

Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Hukuk Müşaviri

Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum**1. GENEL OLARAK**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında TBMM'de kabul edildiği sırasında 2. maddesinde yapılan değişiklik ile alt işveren uygulamalarına önemli sınırlamalar getirilmişken, 5763 sayılı Kanun ve sonrasında çıkartılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu kısıtlamaların sayısı arttırılmıştır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkartılan Alt İşverenlik Yönetmeliği 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak içerdiği bazı hükümler nedeniyle dayanağını oluşturan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5763 sayılı Kanunla değişik 3. maddesi, aynı Kanunun alt işveren tanımının yapıldığı 2. maddesi hükümlerini aşacak biçimde düzenlemeler içermesi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile çelişmesi nedeniyle Yönetmelik yoğun eleştirilere maruz kalmıştır.

Tersanelerde yaşanan ölümcül iş kazalarına tepki olarak kabul edilen söz konusu Yönetmelik ile alt işverenlik uygulamasında yeni bir devreye girilmiştir.

Ancak anılan düzenlemeler kamu kurum ve kuruluşları açısından o denli sıkıntı verici bir durum oluşturmuştur ki, 2006 yılında çıkarılan 5538 sayılı Yasa ile "eşitlik ilkesine temelden aykırı" biçimde kamunun bu düzenlemelerin dışında olduğuna ilişkin hükümler benimsenmiştir.

İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan alt işveren ilişkisi kurulmasına yönelik kısıtlayıcı hükümler;

- Alt işverenin üstleneceği işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması,
- Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınıp, bu işçilerin haklarında kısıtlama yapılmaması,
- Asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde, o işte asıl işverene ait bir işçinin çalıştırılmaması,
- Daha önce o işyerinde çalıştırılan kişiyle alt işverenlik sözleşmesinin kurulmaması şeklinde özetlenebilecektir.

Diğer taraftan aynı madde uyarınca bir ilişkinin alt işverenlik ilişkisi sayılabilmesi için;

- Alt işverenin üstleneceği işin asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerden veya asıl işin bir bölümünde olması,
- İşin işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenden alınması,
- Alınan işin, işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin bir iş olması,
- İşin asıl işverene ait işyerinde görülmesi,
- Alt işverenin üstlendiği iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işte çalıştırması, kriterlerinin mevcut olması gerekmektedir.

Yönetmelikte uygulanması son derece zor, karmaşık ve ekonomik gereklere aykırı bir alt işverenlik kurumu ortaya çıkmıştır.

26.05.2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5763 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanunun 3.maddesinde yapılan değişiklik sonucu aşağıda belirtilen yeni kısıtlama ve yükümlülükler öngörülmüştür:

- Kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren, kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlü tutulmuştur.

- Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenecektir.

- İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilecektir.

- Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilecektir.

- İtiraz üzerine verilen kararlar kesin nitelikte olacaktır.

- Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onanmış ise tescil işlemi iptal edilecek ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır.

- Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerle uygulamada görülen kimi muvazaalı işlemlerin önlenmesi öngörülmüşken, bu defa uygulanması son derece zor, karmaşık ve ekonomik gereklere aykırı bir alt işverenlik kurumu ortaya çıkmıştır.

2. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ’NİN HUKUKSAL ANALİZİ

27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği, alt işverenlik müessesesini ortadan kaldıracı nitelikteki hükümleriyle, ilgili Kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içermektedir.

Yönetmelik incelendiğinde aşağıda belirtilen konularda hukuksal çelişkiler ortaya çıkmaktadır.

- 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. ve 3. maddelerinde muvazaa tanımı yapılmamışken ve Borçlar Kanunu’nda genel bir tanım bulunuyorken Yönetmeliğin 3. maddesiyle muvazaanın tanımının yapılması ilgili kanunlara ve hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

- Yönetmeliğin 3. maddesindeki muvazaa tanımına, İş Kanunu’nun 2/VI. maddesindeki sınırlamalar (“işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”) da dahil edilmiştir. Oysa, İş Kanunu’nun 3. maddesinde yapılan değişiklikle iş müfettişlerine “salt muvazaa yönünden” inceleme yetkisi tanınmıştır. İş müfettişlerinin alt işverenlik ilişkisini “objektif koşullar” bakımından inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran iş mahkemeleri hakimlerine aittir. Bu durum ilgili Kanuna aykırıdır.

