

**4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUNDA KAMU KURUM VE KURUŞLARINDA
ÇALIŞAN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN YAPILMIŞ OLAN DÜZENLEMELER VE
ANAYASA MAHKEMESİNİN 19/09/2019 TARİHİNDE VERMİŞ OLDUĞU KARAR
DOĞRULTUSUNDA KIDEM TAZMİNATLARININ ÖDENMESİNE İLİŞKİN
SORUMLULUKLAR**

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yapılan değişikliklere istinaden idare ile özel sektörde faaliyet gösteren alt işverenler arasında imzalanan hizmet sözleşmeleri kapsamında alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarının idare tarafından mı yoksa alt işveren tarafından mı ödeneceğini hususunda bulunan uyuşmazlıklara ilişkin süreçler bu yazımızda açıklanacaktır. Öncelikle alt işveren kavramının açıklanması gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanununda alt işverenlik şu şekilde tanımlanmaktadır.

İş Kanunu madde 2/6: *“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 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.”*

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında 21/02/2019 tarihinde değişiklik yapılmış olup, yeni eklenen İş Kanunu'nun 112.maddesinin 6.fıkrası uyarınca 14/09/2014 tarihinden sonra İdare ile alt işveren arasında imzalanan sözleşmelerde idare ve alt işverenin işçiye karşı hukuki sorumlulukları düzenlenmiş, bir bakıma kamu kuruluşlarının sorumluluğu genişletilmiştir.

21/02/2019 tarihli düzenleme öncesinde idare ile alt işverenin müteselsilen sorumluluğu hüküm altına alınmış olup, asıl işverenin kamu kuruluşu olmasına farklı bir sonuç bağlanmamaktaydı. Ortada bir işçi alacağı olması durumunda alt işveren ile hizmet alımı sözleşmesi akdetmiş olan idarenin işçiye karşı müteselsilen sorumlu olduğu görülmekteydi. Fakat somut olaylar incelendiğinde alt işverenin borcunu ifada yetersiz kaldığı hallerin yaygın olması sebebiyle işçiler alacaklarına kavuşabilmek amacıyla borcun ifasını müteselsilen sorumlu olan diğer borçlu idareden talep etmekteydi.

21/02/2019 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yeni düzenleme ile 11/09/2014 tarihinden sonra imzalanan hizmet sözleşmelerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. Maddesine 6.fıkra ve 6. Fıkraya bağlı olarak düzenlenmiş olan geçici 9.maddede yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemeye göre idare ile alt işveren arasında bir hizmet alımı sözleşmesi akdedilmesi halinde, kamu işvereni tarafından sözleşmede **açıkça “alt işverenin sorumlu” olduğuna dair hüküm yer almadıkça** idarenin kıdem tazminatından sorumlu olduğuna hükmedildi. İdarenin rücu imkanı yalnızca sözleşmede açık hüküm bulunması şartına bağlanmış oldu. Bu düzenlemeye istinaden kamu kuruluşu, alt işveren ile akdetmiş olduğu hizmet alım sözleşmesinde açıkça alt işverenin sorumluluğuna ilişkin bir hükme yer vermezse, müteselsilen sorumluluk kapsamında alt işverene rücu edemeyecek ve işçinin alacağının ifasından sorumlu olacaktır.

Geçici 9. Madde ile de 11/09/2014 tarihinden sonra imzalanan sözleşmeler kapsamında açılan davaların olması halinde bu davalarda düşme kararı verileceği düzenlenmiştir.

21/02/2019 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren işbu düzenleme, 15.10.2019 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2019 tarihli kararı ile Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi itiraz yoluna başvuran mahkemelerin itirazlarının gerekçelerini irdelemiş ve iptale konu 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenmiş olan 6. fıkrası ve yine 4857 sayılı Kanun'a eklenen itiraz konusu Geçici 9. Maddenin Anayasa'nın 2. 10. ve 36. maddeleri açısından Anayasa'ya bir aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin bir denetim yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, oy çokluğu ile İş Kanunu'na eklenen 112/6. Maddesi ve Geçici 9. Maddenin Anayasa'nın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesi bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Bahsi geçen kanun hükümlerinin Anayasa'nın eşitlik maddesine aykırılık teşkil etmesinin sebebi ise şu şekilde ifade edilmiştir;

“Bu itibarla kamuda 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesine taraf olan alt yüklenicilere karşı sözleşmede açık hüküm bulunması dışında rücu yolunun kapatılması ve bu kapsamdaki derdest davaların sonlandırılmasını öngören itiraz konusu kuralların bu kesimdeki alt işverenler yönünden farklı bir uygulama getirmesinin nesnel ve makul bir temele dayalı olduğu söylenemez. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla getirilen farklı düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.”

Anayasa Mahkemesi tarafından yukarıda açıklanan sebepler doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112.maddesine eklenen 6. fıkranın ve Geçici 9.Maddenin birinci cümlesinin Anayasa'nın 10.maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptallerine oyçokluğu ile 19.09.2019 tarihinde karar verilmiştir.

