmadığı hâlde varmış gibi göstererek farklı bir sonucu amaçlamaları veya (2) aldatıcı bir niyet olmadığı hâlde mevzuata uygun bir iş birliği sağlanamaması şeklinde açıklanabilir.

Örnek olay

400 çalışanı olan Filsa Oyuncak fabrikasının sahibi ve genel müdürü Özcan I, artan sendika baskısını azaltmak ve sendikal riskleri minimize etmek istedi. Alt işverenle çalışma deneyimi ve isteği olmadığı hâlde, kendi çalışan sayısını azaltıp alt işveren sayısını artırmanın doğru yol olduğunu düşündü. 20 yıldır fabrikanın insan kaynakları yöneticiliğini yapan, güvenilir ve emekliliğine birkaç ay kalmış olan Tuğrul U'ya *“senin adına bir şirket kuralım, aramızda bir alt işverenlik sözleşmesi imzalayalım, bütün süreçleri bizim ekip yönetsin ve sen emeklilik hayatına devam et”* diyerek adına göstermelik bir şirket kurulması konusunda onu ikna etti. Aralarında bir alt işverenlik sözleşmesi imzaladılar ve bir yıl içerisinde bu sözleşmeye binaen çalışanların sayısı 150'nin üzerine çıktı.

Örnekte görüleceği üzere tarafların gerçek amacı bir alt işverenlik ilişkisi kurmak değil, alt işverenlik ilişkisi varmış gibi sahte bir algı oluşturarak fabrikadaki sendikal gelişmeyi engellemektir.

51 Danışıklı dövüş, şike

Konumuz bağlamında muvazaa kavramı, mevzuatımız tarafından aşağıdaki maddelerde ve bu kitabın devam eden sayfalarının muvazaa başlığı altındaki bölümlerinde değinilmiş olan diğer maddelerde düzenlenmeye çalışılmıştır.

“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”⁵²

“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.”⁵³

“Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti hâlinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. ... Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl

52 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu / D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler / Madde 19

53 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 7

işverenin işçileri sayılır.⁵⁴

“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 sözleşmeyi ... ifade eder.⁵⁵

Tespit

Muvazaa kavramı alt işverenlik ilişkisinin merkezinde yer alan en kritik kavramlardan biri olmasına rağmen, yeterince anlaşılmadığı ve önlem alınmadığı aşikârdır. Ülkemizde yürürlükte olan alt işverenlik ilişkilerinin büyük çoğunluğu muvazaa unsurlarını içermektedir ve olası denetimlerde ciddi cezai müeyyidelere sebep olmaları muhtemeldir. Bu denetimler rutin kontroller, sendikal şikâyetler, iş kazaları veya işten ayrılan eski çalışanların açtıkları davalar gibi birçok farklı nedenle gerçekleşebilir. Ancak itiraf etmek gerekir ki günümüzde rutin kontrollerde tespit edilmiş muvazaalı

54 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 3 / Fıkra 2 (D: 15/5/2008-5763/1 md.)

55 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra G

alt işverenlik ilişkisi vakası ya hiç yoktur, ya da hiç denecek kadar azdır. Bu denetimler genellikle şikâyet üzerine, muvazaa hususuna odaklı ve konusunda görece uzman iş müfettişleri veya bilirkişiler eliyle gerçekleştirilir.

Uygulama sahasında karşılaşılan en büyük yanılgılardan biri rutin denetim yapılmayacağına ve şikâyet olmayacağına duyulan güvenidir. Rutin denetim yapılmayacağına duyulan güvenin haklı gerekçeleri vardır ancak iş mevzuatında veya kurum işleyiş yapısında meydana gelebilecek gelişmeler, günümüzde yetersiz olan denetim mekanizmasına aniden işlerlik kazandırabilir. Şikâyet olmayacağına duyulan güven ise tümüyle dayanaksızdır. İçinde bulunduğumuz bilgi çağında, teknolojinin imkânlarıyla donanmış ortalama kültürlü bir toplumda, yeni dönem ihalesini kazanamamış kırgın bir eski alt işveren firmanın, tesiste örgütlenmeye çalışan bir sendika üyesinin veya herhangi bir sebeple işten ayrılmış öfkeli bir eski çalışanın sadece birkaç dakikasını ayırarak Çalışma Bakanlığının ilgili telefon hattını aramayacağını, CİMER'e⁵⁶ şikâyet dilekçesi yazmayacağını veya şehrinde bulunan ve neredeyse her hafta önünden geçtiği SGK şubesine uğrayarak şikâyetle bulunmayacağını düşünmek en hafif tabirle safdillik olacaktır. Muvazaalı sözleşme sahibi her işletme ciddi bir tehditle iç içe yaşamaktadır ve şu veya bu sebepten er ya da geç denetime tâbi olması kaçınılmazdır.

Muvazaa ve sendika

Muvazaa araştırmalarının kahir ekseriyeti “*sendika üyeliğini engellemek amacıyla muvazaalı alt işverenlik ilişkisi inşa etmek*” iddiasıyla sendikalar tarafından oluşturulan şikâyetlere dayanmaktadır

56 Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi

ve “iş kolu tespiti” talebini içermektedir.

Örnek olay

Filsa Oyuncak fabrikasında örgütlenmeye çalışan Plastik Sendikası, sendikaya üye olan tüm asıl işveren işçilerinin “sırf sendikaya üye oldukları için işten çıkarıldıkları ve yerlerine muvazaalı bir alt işverenlik sözleşmesi ile alt işveren çalışanları temin edildiği” iddiasıyla, aşağıdaki ifadeleri içeren bir şikâyet dilekçesi hazırladı.

“Filsa Oyuncak A.Ş. firması, sırf sendikaya üye oldukları için 150’nin üzerinde çalışanı işten çıkarmış ve yerlerini muvazaalı bir alt işverenlik sözleşmesine dayanarak alt işveren çalışanları ile doldurmuştur. Alt işverenlik ilişkisi kurulan Tuğrul U İsimli şahıs, Filsa Oyuncak A.Ş.’nin eski insan kaynakları yöneticisidir, bu işyeri dışında alt işverenlikle ilgili hiçbir faaliyeti yoktur ve gerçekte alt işverenlik yapmamaktadır. Bu alt işverenin çalışanlarının çoğu, sendika üyesi oldukları için işten çıkarılan işçilerin yaptıkları işleri yapmaktadırlar ve bu işler asıl iş kapsamındadır. Söz konusu ortamda bir alt işverenlik ilişkisi mevcut değildir ve muvazaalı sözleşme ile çalışan tüm alt işveren personellerinin ilk işe başladıkları tarihten itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmeleri gerekir. Bu nedenle alt işveren çalışanlarının tümünün Plastik iş kolunda çalıştıklarının tespiti ile toplu iş sözleşmesine taraf olabilmeleri sağlanmalıdır.”

Sendikanın şikâyetinde belirttiği hususların azlığı veya çokluğu önemli değildir çünkü muvazaa iddiası başlı başına standart bir denetim süreci başlatır ve muvazaa incelemesinin tüm adımları (şikâyete konu olsun veya olmasın) araştırılır.

Muvazaa şikâyetlerinde süreç

Muvazaa şikâyeti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veya ilgili mahkemelere dava açmak yoluyla yapılabilir. Şikâyet neticesinde, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişleri veya mahkemece görevlendirilen bilirkişiler işyerine gelerek muvazaa denetimleri gerçekleştirirler. Denetimlerin hangi unsurları içereceği, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin ilgili maddesinde aşağıdaki şekilde sıralanmıştır.

“7 nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.

(2) 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 bulundurulur.⁵⁷”

Yapılan incelemeler neticesinde alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğuna karar verilmesi durumunda yapılacak işlemler ise İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

“Bu Kanunun ... 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı 167.423⁵⁸ Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi hâlinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır.⁵⁹”

“(1) Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin iş müfettişlerince incelenmesi sonucunda muvazaanın tespitine ilişkin gerekçeli müfettiş raporu ve tutulan tutanaklar Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne işverenlere tebliğ edilir.

57 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Muvazaanın incelenmesi / Madde 12

58 2024 yılı için cezai tutarlardır, her yıl güncellenmektedir.

59 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 98 (Değişik birinci fıkra: 15/5/2008-5763/8 md.)

(2) Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.⁶⁰

Muvazaa kararında sonuç

Bir sözleşme hakkında muvazaa kararı verilmesi durumunda sözleşmenin taraflarına mevzuatın emrettiği idari para cezaları uygulanır, muvazaalı sözleşme butlan kabul edilir ve alt işverenin tüm işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır. Bu noktadaki asli tehdit unsuru idari para cezaları değil, sözleşmenin butlan olması ve alt işveren çalışanlarının tüm sorumluluklarının başlangıçtan itibaren asıl işverene yüklenmesidir. Bu durum mevcut iş akışını bozabileceği gibi, her şartta büyük ve zaman aşımından müstesna yükümlülüklerin ansızın ve cebren asıl işveren tarafından üstlenilmesi anlamına gelecektir.

Örnek olay

Ham kumaş, apre⁶¹, boya ve konfeksiyon⁶² işlerini bir arada gerçekleştiren Dikim Tekstil, sipariş değişkenlikleri nedeniyle konfeksiyon işlerini bazen fabrika içerisinde ve kendi kadrosu ile, bazen ise fabrika dışında ve fason firmalar aracılığıyla gerçekleştiriyordu. Yeni genel müdür Ömer F, sürdürülebilir istihdam, maliyet ve kalite üçgeninin verimli yönetilemediğini fark etti. Söz konusu işler fabrikada yapıldığında kalite artıyor ve maliyet azalıyordu ancak

60 Alt İşverenlik Yönetmeliği / İnceleme sonucu yapılacak işlemler / Madde 13 (Değişik:RG-25/8/2017-30165)

61 Kumaş ve derinin göreceği işlemlere hazırlanması sürecinde temizlenmesi, parlatılması ve düzeltilmesi gibi süreçlere verilen isim

62 Hazır giyim eşyası diken sanayi kolu

kısa sürede çok sayıda çalışana işbaşı verilmesi, siparişler azaldığında ise bu çalışanların işten çıkarılması gerekiyordu ve bu sürdürülebilir istihdam sorunu doğuruyordu. İşler dışarıda yaptırıldığında da sürdürülebilir istihdam sorunu çözülüyordu ancak bu defa maliyet artıyor ve kalite azalıyordu. Sorunu karma bir yöntemle çözmeye karar verdi ve bölgede faaliyet gösteren bir alt işveren firma ile anlaştı. İşler bir alt işverenlik sözleşmesine binaen, fabrika içerisindeki konfeksiyon atölyesinde ve alt işveren çalışanları eliyle yapılacaktı. Sözleşme gereği alt işveren çalışanlarının servis, yemek, iş kıyafeti, kişisel koruyucu, makine dışı ekipman gibi tüm gereksinimleri alt işveren tarafından karşılanacaktı. İş sağlığı ve güvenliği gereksinimlerinin karşılanması yükümlülüğü de alt işverene aitti. Personellerin kıdem tazminatı, yıllık izin, resmi tatillerde ikame çalışma gibi tüm biriken hakları baştan hesaplanmış ve sözleşmeye eklenerek alt işverene devir edilmişti. Dikim Tekstil çalıştırılan personel başına belirli bir ödeme yapıyordu ve geriye kalan hiçbir konuda yükümlülüğü bulunmuyordu. Bütün sorunlar çözülmüştü ve sistem sorunsuz çalışıyordu.

Alt işverenlik ilişkisinin dördüncü senesinde, Tekstil Sendikası fabrikada örgütlenme çalışmalarına başladı ve örgütlenmeye çalışan her sendikanın ilk yapılacaklar listesinde bulunan *muvaazalı alt işverenlik ilişkisi* şikâyetinde bulundu. Başvuru üzerine yapılan incelemede, tesis içerisinde yürütülen konfeksiyon işlerinin asıl iş olduğuna ve bu nedenle alt işverenlik ilişkisinin muvaazalı olduğuna karar verildi. Alt işverenlik sözleşmesi butlan kabul edildi ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayıldı.

Muvazaa kararının ardından Dikim Tekstil ansızın 120 konfeksiyon çalışanın işvereni ve tüm yükümlülüklerinin sorumlusu

oldu. Alt işveren ise kötü niyetli davrandı ve sözleşmenin butlan sayılmasını fırsat bilerek “bu işe büyük yatırımlar yaptığını, mevcut durumun kendisini de ciddi zararlara uğrattığını, mahkemenin yok hükmü verdiği bir sözleşmenin bağlayıcılığını kendisinin de kabul edemeyeceğini, bir hak iddiaları varsa hukuki yollara başvurmaları gerekeceğini” söyledi. Görüşüne başvurulana şirket avukatı Halim Ö, “alt işveren çalışanlarının artık kendi çalışanları olduğunu, bu çalışanların tüm haklarından sorumlu olduklarını, alt işverene dava açarak zararın tahsil edilmesi yoluna gidilebileceğini ancak hukuki süreç sonunda lehlerine karar alınsa dahi, sadece sermayesinden sorumlu bir limited şirket olan alt işverenden tüm zararın tahsil edilip edilemeyeceği konusunda fikir beyan edemeyeceğini” bildirerek hukuki takibin çözüm üretmeyeceğini itiraf etti.

Ömer F, alt işverenlik sözleşmesi ile boşa düşen işçiler, servis sağlayıcı, yemek şirketi, iş kıyafeti tedarikçisi, OSGB firması gibi tüm taraflar ile derhâl görüşülerek istihdam sürekliliğinin sağlanması ve üretimin aksatılmaması talimatını verdi. Alt işverenin tedarikçilere olan mevcut tüm borçları ve yeni alımların sorumlulukları Dikim Tekstil tarafından üstlenildi. Alt işverenin iki aydır ödemeye yanaşmadığı maaşlar Dikim Tekstil tarafından karşılandı, SGK bildirimleri yapıldı ve prim ödemeleri gerçekleştirildi. Birikmiş kıdem tazminatları ve kullanılmamış yıllık izinler gibi tüm biriken haklar Dikim Tekstil yükümlülüğüne geçti.

Yönetim Kurulu acilen toplandı ve genel müdür Ömer F’den yaşanan durumun bilançosu hakkında detaylı bilgi istendi.

120 kişilik muvazaa bilançosu:

- İş akışında yaşanan sorunlar ve yetiştirilemeyen siparişler

- Ödenmemiş iki aylık maaşlar karşılığı (240 brüt ücret)
- Birikmiş dört yıllık kıdem tazminatı karşılığı (480 brüt ücret)
- Kullanılmamış yıllık izinler karşılığı (120 brüt ücret)
- Tedarikçilere ödenen alt işveren borçları
- Yargılama giderleri ve idari para cezaları
- Bozulan iş barışı, itibar kaybı, motivasyonel kayıplar, baz etkileri...