- İş Kanunu’nun 2. maddesinde, sözleşmenin muvazaalı işlem olarak kabul edilmesi için “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanması” ve “alt işverenlik ilişkisinin daha önce o işyerinde çalışan kimse ile kurulması” şeklinde iki koşul aranmaktadır. Yönetmeliğin 3. maddesinin (g) bendi ile bu iki koşula “uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi” ve “kamusal

Alt İşverenlik Yönetmeliği, alt işverenlik müessesesini ortadan kaldıracı nitelikteki hükümleriyle, ilgili Kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içermektedir.

Üçlü Danışma Kurulu'nun 20 Mayıs 2009 tarihli toplantısında Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yaşanan sorunların tespiti ve Yönetmelikte yapılması gereken değişiklik tekliflerinin incelenmesi için üçlü yapıda Alt Komite oluşturulmuştur.

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" şeklinde iki ilave koşul daha getirilmiştir. Yönetmelikle Kanunda bulunmayan hususların getirilmesi hukuka aykırı düşmektedir.

- Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar "maddeler halinde ve tek tek" belirlenmiştir. Bu, her şeyden önce sözleşme serbestisi ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır.

- Yönetmeliğin 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; "Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir." şeklinde getirilen düzenleme ile alt işveren sözleşmelerinin Yönetmelikte bulunan şartları tam olarak taşınması halinde geçerli olacağı belirtilmektedir. Oysa sözleşmelerde Yönetmelik hükümlerinden hangilerinin yer alacağına tarafların karar vermesi gerekir. Sözleşmede bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle belirlenmesi sözleşme hürriyetine aykırı düşmektedir.

- Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan alt işverenin uzmanlığını belgelenmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikalarının sözleşmeye eklenmesi zorunluluğu da Kanunda bulunmayan bir husus olup Yönetmelikle getirilmesi uygun olmamıştır.

- Yine Yönetmeliğin 11. maddesinde; asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceği ifade edilmektedir.

İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer almayan "birlikte" ifadesinin Yönetmelik ile getirilmek istenmesi Kanunlar hiyerarşisine aykırıdır.

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili 2. ve 3. maddelerinde Yönetmelikte yer alması gereken husus olarak belirtilmemesine rağmen, Yönetmeliğin 11. maddesinin son fıkrası olarak düzenlenen asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremeyeceğine ilişkin ifade hukuka aykırılık taşımaktadır.

- Yönetmeliğin 12. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde muvazaa incelenmesinde "alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu ifadeden yardımcı işlerin alt işverene verilmesi halinde muvazaa sayılacağı sonucu çıkmaktadır. Yardımcı işlerin alt işverene verilebileceği hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde hem Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (a) ve (ğ) bentlerinde açık biçimde hükme bağlanmıştır.

3. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNE YÖNELİK ÇALIŞMALAR

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin işyerlerinin çalışmalarını engelleyici nitelik arz etmesi nedeniyle Yönetmeliğin yürürlüğünün durdurulması ve iptaline yönelik olarak TİSK tarafından Danıştay'da dava açılmıştır. Aynı nitelikte altı tane daha dava açıldığı, bunların çoğunluğunun davacısının kamu kurum ve kuruluşları olduğu; bazı davalarda yürütmeyi durdurma talebinin reddedildiği Bakanlık yetkililerince ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere İş Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili

mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin dayanışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette üçlü danışma kurulu oluşturulmuştur.

Her ay itibariyle toplantıya çağrılan Üçlü Danışma Kurulu'nun 20 Mayıs 2009 tarihli toplantısında Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından Alt İşverenlik Yönetmeliği'yle ilgili yaşanmakta olan sıkıntılar dile getirilmiştir.

Kurulun anılan toplantısında Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yaşanan sorunların tespiti ve Yönetmelikte yapılması gereken değişiklik tekliflerinin incelenmesi için üçlü yapıda Alt Komite oluşturulmuştur.

Alt Komite 5.6.2009 tarihinde Bakanlık Müsteşar Yardımcısı başkanlığında toplanmıştır. Toplantılara TİSK ve üç işçi konfederasyonunun temsilcileri ile Bakanlık Hukuk Müşavirliği, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Çalışma Genel Müdürlüğünde görevli bürokratlar katılmıştır.

Alt Komite toplantısından sonra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde bir Yönetmelik Değişiklik Taslağı hazırlanarak sosyal tarafların görüşüne sunulmuştur.

4. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ DEĞİŞİKLİK TASLAĞI

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan ve sosyal tarafların görüşüne sunulan Yönetmelik Değişiklik Taslağı ile mevcut Alt İşverenlik Yönetmeliğinin;

- “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yer alan “muvazaa” tanımı metinden çıkarılmakta;
- 5. maddesinin ilk iki fıkrası değiştirilerek alt işverenin kendi işyeri için yapacağı bildirim Bakanlık Bölge Müdürlüğü yerine, 5838 sayılı Kanunla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen ek birinci maddesine uygun şekilde yapılması gerektiği belirtilmekte;
- 6. maddedeki bildirimle ilgili “bölge müdürlüğü” ifadeleri çıkarılarak “Sosyal Güvenlik Kurumu” ifadesi getirilmekte;
- 8. maddesinde yapılan değişikliklerle kamu idarelerinin denetim elemanlarının işyerlerin-

de yapacakları denetim ve incelemeler ile ihale makamları, ruhsat veren merciler ve vergi dairelerinin işlemleri sırasında 5510 sayılı Kanunun Ek 1. maddesine uygun bildirimde bulunulmadığı tespit edilenlerin ilgili sosyal güvenlik kurumuna bir yazı ile en geç 30 gün içinde bildirileceği düzenlenmekte;

- 9 ve 10. maddeler birleştirilmekte; 9. maddenin 2.fıkrasında yer alan “asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10. maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.” ifadesi metinden çıkarılmakta;

- 10. maddenin (g) bendinde alt işverenlik sözleşmesinde yer alması zorunlu tutulan konulardan “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”na ilişkin ifade metinden çıkarılmakta;

- 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi halinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.” ifadesi metinden çıkarılmakta;

- 11. maddede yer alan “Ancak asıl iş a) işletmenin ve işin gereği, b) teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir” ifadesi metinden çıkarılmakta;

Söz konusu ifade yerine yeni Taslakta, “asıl iş; işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.” ifadesi getirilmekte;

- 12. maddenin mevcut başlığı olan “muvazaanın incelenmesi” ifadesi “asıl işveren alt işveren ilişkisinin incelenmesi” olarak değiştirilmekte ve maddenin 1. fıkrasında yer alan “muvazaa kanaatini oluşturan deliller” ibaresi metinden çıkarılmakta;

- 12. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve

Alt işveren müessesesine ilişkin mevcut düzenlemeler, alt işverenlik ilişkisini uygulanamaz kılarak, işletmelerimizin rekabet gücünü büyük ölçüde zayıflatacak niteliktedir.

muvazaa incelenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan;

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

- “Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olmadığı”,

- “İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,” ifadeleri metinden çıkarılmakta;

• 13. maddede iş müfettişi raporuna itiraz edecek “işverenler” ifadesi yerine “asıl işveren veya alt işverenlerden her biri işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesine itiraz edilebilir.” ifadesi getirilmekte;

• Geçici 1. madde ise “Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bildirimi yapmış olanlar için bildirimle ilişkin yükümlülükler hariç, bu Yönetmelik hükümlerine tabidir.” şeklinde değiştirilmektedir.

5. SONUÇ

Alt işveren müessesesine ilişkin mevcut düzenlemeler, alt işverenlik ilişkisini uygulanamaz kılarak, işletmelerimizin rekabet gücünü büyük ölçüde zayıflatacak niteliktedir. Alt işveren müessesesi, küresel rekabet koşullarında üretimde verimlilik ve kalitenin artırılmasında, uzmanlık gerektiren süreçlerin gerçekleştirilmesinde, işletmelerin esneklik ihtiyacının karşılanmasında ve yeni istihdam imkanlarının yaratılmasında önemli bir işleve sahiptir.

Günümüzde tüm ülke ekonomilerinde “outsourcing” süreci gelişim göstermekte olup, ekonomik işleyişin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Türkiye’de ise alt işveren uygu-

lamasının hukuki ve idari müdahalelerle pratikte neredeyse imkansız kılınmaya çalışılması, büyümeye rekabet gücüne ve istihdam artışına sekte vuracak seviyeye ulaşmıştır.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde bu müessesenin reel sektöre destek sağlayacak ve istihdamı artıracak şekilde uygulanabilmesi yönünde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan ve olumlu düzenlemeler içeren Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağının uygulamaya konulması, yaşanmakta olan sorunların azaltılmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Prof. Dr. Tankut Centel, Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım - Sicil, Aralık 2008.
- Prof. Dr. Tankut Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği - TİSK İşveren, Kasım 2008.
- Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine - Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi - Sayı 20, 2008; TİSK İşveren, Kasım 2008.
- Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası (Çimento İşveren Dergisi).
- Eyrenci - Taşkent - Ulucan - Bireysel İş Hukuku - 2006.
- Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku - 2005.
- Prof. Dr. Nurhan Süral, İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları.