

YARGITAY 9. HD

2010/23498 E. - 2011/5236 K. (Karar Tarihi : 28.02.2011)

Dava: Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait otel işyerinde taşeron işçisi olarak asıl işte çalıştığını, davalı ile dava dışı taşeron şirket arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı Kanunu'nun 2. maddesine aykırı olduğunu, taşeron şirketin davalıya ait otel işyerinde işin yürütümüne yönelik herhangi bir iş üstlenmediğini ve davalı şirketin muvazaaya dayalı olarak sadece işçi temini cihetine gittiğini, hukuki ve fiili durum bu olmasına rağmen davalı şirketin, hizmet süresince davacıyı kendi işçilerine ödediği yılda 4 tam maaş ikramiyelerden ve sendikaya üye olmasına rağmen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandırmadığını, bu durumun ayrıca 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesindeki eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirterek, sendika üyesi olan işçiye eksik ödenen ücret, ödenmeyen ikramiye ve sosyal yardım alacakları ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca yardımcı iş verilen dava dışı alt işveren işçisi olduğunu, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu TİS hükümlerinden yararlanamayacağını, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğunu, asıl alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığını, yasal unsurlarını taşınamaması halinde asıl-alt işveren ilişkisinin geçersizliğine karar verilse dahi, alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmayacağından, istemlerin reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin 4857 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi çerçevesinde taşerona verdiği işin asıl iş olduğu, davacının asıl işte çalıştırıldığı, davacının başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmesi gerektiği, asıl işverenin kendi işçilerine sağladığı ücret ve sosyal haklar ile toplu iş sözleşmesi ile uygulamaya konulan haklardan davacının yararlandırılması gerektiği, davacının alması gereken ücret farkı alacağı, ikramiye alacağı, sosyal hak alacağı ile bu eşitlik ilkesine aykırı davranış sebebiyle de eşitlik ilkesine aykırılık tazminatının hesap bilirkişi raporundaki miktarlar ve taleple bağlılık kuralı gereği kabul gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar: 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 görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Aynı maddenin 7. fıkrasının son cümlesi gereğince, İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan

işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.

İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığını belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almış ve kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımını maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hakim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir.

Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'un 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir.

Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı).

Davalı işverenin otel işletmeciliği konaklama ve eğlence işyerleri iş kolunda kalmaktadır. Otel, pansiyon, lokanta, büfe, pastane, kahvehane gibi konaklama, dinlenme ve yemek yerleri ile sinema, müzikli ve müziksiz her türlü eğlence yerleri, plaj, açık ve kapalı spor yerleri, hipodromlar, hamamlar, kaplıcalar, içmeceler, turistik tesislerde yapılan işler bu iş kolu kapsamındadır. Davalı işverenin otel hizmeti kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur.

Ancak bu hizmetlerin dışında verilen Restaurant ve Bar, Garson, Komi, Oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindendir. Bu hizmetlerin verilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir olgu olması gerekir. Davalı işveren bu olguyu kanıtlamadığı gibi asıl işlerini bir şirketten işçilik temini sureti ile aldığı

anlaşılmaktadır. İşçilik temini yasada yer alan bir uygulama değildir. Bu nedenle mahkemece davacı işçinin başlangıçtan beri davalı işçisi sayılarak Toplu İş Sözleşmesi'nin tarafı sendikaya üye olması nedeni ile davacı işçinin Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandırılması, bu şekilde fark ücret, ikramiye ve sosyal yardım alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir.

Ancak eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı tazminatın gerekçesiz hüküm altına alınması ve madde uyarınca 4 aya kadar üst sınır belirlendiğinden miktar olarak belirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemece eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının neden kabul edildiği gerekçelendirilmeli ve bu tazminatın bir ile dört ay arasında ne kadar olması gerektiği miktar olarak belirlenmelidir.

KARAR : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.02.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.