Sorular

- *Ömer F'nin yerinde olsaydınız, hangi aşamada neleri farklı yapardınız?*
- *Yanlış olan alt işverenlik ilişkisi kurma kararı mı yoksa uygulama yöntemi mi?*
- *Aynı anda hem sürdürülebilir istihdam, maliyet ve kalite üçgeninin verimini artırmak, hem de sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurmak mümkün olabilir mi?*

Örnek olayda son derece doğru bir tespit, detaylı bir çalışma, kapsamlı bir anlaşıma, akıllıca bir kurgu ve iş birliği mevcuttur. Doğru tespit edilmiş bir soruna ideal çözüm bulunarak sistem işler hâle getirilmiştir ve dört yıl boyunca sorunsuz çalışarak birçok fayda sağlamıştır. Üretimin fabrika sahası içerisinde yapılması sağlanarak, fason üreticinin tesis kirası, makine amortismanı gibi birçok farklı gider kalemi kapsam dışı bırakılmış ve maliyet avantajı sağlanmıştır. Servis, iş sağlığı ve güvenliği benzeri giderler fabrikadaki

mevcut hizmetlere ufak kapasite artırımları yaparak çözümlenmiş ve maliyet avantajı sağlanmıştır. Fabrikadaki yüksek kaliteli makinelerin kullanılması ve fabrika içerisindeki iş akışının denetim kolaylığı nedeniyle kalite artırılmıştır. İnsan kaynakları bölümünün sürekli personel alması ve çıkarması engellenmiş, bu görev alt işverene devir edilerek sürdürülebilir istihdam sağlanmıştır. İlk dört yıl göz önünde bulundurulduğunda gayet başarılı bir hamledir ancak sonuçta 900 brüt ücretin üzerinde bir ek maliyete, iş akışının bozulmasına ve daha birçok farklı kayıplara neden olarak en kötü tercihe dönüşmüştür.

Öneri

Alt işverenlik ilişkisinde muvazaa konusunun önemi ve uyuyan dev benzetmesinin nedeni, bu örnekteki gibi bir tablonun uzun vadede kaçınılmaz oluşudur. Tetikleyicisi veya zamanlaması ne olursa olsun, muvazaalı alt işverenlik ilişkisini sürdüren firmalar bu veya benzeri senaryoları yaşayacaklardır. Çözüm sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurulmasıdır. Bu ise, hem konusunda tecrübeli uzmanlardan veya danışmanlardan istifade edebilmek hem de rüş-tünü ispatlamış alt işverenlerle çalışarak onları etkin bir denetim mekanizması altında çalıştırabilmek yeteneklerine aynı anda sahip olabilmeyi gerektirir. Uzmanlığın ve denetim mekanizmasının bir diğer önemi, alt işverenlik ilişkisinde asıl iş ve yardımcı iş ayrımının ne şekilde yapılacağına sektör, iş akışı, kurum yapısı gibi birçok etkene göre değişkenlik göstermesidir. Çoğu senaryoda uygulamacıların elinde bir *yapılması gerekenler listesi* mevcuttur ancak yapılacakların mevzuata uygunluğu, iş akışına uyumlanması, kurum kültürüne eklenmesi gibi onlarca farklı gereksinim de vardır. Bu gereksinimler ise her koşulda farklı ve kendine özgü olacaktır. Bu

nedenle, doğru yapılandırma tabiri her yapı için yegânedir.

Alt işverenlik ilişkileri genellikle son derece girift ilişkilerdir ve alt işverenlik ilişkisine sahip her asıl işverenin, mevcut alt işverenlik ilişkisini etraflıca gözden geçirerek gerekli iyileştirmeleri yapması gerekir. Bunu yapabilmek ise ciddi bir uzmanlık gerektirir ve kurum bünyesindeki bir kişinin tek başına bu yeteneklere sahip olması neredeyse olanaksızdır. Bu nedenle konu kişiler değil ekipler hâlinde ele alınmalıdır. Mevzuat, insan kaynakları, iş akışı, satın alma, idari işler, iş güvenliği, alt işverenle çalışma tecrübesi gibi birçok alanda bilgi gereksinimi vardır ve tüm gereksinimleri karşılayan kişilerin iş birliğinden istifade edilmelidir.

Yeni bir alt işverenlik ilişkisi kurmadan önce de aynı adımlar dikkate alınmalı ve rüştünü ispatlamış alt işverenlerle çalışmaya özellikle önem verilmelidir. Tam da bu noktada üzücü bir açmazla karşılaşırız. Ülkemizdeki alt işveren firmaların kısa ömürleri, yetersiz tecrübeleri, düşük yönetim kaliteleri, ilkesiz iş yapış biçimleri, olmayan otokontrol⁶³ yöntemleri, denetimlerin yetersizliği gibi onlarca olumsuz faktör nedeniyle, rüştünü ispatlamış alt işveren tanımı istisnalar dışında havada kalmakta ve uygulama sahasında karşılık bulamamaktadır. Ülkemizde az sayıda da olsa ne yapılması gerektiğini asıl işverenden daha iyi bilen profesyonel alt işverenler mevcuttur. Fakat onlar da kapasiteleri ile sınırlıdır ve çoğunlukla inşaat, havalimanı işletmeciliği, güvenlik gibi belirli uzmanlıklar veya farklı uygulama modelleri üzerine eğilmişlerdir. Bu nedenle de çoğu asıl işveren için ulaşılması güç konumdadırlar. Bu durum ise firma seçimi konusundaki riskleri asıl işverene yükleyerek uzmanlık ve denetim hususunun önemini bir kez daha vurgulamaktadır.

63 Özdenetim, şirket içi kontrol mekanizması

SEKİZİNCİ BÖLÜM

SAĞLIKLI BİR ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ KURMANIN UNSURLARI

Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurmanın unsurları

Mevcut durum

Defaatle altını çizmek gerekir ki, alt işverenlik ilişkisi birçok farklı disiplini kapsayan, bu özelliğinden dolayı yüksek uzmanlıkların iş birliğini gerektiren, katmanlı, girift ve derin bir ilişki türüdür. Bu özellikleri nedeniyle yüksek derecede tehditkârdır ve müteselsil sorumluluk ilkesi gereği, çoğu muhtemel riskler asıl işverene yüklenmiştir.

Günümüzde ülkemizdeki alt işverenlik sektörü son derece kaygan bir zeminde ve ehil olmayan uygulayıcılar eliyle ilerlemektedir. Mevzuatımız yetersizdir ve alt işverenlik ilişkisine taraf olan hiçbir kesimi gerektiği şekilde koruyamamaktadır. İstisnalar bulunsa da alt işveren firmaların çoğu profesyonellikten uzaktır. Bilgileri yetersizdir, kadroları eğitimsizdir, uygulayıcıları tecrübesizdir ve mesleki ahlakları tartışmalıdır. Alt işverenliğe dair bir okul veya özel eğitime erişim imkânı yoktur. Alt işverenliğin bir meslek odası, bağlı bulunduğu bir teknik şartname veya rutin bir denetim mekanizması mevcut değildir. Bu başıboşluk, kuralsızlık ve denetimsizlik habitatu, bu sektörü art niyetli kişiler için cazibe merkezi hâline getirmektedir ve önemli hak kayıplarına zemin hazırlamaktadır.

Birçok alt işverenlik ilişkisi, tüm tarafların zarar gördüğü senaryolarla sonuçlanmıştır. Birçok vakada alt işveren çalışanları maaşlarını veya tazminatlarını alamamıştır ve SGK primleri eksik ödenmiştir. İş akışının kesintiye uğradığı, çalışanların ortada kaldığı, asıl işverenin büyük cezai müeyyidelerle karşılaştığı sayısız örnek vardır. Ülkemizde alt işverenlik sektörü ile alt işverenliğe bakış açısının mevcut durumunu aktarabilmek ve muhtemel risklerin

altını layıkıyla çizebilmek amacıyla, bizzat yaşadığım örnek bir olayı aktarıyorum.

Örnek olay / Yaşanmış bir ihale hikâyesi

Eposta adresime gelen bir bildirim ile, Türkiye'nin en büyük gruplarından birisinin Trakya bölgesinde bulunan fabrikalarındaki yükleme işleri ihalesine teklif vermek için davet edildim. Ön görüşme yapmak ve yerinde tespitlerde bulunmak amacıyla fabrikaya gittim. Katılımcı şirketlere yardımcı olmakla görevlendirilmiş olan İsmet N ile irtibata geçtim ve iş hakkında gerekli her türlü bilgi ile birlikte Teknik Şartnameyi alarak fabrikadan ayrıldım. İhalenin yapılma gerekçesini sorduğumda, *"mevcut alt işverenin üç aydır işçi maaşlarının büyük bir kısmını ve kanuni ödemelerin neredeyse hiçbirini yapmamış olması"* cevabını aldım. Ekibimle birlikte, ihalenin gerekleri doğrultusunda bütün maliyetleri masaya yatırarak ciddi şekilde hazırlandık. Servis maliyetleri, iş kıyafetleri, yemek maliyetleri, teminat mektubu ve ihale gereği istenen özel sigorta maliyetleri... Zaten servis ve yemek fabrika tarafından karşılanacaktı ancak tekliflerde toplam maliyetin aynı formatta görülmesi istendiği için firmalara yemek ve servis karşılığı kaç £ yazacakları bildiriliyordu. Örneğin servis için 25£ ve yemek için 50£ gibi...

İhale gereği 80 personel istihdam edilecekti ve üretilen ürünlerin yükleme işlerini gerçekleştireceklerdi. Maliyetler yevmiyeci (günlük) çalışma gibi düşünerek hesaplanacaktı çünkü bir gün 80 kişi, ertesi gün ise 50 kişi çağırılabilirdi. Asıl işveren firma elma ile elmayı kıyaslamak için bir formül geliştirmişti ve teklifin yıllık olarak verilmesini istiyordu. Yani tüm alacağı ve kanuni ödemeleri ile birlikte bir personelin günlük masrafı bulunacak, 365 ile çarpılarak personel başına yıllık masraf bulunacak ve 80 ile çarpılarak yıllık

toplama ulaşılacaktı. Biz firma olarak personelin asgari ücret ile çalışacağı varsayımından hareketle hesapladığımız teklifi sunduk. İhale gerçekleştirildi ve ihalenin başka bir firmaya verildiğini bildiren teşekkür mektubu tarafımıza iletildi. İhaleye katılmak için verdiğimiz ve dosyamızda bulunan teminat mektuplarını almak amacıyla fabrikaya gittim. Tüm ihale sürecinde irtibat içerisinde olduğumuz İsmet N ile görüşürken aramızda şu konuşmalar yaşandı:

Ben: Mümkün ise ihaleyi hangi firmanın, hangi fiyata aldığını öğrenebilir miyim?

İsmet N: Elbette. (dedi ve bütün tekliflerin yer aldığı dosyayı açıp, kazanan firma ile ve bizim tekliflerimizi yan yana koyarak devam etti) Yıllık toplamda sizden tam olarak 2 milyon £ daha düşük.

Ben: Neresinden bakarsanız bakın bu matematik çalışmaz.

İsmet N: (gülümseyerek) Bize ne, onların matematiği.

Daha önce de bu tarz durumlarla defalarca karşılaşmış biri olarak açıkçası şaşırmadım. Fakat Türkiye'nin en büyük gruplarından birisinin, Türk Dış Ticaretinde başı çeken ürünlerinin üretildiği fabrikasında bu çapta bir vaka yaşamayı da açıkçası beklemiyordum. Ofisime döndüğümde mesleki bir merakla ve hata yapmış olma korkusuyla bütün maliyetleri tekrar tekrar inceledim. Sadece Trakya bölgesi değil, ülkedeki en düşük fiyatlara ulaştım. Yaptığım hesaplamalara göre ulaştığım sonuç daha da şaşırtıcıydı çünkü ihaleyi kazanan firma yılda en az 1.76milyon £ zarar etmeliydi.

Söz konusu ihale, Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yapılıyor-du ve karşılaştığım sonuç aklıma 38. maddeyi getirdi.

“İhale komisyonu verilen teklifleri (...)[36] değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlendiği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü, gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

(Ek fıkra: 20/11/2008-5812/12 md.; Değişik üçüncü fıkra: 6/2/2014-6518/47 md.) Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8 inci maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerin altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya

yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır.⁶⁴

Sonuçta şöyle bir tablo ile karşılaşmıştım. Mevcut firmanın üç aydır işçilik ve kanuni ödemeleri yapmaması nedeni ile yenilenen bir ihale, yemek ve servis maliyetleri düşüldükten sonra asgari ücretin altında kalan bir bedelle, yeni kurulmuş ve bu kapsamda bir iş için fazlasıyla tecrübesiz bir firmaya verilmişti. Buna benzer durumlarla da defalarca karşılaştığımdan, doğması en muhtemel sonuçları tahmin edebiliyordum.

- İşçilerin SGK ödemelerinin yapılmaması
- Günde 12 saat çalıştırılarak mesai alacaklarının ödenmemesi
- Maaşlarının eksik ödenmesi ya da hiç ödenmemesi
- İşçilere yemek, iş kıyafeti ve servis imkânı verilmemesi
- Kıdem tazminatı, yıllık izin ve hafta tatili haklarının gasp edilmesi
- İhaleyi alan firmanın Gelir veya Kurumlar Vergisi, KDV, iş-veren primi gibi yasal ödemeleri yapmaması

Aradan yaklaşık olarak bir yıl geçti ve yine aynı ihaleye katılım davetiyesini aldım. Yine aynı prosedürü izledim ve fabrikaya giderek İsmet N ile görüştüm. İlk diyalogumuz şu şekilde gerçekleşti:

Ben: Geçen seneki ihale sonunda bir + bir yıl opsiyonlu sözleşme imzalanmış olmasına rağmen neden ilk yılın sonunda yeniden ihaleye çıktınız?"

64 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu / Aşırı düşük teklifler / Madde 38

İsmet N: İhaleyi alan firma zarar ettiğini ve bu işi sürdüremeyeceğini söyledi. Sözleşmedeki opsiyonun kullanılmamasını ve ilk yılın sonunda sona erdirilmesini istedi.

Ben: Çok iyi niyetli bir alt işverene denk gelmişsiniz. Zararı kabul lenmiş, hak kaybına yol açmamış ve sorunsuz bir devir işlemi için gönüllü olmuş. Bu durumun çok daha ağır sonuçları olabilirdi.

Üzerinden üç ay geçmesine rağmen verdiğimiz yeni teklife herhangi bir dönüş yapılmadığı için İsmet N’yi arayıp teklifin akıbetini sordum. Aldığım cevap beni fazlasıyla şaşırttı çünkü genel müdürün değiştiğini, yeni müdürün alınan yeni teklifleri çok yüksek bulduğunu, “yapamayacakları işin altına girmeselerdi” diyerek sözleşmedeki opsiyonun kullanılması yönünde talimat verdiğini ve bu nedenle ihalenin iptal edildiğini öğrendim. Teminat mektubunu almak için fabrikaya gittiğimde İsmet N’ye şunları söyledim:

“İnsanlar veya kurumsal yapılar hatalar yapabilirler. İyi niyetli ve çözüm arayışında olmak alt işverenlik sektöründe ender rastlanılan bir tutumdur. Bu doğru tutumu sergileyen bir alt işvereni, zarar edeceğini bile bile bu süreci sürdürmeye mahkûm etmek ise kötü niyetli bir yaklaşımdır. Umarım alt işveren de bu kötü niyete aynı şekilde karşılık vererek tamiri zor hasarlara yol açmaz.”

Birkaç ay daha geçti, yine davet edildim, yine aynı prosedürü izledim ve fabrikaya giderek İsmet N ile görüştüm. Bu defa konuşmayı o başlattı.

“Sormayın başımıza gelenleri. Alt işveren firma çalışanların maaşları, mesai alacakları, prim ödemeleri, kıdem tazminatları, yıllık izinleri gibi aklınıza gelen ne varsa ödemedi sözleşmelerini fesih etti.

İşveren primleri, gelir vergileri gibi hiçbir kanuni ödemeyi yapmadı. Çalışma Bakanlığına 10 milyon £ üzerinde ceza ödedik, 90'ın üzerinde personel iş mahkemesinde dava açtı ve hak kayıplarının asıl işveren tarafından karşılanmasını talep etti. Çok büyük sıkıntı oldu bize bu iş..."

Yine ihaleyi kazanamadık, yine teminat mektubunu almak için fabrikaya gittim, yine işin matematiğine uygun olmayan bir fiyatla verildiğini öğrendim ve yöneticiye şunları söyleyerek firmadan ayrıldım:

"Bundan sonraki ihale süreçlerinize bizi davet etmezseniz minnettar oluruz. Çünkü davetinize icabet etmezsek biz size ayıp etmiş oluruz. Lakin siz davet etmezseniz kimse kimseye ayıp etmek zorunda kalmamış olur."

Tespit

Günümüzde güven bunalımının en yüksek seviyede yaşandığı sektörlerden biri hiç kuşkusuz alt işverenlik sektörüdür. Ne asıl işverenler, ne de işçiler alt işveren firmalara güvenmezler. Öyle ki, Devlet bile müteselsil sorumluluk ilkesi ile tüm sorumlulukları asıl işverene yükleyerek, alt işverenlere olan güvensizliğini resmileştirmiştir. Sektörün tarihine ve yaşanan olaylara baktığımızda bu güven bunalımının arkasında ciddi bir haklılık payı olduğu aşikardır. Alt işverenlere devir edilen işlerin pek çoğunda hak kaybına yol açan olaylar yaşanmıştır ve hâlâ yaşanmaktadır. Bu olayların yaşanmasında, mesleki etik ve ahlaktan uzak, hak ve hukuk tanımayan bir takım alt işverenlerin payları olduğu muhakkaktır. Ancak, düşük maliyet ile hizmet alabilmek için işçilerin haklarının gasp edilmesine, hizmet kalitesinin düşürülmesine, yasal ödemelerin

geciktirilmesine hatta hiç yapılmamasına göz yuman asıl işverenlerin bu durumdaki payı da yadsınamaz düzeydedir.

Asıl işverenlerin sıklıkla yaptıkları hatalar

Alt işverenlik sürecinin başlatılmasında ve sürdürülmesinde asıl işverenlerin yaygın olarak yaptığı ve sonuca etki eden hatalar altı ana başlıkta ele alınabilir.

1- Teknik şartnamelerin yetersizliği

Çoğu asıl işveren, alt işverene devir etmek istediği işlerle ilgili bir teknik şartnameye sahip değildir veya ihale sürecini yetersiz teknik şartnameler ile yönetmeye çalışmaktadır. Teknik şartname, alt işverenlerin işin gereksinimlerini etraflıca anlamaları açısından son derece önemlidir. Yapılacak işin teknik standartları, bu iş için gerekli ekipman, çalışanların sahip olmaları gereken vasıflar, üstlenilen riskler gibi tüm gereksinimler teknik şartnameler ile izah edilmeli ve alt işverenlere aktarılmalıdır. İşin gereksinimleri anlaşılmadan başlatılan alt işverenlik ilişkileri muhtemelen çatışmalara neden olacaktır ve başarısızlıkla sonuçlanacaktır.

Örnek olay

Ülke genelinde 140 mağazası ve online satış sistemi bulunan Sahra Spor, merkez depo yönetimindeki bazı işleri alt işverenlere devretme kararı aldı. Yapılacak işleri tanımlamak gayet basitti. Bir grup çalışan, ilgili ürünleri raflardan alarak sevkiyat deposuna teslim edecekti. Diğer bir grup ise bu ürünleri ilgili sevkiyat araçlarına yükleyecekti. Bir kişi de bu işlerin yönetimini ve denetimini sağlayarak raporlama yapacaktı. Lojistik müdürü Osman Ç, alt işveren firmalarla iletişime geçmesi ve teklifler toplaması için

görevlendirildi. Osman Ç kısa bir internet araştırması ile yedi alt işveren firma tespit etti, telefonla ulaşarak işi tarif etti ve teklif iletmelerini istedi. Alt işverenlerden üçü tesisi ziyaret etti ve sadece biri teklif iletti. Bu teklif, tesis ziyaretine gerek görmeyen diğer dört alt işverenin teklifinden %30 oranında daha yüksekti. Osman Ç iki firmaya neden teklif vermediklerini veya diğerine teklifinin neden emsallerinden bu derece yüksek olduğunu sorma gereği hissetmedi. En ucuz üç teklifi yönetime iletti, birinde karar kılındı ve çalışma başladı.

Alt işveren çalışanlarının işbaşı yapması ile birlikte sevkiyatlarda ciddi aksaklıklar yaşanmaya başladı. Siparişler zamanında yetiştirilemediği ve yanlış ürün gönderildiği gerekçeleri ile şikâyetler artıyordu. Yönetim Osman Ç'ye buna neyin neden olduğunu ve nasıl çözmeyi planladığını sorduğunda, *"hem alt işveren firma hem de çalışanları depoculuk konusunda yeni ve tecrübesiz, zamana ihtiyaçları var, biraz destekle ve zamanla kendiliğinden düzelecektir"* cevabını aldı. Aradan üç ay geçti ancak işler iyileşmek yerine daha da kötüye gitmeye başladı. Çalışan devir oranı gittikçe artıyordu, işbaşı yapanlar birkaç hafta sonra ayrılıyordu ve bu nedenle ekip gelişim gösteremiyordu. Alt işveren bu işin altından kalkamamıştı ve yeni bir alt işveren arayışına başladı.

İhale yenilendi ve bir önceki ihaleye katılan alt işverenlerden tekliflerini güncellemeleri istendi. Teklif vermeyen iki alt işveren yine teklif vermedi, yüksek fiyat veren alt işveren yine yüksek teklif verdi ve diğer üç alt işveren tesis ziyaretinde bulunmadan makul teklifler iletiler. Osman Ç önce teklif vermeyen firmaları aradı ve neden teklif vermediklerini sorduğunda şu cevabı aldı:

"Depo yönetim sisteminiz, kullandığınız makineler, ekipmanlar

veya yazılımlar gibi birçok unsur, vasıflı personel temini gerektiriyor. Bölgede bu vasıflara sahip personel sayısı son derece az ve çoğu aktif olarak çalışıyor. Ekip kurabilmek için çalışanlara yüksek ücret verilmesi gerekiyor, yüksek ücret ise kaçınılmaz olarak teklif fiyatımızı yükseltiyor. Bölgemizdeki çoğu alt işveren firma yeterli araştırma yapmadan teklif veriyor ve bizim fiyatlarımızın onların fiyatlarına yakınsaması mümkün olamıyor. Asıl işverenler de işleri onlara veriyor. Siz de öyle yaparak bizi yanıltmadınız. Biz de bu gibi durumlarda ön çalışmalar için efor sarf etmemeyi ve teklif vermemeyi tercih ediyoruz.”

Osman Ç telefonu kapattığı gibi yüksek teklif veren firmayı aradı ve fiyatın neden yüksek olduğunu sorduğunda şu cevabı aldı:

“Depo yönetim sisteminiz, kullandığımız makineler, ekipmanlar veya yazılımlar gibi birçok unsur, vasıflı personel temini gerektiriyor. Bölgede bu vasıflara sahip personel sayısı gayet az ve çoğu aktif olarak çalışıyor. Ekip kurabilmek için çalışanlara yüksek ücret verilmesi gerekiyor, yüksek ücret ise kaçınılmaz olarak teklif fiyatımızı yükseltiyor. Bölgemizdeki çoğu alt işveren firma yeterli araştırma yapmadan teklif veriyor ve bizim fiyatlarımızın onların fiyatlarına yakınsaması mümkün olamıyor. Asıl işverenler de işleri onlara veriyor. Siz de öyle yaparak bizi yanıltmadınız.

Bazı rakiplerimiz bu gibi durumlarda ön çalışmalar için efor sarf etmemeyi ve teklif vermemeyi tercih ediyorlar. Biz ise ön çalışmalar için harcadığımız eforu gelişim fırsatı olarak görüyoruz ve teklif sunuyoruz. Naçizane iletmek isterim ki, bu ihale sürecinde ciddi bir hata yapıyorsunuz ve bu hata elma ile elmayı kıyaslamaya mâni oluyor. Bir teknik şartnameniz yok ve detaylı ön incelemeyi yapmadan teklif veren firmalar teknik gereksinimlerden bihaberler. Eğer bir teknik şartnameniz olsaydı, ilgili ürünleri raflardan alarak sevkiyat deposuna teslim edecek

olan personellerin Stocco el terminali kullanma berecisine sahip olması gerektiği, ürünleri ilgili sevkiyat araçlarına yükleyecek personellerin bu işleri reach truck ve şarjlı transpalet⁶⁵ ile yapacakları veya yönetimin ve denetimin sorumlusunun SAT programına hâkim olmasının şart olduğu gibi hususlar bu teknik şartnamede yer alırdı. Her firma teklifini bu gereksinimlere göre verirdi ve işler kolaylaşırdı. Biz teklifimizi tüm bu gereksinimlerin farkında olarak veriyoruz ve hâliyle fiyatımız yüksek görünüyor. Ancak emin olun ki doğru fiyat bizim verdiğimiz fiyattır.”

Sorular

- Osman Ç süreç boyunca hangi aşamalarda hangi hataları yapmıştır?
- Yazılı bir doküman olmadan ve sadece sözlü tarif üzerinden yönetilen bir ihale süreci başarılı olabilir mi?
- Yeterli bir teknik şartname düzenlenmiş olması, bu olumsuz sürecin yaşanmasına engel olabilir miydi?

2- Alt işveren seçme ve değerlendirme komitesi eksikliği

Alt işverenlik ilişkisi karmaşık ve farklı disiplinleri içeren bir ilişki türüdür. Hukuk, satın alma, insan kaynakları, muhasebe, idari işler, kalite gibi birçok alanı kapsar ve bu disiplinlerin iş birliğini gerektirir. Tüm bu yetkinliklere kurum içerisindeki tek bir kişinin sahip olması mümkün değildir ve bu nedenle alt işverenlik konusu bir komisyon tarafından ele alınmalıdır. Çoğu asıl işveren, alt işveren seçimi görevini, bu konuda yetkinliği ve karar yetkisi bulunmayan çalışanlara (çoğunlukla insan kaynakları, idari işler veya satın

65 Taşımacılıkta kullanılan iş makineleri

alma profesyonellerine) yüklemektedir. Bu durum yanlış tercihlere ve uygulama sahasında çalışmayan iş birliklerine neden olacaktır.

Örnek olay

700'ün üzerinde çalışanı ile endüstriyel ambalaj üretimi yapmakta olan Nondy Ambalaj, temizlik, meydancılık ve paketleme gibi birtakım işleri alt işverene devir etme kararı aldı. Bu devir için sekiz haftalık hedef süre belirlendi. Konu bir yönü ile istihdam sağlamak olduğundan, insan kaynakları müdürü Ahmet Y'den süreci yönetmesi istendi. Ahmet Y öncelikle, ihbar tazminatı maliyetini azaltmak amacıyla, devir edilecek bölümlerde çalışan ve iş sözleşmeleri fesih edilecek olan çalışanların ihbar süreçlerini başlatarak sekiz hafta sonra iş sözleşmelerinin fesih edileceğini bildirdi. Ardından asistanı olan Nuray E'ye talimat vererek beş firma tespit etmesini ve teklif toplamasını söyledi. Nuray E kısa bir internet araştırması sonunda bazı firmalara ulaştı ve aldığı teklifleri müdürü Ahmet Y'ye iletti. Ahmet Y gelen teklifleri değerlendirdi ve üçünü fabrikaya davet ederek karşılıklı görüşmeler gerçekleştirdi. Bu üç firmadan, görüşmede kısmen netleşen şartlara uygun olarak tekliflerini revize etmelerini istedi. Revize teklifler geldi ve satın alma birimine iletildi. Bu süreç üç hafta aldı.

Satın alma müdürü Eylem Ö, teklifin içeriğini ve karşılaması gereken şartları anlamlandırabilmek için alt işverenlere devir edilecek olan bölümlerin yöneticileri ile iletişime geçerek bir *gereksinimler listesi* oluşturmalarını istedi. Gelen listeleri inceledi ve teklif veren firmalara ileterek tekliflerini bu listelere göre revize etmelerini istedi. Gelen tekliflere binaen iki firma seçti ve yönetime iletti. Bu süreç üç hafta daha aldı.

İki firma son görüşmeler için fabrikaya davet edildi ve genel müdür Derviş B ile görüştürüldü. Derviş B bir firmayı seçerek sözleşme imzalanması ve diğer firmanın şimdilik yedekte tutulması talimatını verdi. Bu süreç bir hafta daha aldı ve hedef süreye sadece bir hafta kaldı.

Genel müdürün talimatı sonrası, seçilen alt işverene “sözleşme aşamasına geçildiği ve ekip kurma çalışmalarına başlaması gerektiği” bilgisi verildi ve hukuk biriminden sözleşmeyi hazırlaması istendi. Hukuk biriminin bu sözleşmeyi hazırlayabilmesi için tüm şartlara hâkim olması gerekiyordu. Kıdem tazminatları, yıllık izinler, servis, iş kıyafetleri, yemekler gibi birçok hukuki sorumluluk asıl işverene mi aitti yoksa alt işverene mi? Faturalandırma ve ödeme hangi koşullar altında gerçekleştirilecekti? Yeni personel taleplerindeki termin, önümüzdeki yılın fiyat artış oranları, proje yöneticisi maliyetlerinin kimin tarafından üstlenileceği gibi sürece dair birçok konunun sözleşmeye eklenmesi gerekiyordu. Bu nedenle ilgili bölüm amirleri, insan kaynakları, satın alma, muhasebe, yönetim gibi ihtiyaç duyulan tüm bölümlerle iletişime geçilerek bilgi istendi. Bu süreç üç hafta daha aldı ve sözleşme hazır olduğunda hedef süre iki hafta aşılmıştı.

Hazırlanan sözleşme seçilen alt işverene iletildiğinde bir sürprizle karşılaşıldı ve alt işveren “sözleşmedeki çoğu şartın teklif sürecinde kendisine iletilmediği ve bu şartları üstlenemeyeceği” gerekçesiyle sözleşmeyi imzalamadı ve işi yapmaktan vazgeçti. Bu gerçekleştiğinde hedef süre üç hafta aşılmıştı.

Takip eden hafta içerisinde hazırlanan sözleşme yedek alt işverene iletildi, teklifler revize edildi ve apar topar bir süreçle sözleşmeler imzalandı. Ancak yedek alt işverenin personel temini için bir

ön çalışması olmadığından ilanların oluşturulması, başvuruların alınması, seçme ve değerlendirme süreçleri, idari işlerin organizasyonu gibi gereksinimler nedeniyle ekibin işbaşı yapması 4 haftadan uzun sürdü. Süreç tamamlandığında hedef süre yedi hafta aşılıymıştı ve alelacele yönetilen süreçler nedeniyle son derece verimsiz bir başlangıç yapılmıştı.

Bu süreç boyunca ise şunlar yaşandı:

- İhbar süreleri dolan personellerden bir süre daha çalışmalarını istendi ancak birkaçı dışında hiçbiri çalışmaya devam etmeyi kabul etmedi.
- İşten ayrılan personellerin yerine gelecek olan alt işveren ekibi tamamlanana kadar, mevcut çalışanlar o bölüme destek vermeye zorlandıklarından çok ciddi bir mesai maliyeti, mesai kaynaklı çalışan memnuniyetsizliği ve kalite sorunları yaşandı.
- Sürecin son aşamaları çok hızlı ve denetimsiz ilerletilmek zorunda kalındığı için alt işveren ekibi istenilen standartlarda değildi ve son derece verimsizdi.

Alt işverenlik ilişkisi süreci başından itibaren doğru yönetilemedi. İlk gün bir komisyon kurularak birlikte hareket edilebilirdi ve iletişime bağlı zaman kayıplarına engel olunarak süreç zamanında ve sorunsuz tamamlanabilirdi. Ancak bu süreç Nondy Ambalaj için son derece pahalı bir öğrenme deneyimine dönüştü.

Sorular

- *Alt işveren seçimi sürecini yönetmek için seçilen Ahmet Y sizce*

doğru kişi midir ve süreci doğru yönetmiş midir?

- *Ahmet Y'nin yerinde olsaydınız bu süreci nasıl yönetirdiniz?*
- *Ne tür bir iş birliğı bu sürecin planlandığı gibi ilerlemesini sağlayabilirdi?*

3- Sözleşmede yapılan hatalar

Alt işverenlik ülkemizde yeterince anlaşılamamış bir alandır. Birçok farklı sebeple sınırları çizilemediğı için hukuku da yeterince anlaşılamamıştır. Çoğu alt işverenlik sözleşmesi mevzuatın emrettiğı unsurları dahi barındırmamaktadır. Birçok sözleşme ise mevzuata aykırı hususlar içermektedir ve o hususlar bakımından butlan durumundadır. Alt işverenlik alanında tecrübe sahibi olmayan asıl işverenlerce hazırlanmış çoğu sözleşme yetersizdir ve birçok tehdit barındırmaktadır. İş güvenliğı, iş kazaları, ödenmeyen maaşlar veya primler, olası davaların cezai yükümlölükleri gibi risk unsurlarının alt işverene yüklendiğı sözleşmeler son derece yaygındır. Ancak müteselsil sorumluluk ilkesinin anlaşılamaması, sözleşme ile alt işverene yüklendiğı sanılan yükümlölüklerin aslında hâlâ asıl işveren sorumluluğunda bulunduğunun gözden kaçırılmasına neden olmaktadır. Bu durum ise söz konusu tehdit unsurlarının denetim mekanizması dışına itilmesine ve beklenmedik kayıplara neden olmasına yol açmaktadır.

Bir alt işverenlik sözleşmesinde kabaca iki ana unsur bulunur. (1) Sözleşmenin yasal olarak geçerlilik kazanması için taşıması gereken unsurlar ve (2) bu sözleşmeye bağılı olarak yürütülecek süreçlere dair yükümlölüklerin üstlenilmesi. Bir alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken yasal unsurlar, Alt İşverenlik

Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinde açıklanmıştır.

(1) Alt işverenlik sözleşmesinde şekli şartlar

- “(1) Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır.

(2) Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.⁶⁶”



- “(1) Alt işverenlik sözleşmesinde;

a) Asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi,

b) Asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliği ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olması hâlinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi,

c) İşyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu,

ç) Alt işverene verilen işin ne olduğu,

d) Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama,

e) Taraflarca öngörülmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri,

f) Alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde

66 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 9 / Alt işverenlik sözleşmesi

gerçekleştireceği,

g) Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı,

ğ) Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı,

h) Alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esasları,

ı) Asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası, hususlarına yer verilir.

(2) Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.⁶⁷

Mevzuatın emrettiği hükümleri içermeyen alt işverenlik sözleşmeleri ile uygulama sahasında sıklıkla karşılaşılır. Bunun birçok farklı nedeni vardır ancak başat nedenlerden birinin “alt işverenlik alanında uzmanlığı veya deneyimi olmayan uygulayıcıların, bu sözleşmeleri hizmet sözleşmesi mantığı ile oluşturmaları” olduğunu söyleyebiliriz. Diğer baskın nedenlerden biri ise “kasıtlı olarak alt işverenlik ilişkisinin müteselsil sorumluluk ilkesinden kaçınmayı ve tüm sorumluluğu kâğıt üzerinde alt işverenin üzerine yıkmayı amaçlayan”

67 Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 10 / Alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar

sözleşmeler oluşturulmasıdır.

(2) Yürütülecek süreçlere dair yükümlülüklerin üstlenilmesi

Bir alt işverenlik sözleşmesinin mevzuatın emrettiği tüm şartları sağlıyor olması sadece yasal olarak geçerli olduğunu gösterir ancak uygulamada fonksiyonel olduğu anlamına gelmez. İlişkinin tüm idari yükümlülüklerinin netleştirilmesi, belirli şartlara bağlanması, takvimlendirilmesi ve yükümlülüklerin üstlenilerek sözleşmeye eklenmesi gerekir. Alt işverenlik ilişkisi uzun süreli, kapsamlı ve derin bir ilişki türüdür. Bu nedenle alt işverenlik sözleşmesine belirli süreli ve standart bir hizmet alım sözleşmesi mantığı ile yaklaşmak son derece hatalıdır. Alt işverenlik sözleşmesi süresi sonunda bitebilir veya yıllarca devam edebilir. İhtiyaçlar zaman içerisinde değişebilir ve yöntem, sayı, kapasite gibi alanlarda köklü değişikliklere gidilebilir. Bu ilişkinin yıllarca sürebileceği göz önünde bulundurulmalı, zamana bağlı değişkenler öngörülmesi, hesaplanmalı ve sözleşmeye eklenmelidir.

Örnek olay

Tüketici elektroniği üreticisi olan FovconX, üretimi artan ürünlerin sevkiyatına destek olması amacıyla 25 kişilik destek ekibine ihtiyaç duydu ve bir alt işverenden hizmet almaya başladı. İş birliği 11 ay sürecekti ve bu sürenin sonunda bitecekti. Ancak sürenin sonuna yaklaşıldığında ihtiyacın devam ettiği görüldü ve alt işverenden hizmete bir ay daha devam etmesi istendi. Alt işveren bunu kabul etti ve hizmet kesintisiz olarak devam etti. Ek bir aylık sürenin sonunda hizmet sona erdi ancak alt işveren çalışanları işten ayrılma şartlarına itiraz ettiler. İşyerinde çalışmaya başladıkları

sürenin üzerinden bir yıl geçmişti, yıllık izin hak edişleri vardı ve kıdem tazminatları ödenmeliydi. Ek olarak, belirli süreli olan iş sözleşmeleri zamanında sona erdirilmediği ve çalışmaya devam edildiği için belirsiz süreli iş sözleşmesine dönmüştü ve ihbar tazminatı hak edişleri de olmalıydı.

Alt işveren durumu derhâl FovconX'e bildirdi ve yardım istedi. FovconX avukatı Neslihan Ş yönetime *“alt işveren çalışanlarının taleplerinde haklı olduklarını ancak sözleşmede bu maliyetleri FovconX'in üstlenmesi gerektiğine dair hiçbir ifade bulunmadığını”* iletti. Alt işveren ise cevap olarak *“verdiği teklifteki maliyet kalemleri içerisinde kıdem tazminatı, yıllık izin veya ihbar tazminatı gibi hak edişlerin bulunmadığını, bunları ödemeyeceğini”* ileterek personellerin iş sözleşmelerini tazminatsız olarak fesih etti.

Açılan davalar sonucunda mahkeme, 25 alt işveren çalışanın her biri için ayrı ayrı bir yıllık kıdem karşılığı birer brüt maaş kıdem tazminatı, dört haftalık ihbar tazminatı, 14 günlük yıllık izin ücreti karşılığı olarak toplam 60 brüt ücret tutarında tazminata hükmetti. Müteselsil sorumluluk ilkesi gereği bu tazminatın %50'sini FovconX ödedi.

Sorular

- *Sözleşmedeki hangi hususların noksanlığı bu olayın yaşanmasına neden olmuştur?*
- *Sözleşmedeki hangi farklı noksanlar, hangi ek sorunlara yol açabilir?*
- *Her husus sözleşme ile güvence altına alınabilir mi?*

4- Çalışma şartlarında ayrımcılık derecesinde farklılık

Alt işverenlik ilişkisi bulunan tesislerin büyük çoğunluğunda, asıl işveren ve alt işveren (kadrolu ve taşeron) ayrımı vardır. Bu ayrım, sosyal denetimlere tâbi olan ve ayrımcı politikalara karşı işletmelerde dahi görülebilmektedir. Alt işverenlik ilişkisinin doğası gereği, alt işveren çalışanları, asıl işveren çalışanlarının sahip olduğu tüm haklardan eşit ölçüde istifade edemezler. Ancak, uygulama aşamasında sıklıkla görürüz ki farklı servislerle işletmeye gelmek, farklı soyunma odalarını kullanmak, asıl işveren çalışanlarından sonra yemek gibi birçok farklı neden bu ayrımı körükleyerek çalışma barışını bozmaktadır.

Örnek olay

SEDKA Denetim şirketi, 120 ülkede operasyonları bulunan ve bazı işleri alt işverenler eliyle yürütülen Lione Süt fabrikasında bir sosyal denetim gerçekleştirdi. Global bir şirket olan ve ayrımcılığa karşı kardinal⁶⁸ kuralları bulunan Lione Süt fabrikasında insan odaklı bir yaklaşım sergileniyordu ve tüm çalışanlar aynı sosyal haklara sahipti. Teknik, yasal veya ticari gereksinimler nedeniyle alt işveren çalışanlarının ücretleri asıl işveren çalışanlarından farklıydı ve ayırt edici iş kıyafetleri kullanıyorlardı. Fakat aynı servisleri, aynı soyunma odalarını, aynı yemekhaneleri ve aynı dinlenme alanlarını kullanıyor, hemen her imkândan asıl işveren çalışanları ile birlikte faydalanabiliyorlardı. Kadrolu veya taşeron ayrımının hissedileceği bir ortam söz konusu dahi değildi. Alt işveren çalışanları son derece mutluydu, verimli çalışıyorlardı ve personel devir oranı son derece düşüktü. Gerekli incelemeler tamamlandı ve

68 Temel, ana, asıl

denetim, ülke ortalamasının üzerinde bir puan ile sona erdi.

İki sene sonra, bir önceki denetimde de bulunan Elif O ile ekibi aynı işletmede ve aynı sosyal denetimi tekrar gerçekleştirdiler. Bu defa durum farklıydı çünkü görüşme yaptıkları alt işveren çalışanları son derece mutsuz görünüyorlardı. Alt işveren çalışanlarının personel devir oranı son derece yüksekti ve neredeyse her hafta birileri işten ayrılıyordu. Mesleki merakı ile kişisel merakını birleştiren Elif O, yemek yedikleri bir esnada Lione insan kaynakları müdürü Nur Y'ye *"geçen denetime kıyasla alt işveren çalışanlarının gayet mutsuz ve yılgın olduklarını fark ettim, turnover da bayağı yükselmiş, nedeni hakkında bir fikriniz var mı"* diye sordu. Mesleki pozisyonu gereği pot kırmaktan ve denetim puanını düşürmekten çekinen Nur Y, *"anlamlandıramadık ancak turnover olduğu gözle görülüyor, dönemsel olabilir"* diyerek geçiştirdi. İkna olmayan Elif O konuyu araştırmaya karar verdi ve aynı soruyu bir önceki denetimde de görüşme gerçekleştirdiği kıdemli alt işveren çalışanı Nuray Ü'ye yöneltti. Nuray Ü'nün cevabı konuyu özetliyordu.

"Geçen sene yeni bir müdür geldi. Her cümleye "tasarruf etmemiz gerekiyor" diye başlıyordu ve bu tasarruflar en çok bizi etkiledi. Önce servis araçlarımız ayrıldı. Kadrolular aynı firma ve aynı araçlarla gelip gitmeye devam ediyorlar ama bizim servis firması değişti. Arabaları eski, klimaları çalışmıyor falan... İş kıyafetlerimizin kalitesi de düştü, soğuk hava deposunda giydiğimiz eski montlardan daha ince montlar geldi mesela ve daha rahatsız ayakkabılar... Kadrolularda bir değişiklik olmadı. Soyunma odalarımızı da ayırdılar ve bütün eski dolapları bizim odaya koydular. Ramazan kolisini sadece kadrolulara verdiler. Fabrikanın bahar pikniği ile yılbaşı yemeğine de çağırmadılar bizi... Bu benim de arkadaşlarımda da çok zoruna gitti."

Lione Süt'ün sosyal denetim sonunda aldığı puan önceki denetim puanından düşük oldu ve bunun tek nedeni alt işveren çalışanlarıydı.

Sorular

- *Çalışanların motivasyonlarını ve aidiyetlerini etkileyen en önemli unsur her şartta ücretler ve yan haklar mıdır?*
- *Tesisinizdeki alt işveren çalışanları hangi ayrımcılıklarla karşılaşılıyor olabilirler?*
- *Lione yönetimi, bir sonraki denetime kadar bu sorunları çözmek ve denetim puanını artırmak için neler yapabilir?*

5- Alt işveren denetim mekanizması

Uygulama sahasında yaygın olarak görürüz ki, bir kısım asıl işverenler, sözleşme ile tüm sorumluluktan kurtulduklarını düşünürler ve alt işveren firmanın çalışanlarının haklarını karşılayıp karşılamadığı ile ilgilenmezler. Bir kısım asıl işverenler ise yüzeysel bir denetimde bulunarak maaş, prim ve fazla çalışma ödemeleri gibi güncel ve periyodik konularda sınırlı kontrollerde bulunurlar. Fakat bir çalışanın hafta tatili, yıllık izin, bireysel emeklilik (BES) kesintisi veya icra ödemesi gibi zamanla biriken hakları ve yasal kesintileri vardır. Ayrıca bir çalışan grubundan verim alabilmek için performans takibi, kalite analizi, gelişim raporlaması gibi birçok süregelen değişkenin bir denetim mekanizması kapsamında takibine ihtiyaç duyulmaktadır. Gerek müteselsil sorumluluk ilkesinin asıl işvereni alt işverenin bütün çalışanlarının hak kaybından sorumlu tutması, gerekse verimli çalışma ortamının tesis edilebilmesi için, alt işverenin kapsamlı bir denetim mekanizması altına alınması

elzemdir.

Örnek olay

Alt işverenlik ilişkisi kapsamında 80 personelin çalıştığı Vargas Alkollü İçecekler, alt işveren firmayı denetlemek amacıyla bir denetim mekanizması oluşturdu ve her ay düzenli olarak maaş ve SGK primi ödemelerinin yapılıp yapılmadığını kontrol etti. Sistem sorunsuz işliyordu, alt işveren tüm ödemeleri zamanında ve eksiksiz gerçekleştiriyordu. İlişkinin yedinci yılında Vargas farklı bir alt işveren firma ile yola devam etme kararı aldı. Alt işverene yasal tebliğde bulunarak sözleşme gereği alt işverenin karşılaması gereken ihbar tazminatları, kıdem tazminatları ve yıllık izinler gibi ödemelerin yapılmasını ve alt işveren çalışanlarının iş akitlerinin sonlandırılmasını istedi. Alt işveren firma ise bu fesih işleminin haklı bir nedene dayanmadığını iddia ederek bu ödemeleri yapmayı reddetti. Tüm personellerinin iş akitlerini sonlandırdı, yıllık izinlerini kullandırmadı, ihbar tazminatlarını ve kıdem tazminatlarını ödemedi. Çalışanlar konuyu mahkemeye taşıdılar ve haklarının tahsil edilmesini istediler. Yasal süreç sonunda Vargas, kullanılmamış yıllık izinler, ihbar tazminatları ve kıdem tazminatları karşılığı olarak toplam 600 brüt ücret tutarında ödeme yapmak zorunda kaldı.

Sorular

- *Bu olayın yaşanmasına sebep olan ihmaller nelerdir?*
- *Böyle bir senaryo ile karşılaşmamak için ne tür önlemler alınabilir?*
- *Sağlıklı bir alt işveren denetim mekanizması, hangi denetim unsurlarını içermelidir?*

6- Alt işverenlerin desteklenmemesi

Çoğu alt işverenlik ilişkisinde görülen bir başka sakıncalı durum ise, alt işverenlerin asıl işverenler tarafından desteklenmemesidir. İstisnalar dışında çoğu işletme, alt işverenlere işi yükledikten sonra sıradan bir tedarikçi gibi muamele etmektedir. Bu tutum son derece yanlıştır çünkü alt işveren sıradan bir tedarikçi değil, sürekli çevrimiçi kalması gereken kapsamlı bir çözüm ortağıdır. Sıradan bir tedarikçi olarak konumlandırılan işletmelerde alt işverenler, gelişim programları, eğitimler, ödüllendirmeler veya sosyal aktiviteler gibi etkinliklerin dışında tutulmakta, bu nedenle gelişimleri sınırlanmakta ve motivasyonları erozyona uğramaktadır.

Örnek olay

Alt işverenlik ilişkisi kapsamında 70 çalışanı olan Berrak Maya, yerel bir alt işveren ile çalışan kurumsal bir firmaydı. Alt işverenlik ilişkisi yedi çalışan ile başlamıştı ancak zamanla genişleyerek 70 çalışan sayısına ulaşmıştı. Berrak Maya kendi çalışanları için çeşitli eğitim ve gelişim programları düzenliyordu ancak alt işveren temsilcilerini bu programlara dâhil etmiyordu. Bu durum ise asıl işveren temsilcileri ile alt işveren temsilcileri arasındaki gelişim farkının açılmasına neden olarak birbirlerini anlamalarını zorlaştırıyordu. Süreç geliştirme, stratejik planlama, zaman yönetimi, ekip çalışmasında verimlilik, kalite odaklı üretim, ilişki yönetimi gibi onlarca farklı eğitime katılan asıl işveren profesyonellerinin iş yapış modelleri ve beklentileri değişiyordu ancak aynı gelişimi gösteremeyen alt işveren bu beklentilere uyum sağlayabilecek alt yapıya erişemiyordu. Birkaç yıl sonra bu durum aynı dili konuşamamaları ve aynı hedefleri paylaşamamaları gibi birçok farklı soruna yol açmaya başladı. Bu anlaşmazlıkları çatışmalar izledi. Alt işveren

yetersiz bulunuyordu ve değişim gerekiyordu.

Figen P, alt işverenlik ilişkisi sallantıda olan Berrak Maya'ya yeni insan kaynakları müdürü olarak atandı. İlk iş olarak çalışan ve tedarikçi memnuniyeti analizi çalışmalarını başlattı ve alt işveren ile yaşanan bu sorunu tespit etti. Figen P'nin önceki işyerinde alt işverenle çalışma deneyimi vardı ve konuyu nasıl ele alması gerektiğini biliyordu. Hem alt işveren firma temsilcisi hem de şikâyetçi Berrak Maya profesyonelleri ile görüşerek asıl sorunu tespit etti. Alt işveren kendi alanında uzman, iyi niyetli ve çözüm odaklıydı. Ancak eğitim programlarının dışında bırakıldığı için kurum içerisinde kendini geliştirme alanı bulamıyordu ve gelişen kurum kültürünü deneyimleme fırsatına erişemiyordu. Yönetime bir rapor sunarak alt işveren firmanın değiştirilmesi seçeneğinin bir yıl ertelenmesini ve alt işveren temsilcilerinin kurum içi eğitimlere katılımlarının sağlanmasını önerdi. Önerisi kabul edildi ve alt işverenin bir yıl içerisinde sergilediği gelişim neticesinde birlikte devam etme kararı alındı.

Sorular

- *Alt işveren bir kaynak mıdır yoksa masraf kalemi midir?*
- *İşletmenizdeki alt işveren profesyonellerini yeterince destekliyor musunuz?*
- *Alt işverenlerin kurum kültürüne adaptasyonu için hangi adımlar atılabilir?*

Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi için gerekli unsurlar

Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi, ihtiyacın tespiti aşamasından uygulama aşamasına kadar birçok unsurun, mevzuata ve ihtiyaca uygun biçimde bir araya getirilmesine bağlıdır. Uygulamada, yeterli istihbarat çalışması yapılmaması, mantıksızca düşük fiyat aranması, teklif maliyet tablolarının net olmaması, teminatsız ihale süreci yönetimi gibi yüzlerce detay ile karşılaşılması kaçınılmazdır. Ancak başlıca gereksinimleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Alt işverenlik ihtiyacının neden, sonuç ve kapsam bağlamında detaylı olarak tespit edilmesi
- İhtiyaca uygun ve geniş kapsamlı bir teknik şartname hazırlanması
- Alt işveren seçme ve değerlendirme işlerinin bir komisyon eliyle yürütülmesi
- Sözleşmelerin bu günkü ihtiyaçlara, gelecekteki olası gelişmelere ve muhtemel risklere cevap verebilecek kapsamda hazırlanması
- Asıl işveren çalışanları ile alt işveren çalışanlarının çalışma şartları arasında ayrımcılık derecesinde farklılıklar bulunmaması
- Alt işverenin kapsamlı ve yetkin bir denetim mekanizmasına tâbi tutularak sürekli takip edilmesi
- Alt işveren firmanın ve çalışanlarının gelişimlerinin desteklenmesi

Bu gereksinimlerden herhangi birinin karşılanmamış olması, alt işverenlik ilişkisinin sağlıksız inşa edilmesine neden olacaktır ve her sağlık sorununun zaman içerisinde ayyuka çıkarak rahatsızlık vermesi kaçınılmazdır.

DOKUZUNCU BÖLÜM

ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNDE OLMAZSA OLMAZLAR

Alt işverenlik sözleşmesinde olmazsa olmazlar

Alt işverenlik sözleşmesi nedir?

Alt işverenlik sözleşmesi, asıl işveren ile alt işveren arasındaki çalışma koşullarını belirleyen ana sözleşmedir. Alt işverenin sunacağı hizmetlerin, asıl işverenin bu hizmetler karşılığındaki taahhütlerinin ve sözleşme kapsamında çalışacak personellerin tüm hak ve yükümlülükleri alt işverenlik sözleşmesinde yer alır. Doğru yapılandırılmış bir alt işverenlik sözleşmesi, sağlıklı bir asıl işveren ve alt işveren ilişkisi için olmazsa olmazdır.

Alt işverenlik ilişkilerinin her geçen gün daha da arttığı günümüzde, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin içerdiği bilinmezlikler, çalışma hayatımızın en büyük açmazlarından biridir. Bu açmazlar hem alt işverenlik sektörünün en büyük sorunu hem de asıl işverenler açısından en büyük risk faktörlerindendir. Doğru yapılandırılmamış asıl işveren ve alt işveren ilişkilerinin temelinde, doğru yapılandırılmamış alt işverenlik sözleşmeleri olduğu ise aşikârdır. Bu noktada akla şu sorular gelmektedir.

- *Uygulamada sıklıkla karşılaşılan eksikler nelerdir?*
- *İdeal alt işverenlik sözleşmesi nasıl olmalıdır?*
- *Alt işverenlik sözleşmesinde hangi hususlar yer almalıdır?*

Alt işverenlik sözleşmelerinde sıklıkla yapılan hatalar

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan hatalar göz önünde bulundurulduğunda, alt işverenlik sözleşmesi bağlamındaki yetersizlikleri üç ana başlık altında toplayabiliriz. (1) Hukuki gereksinimlerin karşılanmaması, (2) teknik şartnamelerin yetersizliği ve (3) diğer

(gizli veya biriken) yükümlölüklerin doğru paylaşırılmması.

Alt işverenlik sözleşmesinin mevzuata uygunluğu

Alt işverenlik sözleşmesinin şekli şartları, Alt İşverenlik Yönetmeliğı'nin ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

“(1) Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır.

(2) Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.⁶⁹”

—

“(1) Alt işverenlik sözleşmesinde;

a) Asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi,

b) Asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliğı ya da tüzel kişiliğı olmayan kurum ve kuruluş olması hâlinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi,

c) İşyerinde yürütölen asıl işin ne olduğı,

ç) Alt işverene verilen işin ne olduğı,

d) Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletme-nin ve işin gereğı ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama,

69 Alt İşverenlik Yönetmeliğı / Madde 9

e) Taraflarca öngörülmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri,

f) Alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği,

g) Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı,

ğ) Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı,

h) Alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esasları,

ı) Asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası,

hususlarına yer verilir.

(2) Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.⁷⁰

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin bu tanımına göre alt işverenlik sözleşmesi yazılı olmalıdır ve aşağıdaki unsurları içermelidir:

- Tarafların unvanlarını ve adreslerini
- İşyerinde yürütülen asıl işin tanımını

- Alt işveren tarafından yürütülecek işin tanımını (asıl işin bir bölümü alt işverene veriliyor ise uzmanlık koşuluna dair teknik açıklamaları)
- İşin başlangıç ve bitiş tarihlerini
- Alt işverenin çalışmayı işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceğini
- *“Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı kanundan doğan tüm haklarından müteselsilen sorumlu olacağı”* ifadesini
- *“Daha önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işverene geçmeleri hâlinde haklarının kısıtlanamayacağı”* ifadesini
- Alt işverene verilen işlerin yürütülme esaslarını
- Asıl işveren ve alt işveren yetkililerinin imzalarını

Örnek olay

Çağdaş Karton yönetimi, fabrikada yürütülen lojistik işlerini alt işverene devir etme kararı aldı ve hukuk danışmanı Faruk R'den bir alt işverenlik sözleşmesi hazırlaması istendi. Faruk R'nin hazırladığı alt işverenlik sözleşmesi satın alma birimine gönderildi ve bu sözleşmeye binaen dört ayrı alt işverenden teklif talep edilmesi istendi. Satın alma uzmanı Ozan U dört ayrı alt işveren tespit etti ve sözleşmeyi ileterek teklif vermelerini istedi. Ancak dört alt işveren de teklif iletmek yerine birbirlerinden farklı sorularla dönüş yaptılar. Bir alt işverenin sorduğu soruyu diğeri sormayabiliyordu ve bu uyumsuzluk Ozan U'nun kafasını karıştırdı. Bu sorularda şu gibi hususlar yer alıyordu:

- *İşin icrasında forklift, lift veya reach truck gibi hangi taşımacılık cihazları kullanılacak?*
- *Kullanılacak cihazların mülkiyetleri ve bakımları kimin sorumluluğunda olacak?*
- *Depo yönetiminde hangi yazılım kullanılacak ve yazılım maliyeti kimin tarafından karşılanacak?*

Ozan U bu ve benzeri soruları ilgili Çağdaş Karton profesyonellerine yöneltti ve aldığı cevapları alt işverenlere iletti. Seçilen iki firma fabrikada görüşmeye davet edildi, çalışma alanı gösterildi ve beklentiler aktarıldı. Alt işverenler bu defa aşağıda listelenen başka talepler yönelttiler.

- Raf sistemlerini ve yolları da içeren teknik depo çizimleri
- Dizel ve şarjlı forklitlerin teknik dokümanları
- Depolara ait risk analizleri ...

