

ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

I. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır. Alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar İş Kanununun 3. maddesi hükmüne dayanılarak hazırlanan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 10. maddesinde belirtilmiştir. Muvazaalı alt işverenlik ilişkileri, bunların doğuracağı sonuçlar ise yine İş Kanununun 3. maddesiyle Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Bu hükme göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin yalnızca asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir. Kanuna uygun biçimde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş ise, asıl işveren, alt işveren işçilerinin Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunması hâlinde bundan doğan yükümlülüklerden işçilere karşı alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

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

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



II.MUVAZAA VE MUVAZAALI İŞLEMLER

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları, şeklinde tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın kendisine yapıldığı kişi, irade açıklamasının sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukuki işlemin bulunduğu görüşünü yaratmayı istemişlerse, muvazaadan söz edilir.¹

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

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

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (g) bendinde ise Muvazaa,

1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşme..." olarak tanımlanmıştır.

Alt İşveren Yönetmeliği'nin 11. maddesi uyarınca,

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



¹ T.C.Y.HGK.E.2016/(7)-9-1863,K.2021/189,T.02.03.2021

² T.C.Y.HGK.E.2016/(7)-9-1863,K.2021/189,T.02.03.2021

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

(3) Ancak asıl iş;

a) İşletmenin ve işin gereği,

b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.

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

Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca muvazaalı olgusunun varlığının değerlendirilmesine özellikle;

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

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

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

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

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

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

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

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

III.MUVAZAALI İŞLEMLERİN TESPİTİNDE GÖZ ÖNÜNE ALINAN KRİTERLER

Alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinde; hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi



yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.³

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

IV.MUVAZAANIN İDARE TARAFINDAN TESPİTİ

4857 Sayılı İş Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aynı kanunun 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca alt işverenlik ilişkisi çerçevesinde iş alan alt işverene yazılı alt işverenlik sözleşmesi yaparak bu sözleşme ve gerekli belgelerle birlikte işyerini bildirme yükümlüğü getirilmiştir. Aynı maddenin devamında bu şekilde tescili yapılan işyeri için alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı konusunda idareye inceleme, denetleme ve tespit yetkisi verilmiştir. Bu hükme göre, "Bölge Müdürlüğünce (şu anda Çalışma ve İŞKUR İl Müdürlüğü) tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir.

Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 iş günü içinde işverenlerce yetkili İş Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre 4 ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay 6 ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerinin bu raporlara karşı yetkili İş Mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur. Rapor, 30 iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisi olduğunun tespit edilmesi ve muvazaa tespiti yapılan işyerinde asıl işverenin muvazaalı işlemin varlığını kabul etmemesi halinde, iş müfettişi tarafından alt işveren işyerlerinde denetim yapılmakta, alt işverenin eksiklik ve aykırılıkları kabul edip gidermek için süre talep etmesi ve müfettişin takdiri halinde süre verilip noksanlıkların giderilmesi istenmektedir. Muvazaa tespiti yapılmış olmakla birlikte, bu durumun kesinleşebilmesi için mevzuatla belirlenen koşulların (30 günlük itiraz süresinin geçmiş olması, yargı kararının kesinleşmesi) gerçekleşmiş olması gerekmekte olup söz konusu hukuki süreç tamamlanana kadar işyerinde iki ayrı işverenin bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir.

Muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisi olduğunun tespit edilmesi ve denetim sonucunda muvazaalı ilişkinin sona erdirilmemesi halinde asıl işveren ve alt işveren için muvazaa nedeniyle idari para cezası uygulanması istenecek ancak muvazaa nedeniyle uygulanması istenilen idari para cezası muvazaa tespitinin kesinleşmesi (30 günlük itiraz süresinin geçmiş olması, mahkemenin muvazaalı işlemin tespitini onaması) sonrasında uygulanabilecektir.



³ T.C.Y.HGK.E.2016/(7)-9-1863,K.2021/189,T.02.03.2021

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu yönünde bir tespit bulunmaması halinde ise idari merciler tarafından yapılan denetim yalnızca ilgili işverenlik nezdinde gerçekleştirilir.

V.MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN YAPTIRIMI

A) Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Geçersizliği

Muvazaanın yaptırımı, muvazaalı olarak yapılan ve tarafların gerçek iradelerine uymayan görünürdeki işlemin geçersiz olmasıdır.

İş Hukuku uygulamasında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması hâlinde yaptırımı 4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesinde, "...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi hâlde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." şeklinde hükme bağlanmıştır.

4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan sınırlamalara aykırı durumlarda ve genel olarak ilişkinin muvazaalı olduğu tespit olunan hallerde, işverenler bu işlemlerle amaçladıkları sonuçlara ulaşamayacak bu işlemlere muhatap olan ve aalt işveren işçisi olarak görünen kişiler, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceklerdir. Esasen bu durumda tek bir işverenden söz edilecek, o da muvazaalı ilişkide asıl işveren olarak görünen kişi olacaktır.⁴

Alt işverenin işçisi olarak görünen işçiler, asıl işverenin daha önce kendi işçilerine yaptığı fakat alt işveren tarafından kendilerine sağlanmayan tüm işçilik alacaklarını asıl işverenden talep edebileceklerdir. Diğer bir deyişle bu işçiler, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi vb. kaynaklardan doğan haklarını asıl işverenden talep edebilirler. Ayrıca belirtilen yaptırımın bir sonucu olarak, asıl işveren baştan itibaren kendi işçisi sayılan işçilerin ücreti için tahakkuk edecek primden ve bunlarla ilgili cezalardan da sorumlu olacaktır. Bu durumun diğer bir doğal sonucu da bu işçilerin asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmeleri ve asıl işverenin sayıya bağlı yasal yükümlülüklerinin bu çerçevede belirlenmesidir.⁵



⁴ İş Hukukunda Alt İşveren , Dr.Hande Bahar Aykaç, Beta Yayınları,S.476-477

⁵ İş Hukukunda Alt İşveren , Dr.Hande Bahar Aykaç, Beta Yayınları,S.481

B) İdari Para Cezası Uygulanması

4857 Sayılı İş Kanununun 98.maddesi uyarınca, aynı kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildirmeleri halinde, işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı 34.809,00 TL (2021 yılı için) idari para cezası uygulanacaktır.

VI. ALT İŞVEREN ASIL İŞVEREN İLİŞKİSİNDEKİ MUVAZAANIN 5510 SAYILI KANUN AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sosyal Güvenlik Mevzuatı yönünden, bir işin bölüm veya eklentilerinden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran kişilerin alt işveren olarak kabul edilebilmesi için, asıl işverenin işyerinde sigortalı vasfında birilerini çalıştırmaya devam etmesi, işin bölüm veya eklentilerinden alınan işin işyerinde yapılan faaliyet konusu işle ilgisinin olması veya yardımcı ya da tamamlayıcı mahiyette olması, alt işverenin yaptığı işin asıl işverene ait işyerinde geçmesi gerekmektedir.

Asıl işveren alt-işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitinin hukuki sonucu, sigortalıların başlangıçtan itibaren asıl işverenin sigortalısı haline gelmeleridir. Bu yaptırım neticesinde Kurum kayıtlarının da gerçeği yansıtır biçimde düzeltilmesi gerekmektedir. Asıl işveren alt işveren ilişkisi, Kuruma bildirilmemiş ve sigortalılar alt işverenin tescilli işyeri üzerinden sigortalı olarak gözükseler dahi alt işverence verilen bildirelerin iptal edilmesi ve sigortalılara ilişkin bildirelerin asıl işverence verilmesi gerekmektedir. Ayrıca ücret değişikliğinden kaynaklanan eksik primin tahakkuk ettirilmesi de gerekecektir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun saptanması halinde sözleşme ilişkisi başlangıçtan itibaren asıl işverenle kurulmuş sayılacağından Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan yükümlülükler de doğrudan asıl işverene ait olacaktır. Bu nedenle Kurum, 5510 sayılı Kanunun 21. ve 76. maddesine dayalı rücu talebini yalnızca asıl işverene yöneltecektir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması halinde işe giriş bildirgesi zamanında verilmiş ise bu takdirde asıl işverenin sorumluluğu 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre tayin edilecektir.

Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliğinin 108. maddesinin 13. fıkrasında, “Bu maddede belirtilen prim ödeme yükümlülükleri adına üçüncü kişiler tarafından yapılan ödemeler de kabul edilir. Bu durum prim ödeme yükümlüsünü değiştirmez ve üçüncü kişiler lehine bir hak doğurmaz.” hükmü yer almaktadır. Muvazaa nedeniyle geçersiz sayılan asıl işveren alt işveren ilişkisinde primlerin gerçek ödeme yükümlüsü asıl işveren yerine görünüşteki alt işveren tarafından ödenmiş olması halinde, yapılan ödemelerin üçüncü kişi tarafından yapılan ödeme olarak dikkate alınması yoluyla sigortalı ve Kurumun zarara uğraması engellenmiş olacaktır.⁶



⁶ Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk, Nilay Erdoğan, On iki levha Yayınları, İstanbul,S.238

Alt işverenin sigortalılarının başlangıçtan itibaren asıl işverenin sigortalısı sayılması halinde Sosyal Güvenlik Hukuku'ndan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin bütün sonuçları asıl işveren sorumluluk alanına ait olacaktır. Bu nedenle yerine getirilmeyen yükümlülüklerden doğan idari para cezalarının doğrudan doğruya asıl işverenden tahsil edilmesi gerekecektir.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK İŞ HUKUKU EKİBİ

isVerenim.com