Sorular yine ilgili birimlere iletildi ancak birçok cevabın Çağdaş Karton tarafından da bilinmediği ortaya çıktı. Teknik dokümanların eksik olduğu tespit edildi ve risk analizlerinin yapılmadığı görüldü. Eksiklerin tamamlanması, sözleşmenin revize edilmesi ve teklif alınabilecek seviyeye gelinebilmesi tam 55 gün sürdü. Teklifler alındı ve satın alma görüşmeleri başladı. Bu aşamada ise yeni sorular doğdu.

- *Yıllık izin veya resmi tatil günlerinde ikame personel talebi var mı?*
- *Faturalar hangi tarihte düzenlenecek ve hangi tarihte*

ödenecek?

- *Alt işveren çalışanları ile asıl işveren çalışanları arasındaki dengeyi gözetmek amacıyla, fabrikada uygulanan maaş politikası nedir?*

Sorular

- *Sürecin bu kadar uzun sürmesine neden olan hatalar nelerdir?*
- *Bir alt işverenlik sözleşmesi hangi teknik unsurları içermelidir?*
- *Mevcut alt işverenlik sözleşmeniz, gerçek ilişkinizi tanımlayabilecek ve olası anlaşmazlıklarda rehber vazifesi görebilecek yeterliliğe sahip mi?*

Mevzuat her ne kadar alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususları belirtmiş olsa da bu hususlar esasen asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin şartlarını değil, bu ilişkinin mevzuata uyumlanmasının şekil ve şartlarını içermektedir. Bu nedenle, sadece mevzuatın gerektirdiği şartları taşıyan sözleşmeler uygulamada fazlasıyla yetersiz kalmaktadır. Sağlıklı bir alt işverenlik sözleşmesinin, mevzuatın emrettiği unsurların dışında, birçok farklı hususu da içermesi gerekmektedir.

Alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar

Alt işverenlik ilişkisi son derece girift, karmaşık ve genellikle uzun vadeli bir ilişkidir. Amatör bir bakış bu ilişkiyi; alt işverenin hangi görevleri üstleneceği ve asıl işverenin bu görevler karşılığında hangi bedelleri ödeyeceği kapsamında yüzeysel olarak yorumlayabilir. Aynı bakış, bu ilişkinin resmi belgesi olan alt işverenlik sözleşmesinin de alacak verecek ilişkisini düzenleyen matbu evrak

şeklinde son derece sığ biçimde tanımlanmasına neden olacaktır. Ancak bu tanım sadece alt işverenlik ilişkisinin kurulması aşamasını tanımlayan ve işin yapılış biçimini görmezden gelen hatalı bir tanım olacaktır. Bir işin icra edilmesinin birçok farklı aşaması ve sürdürülebilir bir ilişki inşa edebilmenin onlarca farklı gereksinimi vardır. Bu gereksinimleri fark etmek, tespit etmek, inşa etmek ve sürdürülebilir kılmak, derin ve kapsamlı uzmanlık gerektirir. Her işletmenin ihtiyacı, iş yapış biçimi, yönetim sistemi, insani ilişkileri, hukuki yapısı veya diğer gereksinimleri farklıdır ve her alt işverenlik sözleşmesi o işletmeye ve ilişkiye özel biçimde kurgulanmalıdır. Ancak genel bir bakışla yorumlamak gerekirse, bir alt işverenlik sözleşmesinin aşağıdaki hususları içermesi gerektiği söylenebilir.

- İşlerin hangi şekil, sıralama ve standartlar dâhilinde gerçekleştirileceği
- Fatura edilecek maliyetlerin açıklamalı tabloları
- Faturaların oluşturulma ve ödeme tarihleri
- Alt işveren firmanın personellerine maaş ödeme tarihleri
- Alt işveren personellerinin özlük, yönetim ve denetim işlerinin kimin tarafından yürütüleceği
- Resmi tatillerde ikame çalışmaların durumu ve bu çalışma maliyetlerinin kimin tarafından karşılanacağı
- Yıllık izinlerde ikame çalışmaların durumu ve bu çalışma maliyetlerinin kimin tarafından karşılanacağı
- Fazla çalışmaların durumu ve nasıl faturalandırılacağı

- Kıdem, ihbar veya olası diğer tazminatların kimin tarafından karşılanacağı
- Yemek, servis, iş kıyafeti ve diğer ekipmanların standartları ile kimin tarafından karşılanacağı
- İşyeri hekimi, sağlık personeli, iş güvenliği uzmanı gibi maliyetlerin kimin tarafından karşılanacağı
- Alt işveren personellerine yıl içinde yakacak, bayram, giyecek gibi yardımların durumu ve kimin tarafından karşılanacağı
- Alt işveren personellerinin izin, rapor, devamsızlık ve disiplinlik durumlarında izlenecek yöntemler
- İş kazası prosedürleri ve acil durumlarda tarafların sorumlulukları
- İşten ayrılan personellerin yerine ne kadar sürede personel temin edileceği
- Ek personel taleplerinde ne kadar sürede ve kaç personel temin edilmesi gerektiği
- Talep edilen kalite ve yetki belgeleri
- Sözleşmeye aykırı davranışların cezai müeyyideleri
- Anlaşmazlıkların çözümünde yetkili makamlar

Bir alt işverenlik sözleşmesinin sadece hukuki gereksinimleri karşılaması yeterli değildir. Hukuk, satın alma, finans, teknik, kalite, insan kaynakları, planlama gibi birçok farklı gereksinimin şekil ve şartları göz önünde bulundurularak sözleşmeye eklenmelidir.

Bu özelliği nedeniyle bir alt işverenlik sözleşmesinin, tek bir hukuk müşaviri tarafından hazırlanması yanlış bir yöntemdir. Doğru yöntem, sözleşme konusu işin etki edeceği tüm tarafların beklentilerini tespit etmek ve sözleşmeye eklemektir.

Bu bölümde paylaşılan bilgilerden de anlaşılacağı üzere, alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin detaylarını belirleyen şartlar, Alt İşverenlik Yönetmeliği şartlarından oldukça farklıdır. Yönetmelik şartları elbette esasen doğrudur, hatta hukuki geçerlilik şartıdır. Ancak makul sözleşmenin taşınması gereken özellikler sektörden sektöre ve yapıdan yapıya farklı parametreler içerecektir. Bu nedenle hazır formatta bir alt işverenlik sözleşmesi aramak yerine, geniş katılımlı bir komisyon eliyle, tüm tarafların beklentilerini tespit ederek kendi alt işverenlik sözleşmenizi oluşturmanız en doğru yöntemdir.

ONUNCU BÖLÜM

ALT İŞVEREN SEÇİMİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN UNSURLAR

Alt işveren seçiminde dikkat edilmesi gereken unsurlar

Bu unsurları, “güven, geçmiş, referans, istihdam gücü, teknik bilgi ve yeterlilik” şeklinde kabaca beş ayrı başlıkta ele alabiliriz.

1- Güven

Kanaatimce, bazı kavramların yüzdesi olmaz ve güven de bu kavramlardan biridir. “Sana yüzde 99 güveniyorum” ifadesi kimseyi memnun etmez, aksine işkillendirir. Günümüzde alt işverenlerin gerçekleştirdiği hemen tüm işlemler, kanunen asıl işverenin müteselsil sorumluluğunda gerçekleşmektedir. Bu durum asıl işvereni alt işverenin yaptığı birçok işlemin kefil konumuna getirir ve büyük bir tehdit kapısını aralar. Diğer bir ifade ile, asıl işveren alt işverene imza yetkisi vererek “asıl işveren adına personel alma, çalışmalarını hesaplama, maaşlarını, mesailerini, sigortalarını ödeme, yıllık izinlerini kullandırma, ihbar sürelerini ve kanundan doğan tüm haklarını takip etme, izin isterse izin verme, disiplin suçu işlerse ihtarname çekme, gerekirse işten çıkarma” yetkileri tanımış olmaktadır. Bu kapsamlı yetki kesinlikle güvenilir bir firma ile paylaşılmalı, geçmişini bilinmeyen veya şaibeli bir firmayla katıyetle iş birliğine gidilmemelidir.

2- Geçmiş

Arkamızda bıraktığımız izler, hangi yoldan gittiğimizin göstergeleridir. Alt işveren firmaların içerisinde hiç de azımsanmayacak sayıda art niyetli firmalar bulunmaktadır. Bu firmaların ortak yöntemi; bir ihaleyi ne şartla olursa olsun bir veya birkaç yıllığına almak, işin ifası için gereken malzemelerden kısmak, mesai çalışması yaptırıp bedelini ödememek, kanuni ödemeleri gerçekleştirmemek

veya eksik gerçekleştirmek, işten ayrılışlarda kıdem, ihbar ve yıllık izin gibi birikmiş ödemeleri yapmayarak şirket kârını maksimize etmeye çalışmaktır. Bunun bir yansıması olarak da bu tarz firmaların arkalarında hem kurumlar hem de mahkemeler nezdinde aleyhlerine açılmış onlarca hatta yüzlerce tazminat ve işe iade davası bulunur. Bu tür firmalar genellikle dört beş senede bir iflas ilan edip yeni isimlerle faaliyetlerine devam ederler. Alt işveren firma seçerken ciddi bir istihbarat çalışması yapılmalı, kurumlardan (SGK, İŞKUR, Vergi Dairesi vb.) ve bankalardan, firma ve kurucuları hakkında bilgi istenmeli, haklarında açılmış davalar olup olmadığı ve bu davaların içerikleri kontrol edilmelidir.

3- Referans

Ciddi insanlar (veya firmalar) ciddi insanlarla (veya firmalarla) çalışırlar. Özellikle çalıştıkları firmalarla uzun süreli ilişkileri olan alt işverenlerin tercih edilmesinde fayda vardır. Bunun nedeni ise şudur: Alt işveren firmalar genellikle birer (veya birkaç) yıllık sözleşmeler ile çalışırlar. Bir alt işveren firmanın herhangi bir işyeri ile uzun süreli çalışmalar yapmış olması, o alt işverenden memnun olunduğu ve bu sebeple de sözleşmesinin uzatıldığı anlamına gelir. Memnun olunmazsa sözleşme uzatılmaz ve iş başka bir alt işverene devir olur. Yani, alt işverenlik söz konusu olduğunda referans kelimesine doğru bakış *“hangi firmalar ile çalışıldığı”* değil, *“hangi firmalar ile, ne kadar süre çalışıldığı”* şeklinde olmalıdır.

4- İstihdam Gücü

Hazır olmak ile hazırlanmak çok farklı kavramlardır. Bir alt işveren firmanın öncelikli görevi, istihdam sağlamak ve sürdürülebilir verimlilik arz etmektir. Bunu ise sözleşme konusu işe uygun sayı ve

vasıflarda personel istihdam etmek, verimsiz personelleri verimli-
ler ile değiştirmek ve ayrılan personellerin yerine derhâl yeni per-
soneller temin etmek yolu ile gerçekleştirir. Bu işlemlerin sağlıklı
yürütülebilmesi için alt işveren firmanın ciddi bir istihdam gücüne
sahip olması gerekir. Bu istihdam gücü sayesinde istenilen sayı ve
vasıflarda personel hızlıca temin edilebilir veya ek ihtiyaçlara hızlı
çözümler geliştirilebilir. İstihdam gücü olmayan alt işveren firma-
ların personel temininde sıkıntılar yaşaması sıklıkla karşılaşılan
bir durumdur. Bu durum personel sayısı, iş gücü vasfı ve kalitesi
anlamında sıkıntı yaşanmasına ve doğal olarak verim düşüklüğü-
ne neden olmaktadır. Bu nedenlerle, alt işveren firma seçiminde
istihdam gücünün muhakkak göz önünde bulundurulması gerekir.

5- Teknik Bilgi ve Yeterlilik

Yapabilmek için bilmek gerekir. Alt işveren firmalar doğaları
gereği insan kaynakları departmanları gibi çalışırlar. Alt işverenle-
rin en çok yaptıkları işlemler personel temini, giriş çıkış işlemleri
ve personellerin çalıştıkları süre boyunca tüm hukuki işlemlerinin
(izin, devamsızlık, vukuat⁷¹, iş kazası, hafta tatili, yıllık izin, kıdem,
ihbar, iş sağlığı ve güvenliği gibi) yürütülmesidir. Dolayısıyla alt iş-
veren firmaların kadrolarında insan kaynakları, iş hukuku ve diğer
(iş sağlığı, iş güvenliği, yönetim, denetim, planlama gibi) konularda
uzman profesyoneller bulunmalıdır. Unutulmamalıdır ki; alt işve-
renin yaptığı her işlemden asıl işveren de müteselsilen sorumludur.

Alt işveren seçiminde sıklıkla yapılan hatalar

Bu hataları kabaca dört ayrı başlıkta ele alabiliriz.

71 İstenmeyen olay veya eylem

1- İstihbarat çalışması yapılmaması

Alt işverenlik sektörü ülkemizde özellikle 2000’li yılların başlarında hızlı ve sağlıklı bir gelişim göstermiş ve o zamandan gelen sorunların birçoğu hâlâ çözüme kavuşturulamamıştır. Günümüzde çoğu meslek adaylarının meslek belgesi alabilmek için tâbi tutuldukları kurs ve sınavlar göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir sektörel kriteri, kuruluş şartı, sermaye sınırı, meslek örgütü vb. olmayan alt işverenlik sektörünün art niyetli kişiler için ne kadar uygun ancak iyi niyetli kişiler için ne kadar uygunsuz bir zemin üzerine inşa edildiği daha net anlaşılacaktır. Sağlıklı zeminde sağlıklı bina olmayacağı ise muhakkaktır.

Bu nedenle, iş birliği planlanan alt işveren firmanın geçmişi hakkında detaylı araştırma yapılması kritik önemdedir. Aksi takdirde art niyetli veya yetersiz firmalar tespit edilemez ve her sorun bizzat yaşanılarak öğrenilir.

2- Sürekli ve mantıksızca daha düşük fiyat arayışı

Rekabet çağında olduğumuz da, maliyet kontrolünün yaşamsal önemde olduğu da doğrudur. Her hizmeti daha iktisadi şartlarla edinmek her kişinin ve işletmenin arzusudur. Fakat alt işverenlik söz konusu olduğunda bu iktisadi bakışın makul derecesini aşmak, çok büyük tehditler doğurduğu gibi, en iktisadi hizmetleri ansızın astarı yüzünden pahalı hâle getirebilir.

Alt işverenlik firmalarının ana giderleri işçilik ve kanuni ödemelerdir. Yani; asıl işverenler alt işverenlerin o işyerinden ne kadar gelir elde edeceğini rahatlıkla saptayabilirler. Fakat bir de diğer giderler vardır ki, alt işveren firmanın hizmet kalitesini, istihdam ve

yönetim gücünü belirler. Bünyelerinde uzman personeller (insan kaynakları, hukuk, iş güvenliği, muhasebe vb.) bulunduran alt işverenlerin hizmet maliyetleri diğerlerinden yüksektir. Ayrıca, istihdam gücü oluşturmak için merkezi konumda bir ofis seçilmesinin veya tanıtım mecralarına düzenli olarak personel ilanları verilmesinin görünmez maliyetleri vardır. Yani; uzmanlık ve istihdam gücü, maliyetleri artırır. Alt işveren seçiminde bu hususların da dikkate alınması ve uzmanlığın maliyetine saygı duyulması son derece önemlidir.

3- Teknik Şartname yetersizliği

Bu başlığa ilgili bölümde⁷² değinilmiş olmasına rağmen bu bölümde de altını çizme gereği hasıl olmuştur.

Alt işveren firmalar tekliflerini hazırlarken bazı hususlarda bilgiler talep ederler veya etmelidirler. Bu bilgiler direkt olarak hizmetin şekline ve maliyetine etki edeceğinden oldukça önemlidir. Örneğin: Servis, yemek, iş kıyafetleri gibi gereksinimler kim tarafından karşılanacak? İş sağlığı ve güvenliği maliyetlerinin hesaplanmasında ihtiyaç duyulan işyeri tehlike sınıfı nedir? Hizmetin ifasında kullanılacak olan alet, makina, sarf malzemeleri vb. nelerdir, bunların talep edilen standartları var mıdır? Örnekler çoğaltılabilir.

Üzülerek ifade etmem gerekir ki; çoğu sektörünün lider firmaları olan birçok asıl işveren firmayla bu tür görüşmeleri yıllardır yapan biri olarak, birkaç istisnai durum dışında özenle hazırlanmış yeterli bir teknik şartnameye rastlamadım. Teknik şartname, yapılacak işin niteliğine göre bir işin ne şekilde yapılacağı, hangi malzemelerin kullanılacağı, hangi işin hangi saat aralıklarında

72 Bakınız sayfa 106 - Teknik şartnamelerin yetersizliği

bitirileceği, ne tür makinalar veya ekipmanlar gerektiği gibi bütün hizmet şartlarını içermeli ve işin büyüklüğüne bakılmaksızın istisnasız her iş için hazırlanmalıdır. Bu sayede alt işveren firmalar ihtiyaç duyulan hizmetin detaylarına hâkim olabilirler, maliyetlerini doğru hesaplayabilirler ve muallakta olan konularda tahminler yürüterek risk almak ve aldıkları risklerin maliyetlerini henüz oluşmadan asıl işverene yansıtmak zorunda kalmazlar.

4- Teklif ve hizmet süreçlerinde Maliyet Tablolarının net olmaması

Asıl işveren firmaların en büyük hatalarından birisi de *“içeriği netleştirilmemiş anahtar teslim hizmet”* yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda olan asıl işverenler sadece bir hizmet alacaklarını ve bu hizmet karşılığı olarak alt işveren firmaya belirlenen oranda ödeme yapacaklarını bilirler. Bu durumda personele yapılacak ödemeler, kanuni ödemeler ve diğer maliyet kalemleri konusunda herhangi bir bilgileri olmaz. Lakin, bilmediğimiz bir şeyi denetleyemeyeceğimiz aşikârdır.

Alt işverenlerden teklif alınırken teklifi oluşturan bütün unsurların ayrı ayrı talep edilmesi hatta teklif formatının asıl işveren tarafından oluşturularak her adaydan aynı formatta teklifler alınması en doğru yöntemdir. Böylece alt işveren firmanın teklif ettiği toplam tutarın hangi bileşenlerden oluştuğunu görmek mümkün olur ve eklenmemiş veya mantıksızca eklenmiş maliyet kalemlerini tespit etme fırsatı doğar. Bu yöntem, personelin alacağı net ücret, yapılacak kanuni ödemeler ve diğer gider kalemlerinin tümü için hesaplanan tutarları ayrı ayrı bilme ve denetleme imkânı sunar. Teklifte yer alan her maliyet kalemi aynı zamanda alt işverenin ödemeyi taahhüt ettiği kalemler anlamına da geldiğinden, olası

anlaşmazlıklarda ödetme edimini yerine getirmekte de yardımcı olacaktır. Tekliflerin değeriendirilmesi aşamasında elma ile elmayı kıyaslama olanağı sunması da işleri oldukça pratikleştirecektir.

Özet

Alt işverenlik ilişkileri çağımızın yaygın ve olmazsa olmaz ittifak biçimlerinden biridir. Her işin uzmanı tarafından icra edilmesine olanak verdiğinden oldukça etkin bir yöntemdir ve çoğu başarılı şirket hikâyesinin arka planında yer alan önemli bir destek unsurudur. Başarılı alt işverenlik ilişkisinin, gerek bu kitapta yer verilen gerekse yer verilemeyen çok sayıda faydası mevcuttur. Ancak sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi son derece büyük zararlara neden olabilir. Bunun nedeni alt işverenlik ilişkisinin son derece girift bir ilişki türü olması ve doğası gereği birçok risk faktörü barındırmasıdır.

Alt işverenlik ilişkisi metaforik anlamda evlilik ilişkisine benzer. Sadece sözleşmenin iki tarafını değil, (çocuklar, aileler, akrabalar gibi) çok sayıda tarafı direkt yahut endirekt biçimde etkiler. Tarafların müteselsil sorumlulukları vardır ve eşlerden biri kredi ile borçlanmak istediğinde diğerrinin de rızası aranır. Tek sorumluluk evlilik sözleşmesinin taraflarına karşı da değildir, aksine bu ilişkiden etkilenen tüm taraflara karşıdır. Evlilik ilişkisi bir gün bitebilir ancak sözleşmenin sona ermesi bağlayıcılığını sona erdirmez. Çocukların bakımı, nafaka gibi zaman aşımından müstesna yükümlülükler hayat boyu devam eder.

Alt işveren, asıl işveren adına işçi çalıştırır, vergi öder ve çeşitli şekillerde borçlanır. Asıl işverenin uygulama sahalarında, asıl işverene ait makinelerle ve asıl işverenin ekibiyle iş birliği içinde çalışır. Müteselsil sorumluluk ilkesi gereği bir asıl işveren, alt işverenin o ilişkiden doğan tüm faaliyetlerinden sorumludur. Bu sorumluluk alt işvereni birçok alanda, asıl işverenin imza sirküleri sahibi gibi bir konuma yerleştirir. Bu nedenle alt işverenlik ilişkisi kurulmadan önce kapsamlı araştırmalar yapılmalı ve birçok farklı alanda

uzman görüşlerine başvurulmalıdır.

Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi inşa edebilmek için tüm süreç sistemli olarak ele alınmalı, gerekli kavramlar anlaşılmalı ve aşağıdaki gereksinimler asgari düzeyde de olsa karşılanmalıdır.

- Alt işverenlik ilişkisi kurma nedenleri anlaşılmalı ve kurumunuza özgü ihtiyaç saptanmalı
- Müteahhit, taşeron ve alt işveren kavramları anlaşılmalı ve ihtiyacınıza özgü ilişki türü saptanmalı
- Asıl işveren ile alt işveren kavramları anlaşılmalı ve kurumunuza özgü iş modelindeki pozisyonunuz saptanmalı
- Asıl iş ile yardımcı iş kavramları anlaşılmalı ve kurumunuzdaki işlerin hangilerinin alt işverene devir edilebilir veya devir edilemez olduğu saptanmalı
- Mevzuatın asıl işverene yüklediği sorumluluklar anlaşılmalı ve kurumunuza özgü risk unsurları saptanmalı
- Müteselsil sorumluluk kavramı anlaşılmalı ve alt işveren denetim mekanizmasında yer alması elzem hususlar saptanmalı
- Muvazaa kavramı anlaşılmalı, olası risk faktörleri saptanmalı ve risk bertaraf yöntemleri belirlenmeli
- Sağlıklı bir alt işverenlik ilişkisi kurmanın unsurları anlaşılmalı ve doğru yol haritası için uygun adımlar saptanmalı
- Alt işverenlik sözleşmesinde olmazsa olmaz unsurlar anlaşılmalı, etkin ve koruyucu sözleşmeler için gereksinimler saptanmalı

- Alt işveren seçiminde dikkat edilmesi gereken unsurlar anlaşılmalı ve olası yanlış tercihler sürecin henüz başında engellenmeli

Alt işverenlik ilişkisi karmaşık ve farklı disiplinleri içeren bir ilişki türüdür. Hukuk, satın alma, insan kaynakları, muhasebe, idari işler, kalite gibi birçok alanı kapsar ve bu disiplinlerin iş birliğini gerektirir. Tüm bu yetkinliklere kurum içerisindeki tek bir kişinin sahip olması mümkün değildir ve bu nedenle alt işverenlik konusu bir komisyon tarafından ele alınmalıdır. Aksi tutum yanlış tercihlerle ve uygulama sahasında sağlıklı çalışmayan iş birliklerine neden olacaktır.

EK - T.C. YARGITAY - 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2004/27242 - Karar No: 2005/3322 - Karar Tarihi:
07-02-2005

*Haksız Fesih - İşe iade talebi - Alt İşveren ve Taşeronluk İlişkisi
Feshin Son Çare Olması İlkesi*

ÖZET : Davacı işçi; iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur. Somut uyuşmazlıkta davalı S. Şirketinin diğer davalı Tic. A.Ş. yanında başka şirketlere de nakliye hizmeti verdiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, keza bu husus davalı tarafça da kabul edilmiştir. Davacının iş sözleşmesine son verilirken yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak ne gibi uygulamalar yapıldığının, davacıya konumuna uygun bir başka pozisyonda iş teklifi yapıp yapılmadığının ispat edilemediği, fesih son çare olmalıdır kriterine uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu arada iş sözleşmesinin taşeronluk ilişkisinin sona ermesi sebebiyle fesih edilmesi karşısında sendikal fesih olgusunun da ispatlanmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında davalı Şirketi aleyhine açılan davanın kabulüne karar vermek gerekir.

(4857 S. K. m. 8, 21)

Dava: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş

olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Davacı işçi; iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalılar; aralarındaki taşeronluk ilişkisinin 30.04.2004 tarihinde sona erdiğini, bu sebeple alt işveren Şirketi nezdinde çalışan işçilerin işine son verildiğini, asıl işveren işyerinde çalışanların tamamının sendikal olduklarını, toplu iş sözleşmesinin uygulandığını, feshin sendikal nedenle yapılmadığını, işine son verilen 46 işçinin asıl işveren işyerinde işe alındığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece; davacının iş sözleşmesinin davalılar arasında yıllardır yapıla gelen taşeron sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle fesih edildiği, taşeron işyerinde çalışan tüm işçilerin işine son verildiği, işyerinin kapandığı, feshin sendikal nedenle yapılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu, aralarında imzaladıkları taşeron sözleşmeleri ile bu ilişkilerini yıllar itibarıyla sürdürdükleri, son olarak 01.04.2003-30.04.2004 tarihleri arasında kapsayan sözleşmenin 16.04.2004 tarihi itibarıyla süresinin dolması gerekçe gösterilerek asıl işveren tarafından tek taraflı olarak fesih edildiği, bunun üzerine alt işverence çalışan tüm işçilerin işine son verildiği uyuşmazlık dışıdır.

Davalılar arasındaki taşeronluk sözleşmesinin sonlandırılması

dolayısıyla asıl işveren alt işveren ilişkisinin bitmesi sebebiyle davalı Tic. A.Ş. aleyhine açılan davanın reddi yönünde verilen karar isabetlidir.

Diğer davalı Şirketi aleyhine açılan davaya gelince; 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmeye ilişkin kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hâle gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin feshin konusunda keyfi kararları yargı denetimine tâbidir.

Öte yandan, işletmeye ilişkin kararla varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tâbi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta davalı Şirketinin diğer davalı Tic. A.Ş. yanında başka şirketlere de nakliye hizmeti verdiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, keza bu husus davalı tarafça da kabul edilmiştir. Davacının iş sözleşmesine son verilirken yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak ne gibi uygulamalar yapıldığının, davacıya konumuna uygun bir başka pozisyonda iş teklifi yapıp yapılmadığının ispat edilemediği, fesih son çare olmalıdır kriterine uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu arada iş sözleşmesinin taşeronluk ilişkisinin sona ermesi sebebiyle fesih edilmesi karşısında sendikal fesih olgusunun da ispatlanmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında davalı Şirketi aleyhine açılan davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle reddi yönünde hüküm tesisi hatalıdır.

Bu konudaki temyiz itirazları yerinde görülerek hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç:

1- İzmir 4. İş Mahkemesinin 15.9.2004 Tarih, 497 Esas, 662 Karar sayılı kararının bozularak ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- Davalı Tic. A.Ş. aleyhine açılan davanın REDDİNE,

3- Davalı Şirketi aleyhine açılan davanın kabulü ile işverence yapılan feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

4- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması hâlinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin dört aylık ücreti olarak belirlenmesine,

5- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması hâlinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, işe başlatılma hâlinde ödenen ihbar ve kıdem tazminatlarının bu alacaktan mahsubuna,

6- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

7- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarife göre 350 YTL vekalet ücretinin davalı Nakliyat Şirketinden alınıp davacıya verilmesine,

8- Davalı Tic. A.Ş. vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 350. YTL vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalı Tic. A.Ş.ye verilmesine,

9- Davacı tarafından yapılan 29.00 YTL yargılama giderinin davalı Şirketinden alınıp davacıya verilmesine, Davalı Tic. A.Ş. tarafından yapılan yargılama giderinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine,

10- Peşin alınan temyiz harcının istek hâlinde ilgiliye iadesine kesin olarak 07.02.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

EK - YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No: 2017/23154 – Karar No: 2019/14765 – Karar Tarihi: 02.07.2019

İŞÇİLİK ALACAKLARI (Dava Dışı Olan ve Davacı Vekilince Davacı Şirketçe Satın Alındığı Beyan Edilen Taraflarca da İtiraz Edilmeyen Enerji Şirketi İle Dava Dışı Şirket Arasında İmzalanan ve Dosyaya Sunulan Sözleşme Kapsamına Göre İhale Konusu İşin Anahtar Teslimi Baraj İnşaatı Yapımı İş Olduğu İhale Makamının ve Dolayısıyla Davalı Şirketin Asıl İşverenlik Sifatının Bulunmadığı Anlaşıldığından Bu Davalı Yönünden Davanın Husumetten Reddi Gereği)

FAZLAMESAİALACAĞI (Davacı Tarafından Dosyaya Sunulan Ücret Bordrolarına Göre 2011/Nisan Ayı Sonrası İtirazi Kayıt Bulunmayan Bordrolarda Fazla Mesai Ücreti Tahakkuku Bulunması Aksinin Yazılı Delil İle İspat Edilememesi Sebebiyle Bu Dönem İçin Fazla Mesaiye Karar Verilmemesi İsabetli İse de Davacının İmza İtirazı Üzerine Yapılan İmza İncelemesi Neticesinde Bordrolardaki İmzaların Davacıya Ait Olduğunun Tespit Edildiği Anlaşıldığından 2011 Yılı Nisan Ayı Öncesinde Anılan Bordroların Ait Olduğu Aylar Dışlanarak Kalan Süreler Yönünden Tanık Beyanlarına Göre Fazla Mesai Ücretinin Hesaplanacağı)

ALT İŞVEREN ÜST İŞVEREN İLİŞKİSİ (İşçilik Alacakları - Dava Dışı Olan ve Davacı Vekilince Davacı Şirketçe Satın Alındığı Beyan Edilen Taraflarca da İtiraz Edilmeyen Enerji Şirketi İle Dava Dışı Şirket Arasında İmzalanan ve Dosyaya Sunulan Sözleşme Kapsamına Göre İhale Konusu İşin Anahtar Teslimi Baraj İnşaatı Yapımı İş Olduğu İhale Makamının ve Dolayısıyla Davalı Şirketin

Asıl İşverenlik Sifatının Bulunmadığı Anlaşıldığından Bu Davalı Yönünden Davanın Husumetten Reddine Karar Verileceği)

4857/m.2/6,68

ÖZET : Dava, işçilik alacaklarına ilişkindir.

1-Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulup kurulmadığı noktasındadır. Dava dışı olan ve davacı vekilince davacı şirketçe satın alındığı beyan edilen taraflarca da itiraz edilmeyen Enerji Şirketi ile dava dışı şirket arasında imzalanan ve dosyaya sunulan sözleşme kapsamına göre, ihale konusu işin anahtar teslimi baraj inşaatı yapımı işi olduğu, ihale makamının ve dolayısıyla davalı Şirketin asıl işverenlik sıfatının bulunmadığı anlaşıldığından, bu davalı yönünden davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekir.

2-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Somut olayda, davacı tarafından dosyaya sunulan ücret bordrolarına göre 2011/Nisan ayı sonrası itirazı kayıt bulunmayan bordrolarda fazla mesai ücreti tahakkuku bulunması, aksinin yazılı delil ile ispat edilememesi sebebiyle bu dönem için fazla mesaiye karar verilmemesi isabetli ise de, davalı tarafından 2011 yılı Nisan ayı öncesi için sunulan 2009 yılı Eylül, Ekim, Kasım, Aralık, 2010 yılı Ocak, Şubat, Mart, Nisan ve Haziran ayları bordrolarında fazla mesai ücreti alacak satırlarının karşısında “yok” ibaresine yer verildiği, davacı tarafından bu bordroların itirazı kayıt konulmadan imzalandığı, davacının imza itirazı üzerine yapılan imza incelemesi neticesinde bordrolardaki imzaların davacıya ait olduğunun tespit edildiği anlaşıldığından, bu bordroların ait olduğu dönemlerde fazla mesainin bulunmadığı, imzalı ücret bordrolarının aksinin de tanık beyanı ile

ispat edilemeyeceği göz önünde bulundurularak, 2011 yılı Nisan ayı öncesinde anılan bordroların ait olduğu aylar dışlanarak, kalan süreler yönünden tanık beyanlarına göre fazla mesai ücreti hesaplanarak bir karar verilmesi gerekir.

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

KARAR : Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin asıl işveren ... enerji şirketi işyerinde diğer davalı şirket işçisi olarak 04/04/2009-26/01/2012 tarihleri arasında transmikser operatörü olarak net 1.280,00 TL ücretle çalıştığı, iş akdinin haksız olarak feshedildiği fazla mesai, hafta ve genel tatil çalışmasının bulunduğu iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai, hafta ve genel tatil ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalıların Cevabının Özeti:

Davalılar vekilleri davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemeye toplanan kanıtlar ve yapılan yargılama neticesinde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz: Karar davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe :

1-)Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

2-)Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulup kurulmadığı noktasındadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi 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 görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

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.

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

Alt işveren-asıl işveren arasındaki ilişki, niteliğine göre, eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanır. Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları

verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SGK primlerini yatırır.

Öncelikle asıl iş, yardımcı iş ve anahtar teslimi iş kavramları üzerinde durmak gerekir.

Asıl iş, mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir ve bu iş doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alır ve üretimin zorunlu unsurdur. Asıl işverenin faaliyet alanına göre belirlenir.

Yardımcı iş, 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. Anahtar teslimi işten bahsedilmesi için;

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin, Asıl işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşıması, İşyerindeki üretimle ilgisinin olmaması veya asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmaması, verilen işin asıl iş yada yardımcı iş niteliğinde olmayıp, başkaca bağımsız bir iş olması gerekir.

Burada önemli olan asıl işverene ait “iş” kavramının hangi iş olduğudur. Asıl işverene ait olan ve alt işverenin yapacağı iş, asıl işverenin ürettiği mal ve hizmet süreci içinde veya tamamlayıcı olmalıdır.

İşin bir bölümünde işçi çalıştırmayan, işin tamamını anahtar teslimi ve ihale yolu ile başkasına devreden ve işten elini çeken kişi asıl işveren olarak nitelendirilemez.

Görüldüğü gibi anahtar teslimi işte, işverenin asıl faaliyet alanı olan mal ve üretim alanı dışında bir yapım işi söz konusudur.

Bu anlamda asıl işverenin faaliyet alanı olmadığı ve devamlılık göstermediği sürece anahtar teslimi sureti ile verilen yapım ve inşaat işleri, mal ve hizmet üretimine ilişkin işler olarak kabul edilemez. Zira bir kişinin faaliyet alanı yapım ve inşaat işi ise bu zaten asıl iş kapsamında değerlendirilir. Asıl iş için ise mal ve hizmet üretim unsuru aranmaz.

Somut uyuşmazlıkta, cevap dilekçesi ekinde sunulan ana sözleşme ve faaliyet belgesinde davalı şirketin; “elektrik enerjisi üretmek amacıyla her türlü tesisi kurmak işletmeye almak, devralmak, kiralamak, kiraya vermek ve faaliyet konuları ile ilgili her türlü menkul ve gayrimenkul mal ve araç edinmek, bunları işletmek, satın almak, satmak ve kiralamak, borç vermek almak, ipatek tesis etmek v.s.” gibi enerji üretimiyle ilgili her türlü faaliyette bulunmak amacıyla kurulduğu belirtilmiştir. Cevap dilekçesi ekinde sunulan ihale sözleşmesi ile ... Projesi Yapım işinin, işveren ... Enerji Üretim ...ve Tic. A.Ş. tarafından yüklenici ...İnş. ve Tic. Ltd. Şti.’ne ihale edildiği, İşin konusunun “sözleşme hükümleri ve eklerinde yer alan şartname ve projelere uygun Feka I HES projesine ait regülatör, iletim kondüvisinin, enerji tünelinin, denge bacasının, cebri boru ve mesnetlerinin, santral binası ve şalt sahasının, şantiye tesisleri ve yollarının, şartnamelerde yer alan tüm işlerin tam ve amaca uygun ifa edilmesi” şeklinde gösterildiği görülmüştür.

Davalı ... Enerji Şirketi ile dava dışı ihale makamı ... Enerji Şirketi arasındaki ilişki yönünden davacı vekili “... Enerji Şirketinin ...Enerji Şirketi tarafından satın alındığı” beyan etmiş, davacı vekilinin beyanına taraflarca itiraz edilmemiştir.

Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, dava dışı olan ve davacı vekilince davacı şirketçe satın alındığı beyan edilen taraflarca da itiraz edilmeyen ... Enerji Şirketi ile dava dışı ... Ltd. Şti. arasında imzalanan ve dosyaya sunulan sözleşme kapsamına göre, ihale konusu

işin anahtar teslimi baraj inşaatı yapımı işi olduğu, ihale makamının ve dolayısıyla davalı ... Şirketinin asıl işverenlik sıfatının bulunmadığı anlaşıldığından, bu davalı yönünden davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde verilen karar hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

3-)Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilmeye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine girişi çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması hâlinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye

bordro imzalatılmadığı hâlde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dâhilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 Sayılı İş Kanununun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Somut olayda, davacı tarafından dosyaya sunulan ücret bordrolarına göre 2011/Nisan ayı sonrası itirazi kayıt bulunmayan bordrolarda fazla mesai ücreti tahakkuku bulunması, aksinin yazılı delil ile ispat edilememesi sebebiyle bu dönem için fazla mesaiye karar verilmesi isabetli ise de, davalı tarafından 2011 yılı Nisan ayı öncesi için sunulan 2009 yılı Eylül, Ekim, Kasım, Aralık, 2010 yılı Ocak, Şubat, Mart, Nisan ve Haziran ayları bordrolarında fazla mesai ücreti alacak satırlarının karşısında “yok” ibaresine yer verildiği, davacı tarafından bu bordroların itirazi kayıt konulmadan imzalandığı, davacının imza itirazı üzerine yapılan imza incelemesi neticesinde bordrolardaki imzaların davacıya ait olduğunun tespit edildiği anlaşıldığından, bu bordroların ait olduğu dönemlerde fazla mesainin bulunmadığı, imzalı ücret bordrolarının aksinin de tanık beyanı ile ispat edilemeyeceği göz önünde bulundurularak, 2011 yılı Nisan ayı öncesinde anılan bordroların ait olduğu aylar dışlanarak, kalan süreler yönünden tanık beyanlarına göre fazla mesai ücreti hesaplanarak bir karar verilmesi gerekir.

Mahkemece belirtilen hususlar gözetilmeden verilen karar hatalı

olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan sebeplerden BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek hâlinde ilgililere iadesine, 02.07.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EK - T.C. YARGITAY 10. Hukuk Dairesi

Esas No: 2005/14492 - Karar No: 2006/4826 - Karar Tarihi:
11-04-2006

**RÜCUAN TAZMİNAT DAVASI-İŞ KAZASI SONUCU ÖLEN
SİĞORTALI - ÇALIŞTIRAN İLE İŞ SAHİBİ ARASINDAKİ
İLİŞKİNİN NİTELİĞİ – İSTİSNA SÖZLEŞMESİ - ASIL
İŞVEREN TAŞERON İLİŞKİSİ - İSTİSNA SÖZLEŞMESİ VE
SORUMLULUĞUN YOKLUĞU**

ÖZET: Davalılardan M.E. H'nin, davaya konu iş kazasının olduğu binada sigortalı çalıştırmadığı, yazlık evin parke, saçak gibi ahşap işlerinin yapımını diğer davalı I.Y'ye verdiği, davalı I.Y ise işyerinde hazırladığı malzemeyi, işyerinden sigortalı olarak bildirdiği kazalı ile monte işini yaptığı, bu durumda, davalılar arasında asıl işveren-taşeron ilişkisi olmayıp, istisna sözleşmesine dayalı ilişki olduğu; davalı M.E. H'nin davaya konu iş kazasından dolayı sorumluluğu bulunmamakta olup, hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekir.

(506 S. K. m. 87)

Dava: Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rucüen ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır. Hükmün, taraflar Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Tetkik Hâkimi A. Eser tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okundu. Temyiz konusu hükme ilişkin dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hâllerden hiçbirine uymadığından, Yargıtay incelemesinin

duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

Karar: 1- Davacı Kurum vekilinin temyiz itirazları yönünden;

Bilindiği gibi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesi gereğince iş mahkemesinin nihai kararları tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz olunabilir. İncelenen davada davalı Kurum vekilinin yüzüne karşı 05.04.2005 tarihinde tefhim edilmiş, temyiz ise, yasal sekiz günlük süre geçtikten sonra 02.12.2005 tarihinde gerçekleşmiştir. O hâlde 01.06.1990 gün ve 1989/3 E. 1990/4 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da göz önünde bulundularak temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekmektedir.

2- Davalılardan İ.Y. vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi gerekir.

3- Davalılardan M.E.H vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Davalılardan M.E.H, satın aldığı yazlık evin parke, saçak gibi ahşap işlerinin yapımını diğer davalı İ.Y'ye vermiş, davalı İ. Yılmaz ise işyerinde hazırladığı malzemeyi, işyerinden sigortalı olarak bildirdiği kazalı ile monte işini yaparken kazalının düşmesi sonucu davaya konu iş kazası meydana gelmiştir.

Davada öncelikle hâll edilmesi gereken sorun, zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalıyı çalıştıran İY ile diğer davalı M.E.H arasındaki hukuki ilişkinin istisna sözleşmesine mi, yoksa asıl işveren - taşeron ilişkisine mi dayandığının saptanmasıdır.

506 Sayılı Kanunun 87. maddesi hükmüne göre aracı bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde Asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir.

İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün hâlinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.

Aracı sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır.

Davalılardan M.E. H'nin, davaya konu iş kazasının olduğu bina da sigortalı çalıştırmadığı, yazlık evin parke, saçak gibi ahşap işlerinin yapımını diğer davalı I.Y'ye verdiği, davalı I.Y ise işyerinde hazırladığı malzemeyi, işyerinden sigortalı olarak bildirdiği kazalı ile monte işini yaptığı, bu durumda, davalılar arasında 506 sayılı Yasanın 87. maddesinde belirtilen şekilde asıl işveren-taşeron ilişkisi olmayıp, istisna sözleşmesine dayalı ilişki olduğu; davalı M.E. H'nin davaya konu iş kazasından dolayı sorumluluğu bulunmamakta olup, hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü ile dair yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalılardan M.E. H'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Davacı Kurum vekilinin temyiz isteminin; süre aşımı nedeniyle davalı İ.Y.'nin temyiz itirazları yerinde görülmediğı için reddine.

Davalılardan M. E. H. yönünden temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek hâlinde davalılardan M. E. H.'ye iadesine 11.04.2006 gününde oybirliğı ile karar verildi.

EK - Bakınız Listesi

- 4857 sayılı İş Kanunu / Madde 2 / Fıkra 6
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra A
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra Ç
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 3 / Fıkra G-1
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 4 / Fıkra Ç
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 10 / Fıkra C
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 10 / Fıkra D
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 11 / Fıkra 3
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 11 / Fıkra 4
- Alt İşverenlik Yönetmeliği / Madde 11 / Fıkra A

Tüm okurlara sevgi ve saygılarımla.

Oğuzhan ASLAN