4857 sayılı Kanun'un yukarıda bahsedilen hükümlerinin iptal edilmesi sonucunda, özel sektördeki alt işverenlik ile idaredeki alt işverenlik arasında kanuni sorumluluk açısından bir farklılık doğmayacağı, alt işverenin kamu hizmet alım sözleşmeleri sonucunda müteselsilen sorumluluğunun sözleşmede açık hüküm aranmaksızın devam edeceği görülmektedir. Dolayısıyla ister idare ile ister özel sektörde bulunan herhangi bir kuruluş ile alt işverenlik ilişkisi kurulması halinde 4857 sayılı Kanun'un 2.maddesinde düzenlenmiş olan müteselsilen sorumluluk ilişkisi, olası bir işçinin hak kaybına uğraması sonucunda doğacaktır.

THE REGULATIONS MADE BY THE SUB-EMPLOYMENT WORKERS WORKING IN PUBLIC INSTITUTIONS AND INSTITUTIONS IN THE LABOR LAW NO 4857

In this article, the procedures regarding the disputes regarding whether the severance payments of the subcontractor workers shall be paid by the administration or the subcontractor within the scope of the service procurement contracts signed between the administration and the subcontractors operating in the private sector in accordance with the amendments made within the scope of Labor Law No. 4857 will be explained.

First, the concept of subcontractor should be explained. In the Labor Law No. 4857, subcontracting is defined as follows.

Labor Law Article 2/6 : *“The connection between the subcontractor who undertakes to carry out work in auxiliary tasks related to the production of goods and Services or in a certain section of the main activity due to operational requirements or for reasons of technological expertise in the establishment of the main employer (the principal employer) and who engages*

employees recruited for this purpose exclusively in the establishment of the main employer is called “the principal employer-subcontractor relationship”. The principal employer shall be jointly liable with the subcontractor for the obligations ensuing from this Labour Act, from employment contracts of subcontractor's employees or from the collective agreement to which the subcontractor has been signatory.”

In the scope of Labor Law No. 4857, the amendment was made on 21/02/2019, and in accordance with Article 112 (6) of the newly added Labor Law, the contract was signed by the Contracting Entity after the tender and tenders opened by the Contracting Entity and the legal responsibilities of the subcontractor to the worker were regulated and in a sense the responsibility of public institutions was expanded.

Prior to the regulation dated 21/02/2019, the joint responsibility of the administration and the subcontractor was taken into consideration and there was no difference between the actual employer and the public institution. In the event that there is a worker receivable, the administration contracting the service procurement contract with the subcontractor was jointly responsible to the worker. However, when concrete incidents were examined, workers were demanding the execution of the debt from the other debtor administration which was jointly responsible in order to attain the receivables due to the fact that the subcontractor was inadequate in performing the debt.

According to the new regulation, if a service procurement contract is concluded between the administration and the subcontractor, it is concluded that the administration is responsible for severance pay unless the contract clearly states that the subcontractor is responsible. The recourse of the administration was only subject to the existence of an explicit provision in the contract. According to this regulation, the public institution would not be able to recourse to the subcontractor under the joint responsibility and be responsible for the execution of the worker's claim unless it explicitly included a provision regarding the subcontractor's responsibility in the service procurement contract concluded with the subcontractor.

Provisional Article 9 also provides that if there are lawsuits filed within the scope of contracts signed after 11/09/2014, they will be accepting filed case as non filed.

This regulation, which entered into force after being published in the Official Gazette on 21/02/2019, was canceled with the Constitutional Court's decision dated 19.09.2019, published in the Official Gazette dated 15.10.2019, in violation of the Constitution.

The Constitutional Court has examined the reasons for the objections of the courts that have appealed and Article 6 added to Article 112 and the provisional Article 9 of the Labor Law subject to cancellation which was also added to the objection, also carried out an audit for the violation of the Constitution.

The Constitutional Court, by majority vote, found that article 112/6 and provisional Article 9 added to the Labor Law, in accordance with Article 10 of the Constitution on Violation of the Constitution violated the Constitution.

The reason for the contradiction of the provisions of the said law to article 10 of the Constitution is stated as follows; *“In this respect, except that there is an explicit provision in the contract against the subcontractors who are parties to the service procurement contract based on the employment of personnel signed after the date of 11/9/2014 in the public sector, the application of the rules subject to objection which envisages the termination of the pending cases and the termination of the pending cases within this scope is different from the aspect of subcontractors in this section. it cannot be said to be based on an objective and reasonable basis. Therefore, the different regulation introduced by the rules that are subject to the appeal is contrary to the principle of equality. ”*

In accordance with the decision of the Constitutional Court, 112/6. and the first sentence of Article 9 of the Provisional Article was canceled on 19.09.2019 by majority vote.

As a result of the cancellation of the abovementioned provisions of the Labor Law, there will be no difference between the subcontracting in the private sector and the subcontracting in the public sector in terms of legal responsibility and the subcontractor will continue to have joint responsibility as a result of public service procurement contracts. Therefore, if a subcontracting relationship is established with either a public organization or any organization in the private sector, the jointly responsible relationship regulated in article 2 of the Labor Law will arise as a result of the loss of rights of a possible worker.

Melike Erdoğan/ Avukat - Associate
Gözde Barışık/ Stajyer Avukat - Legal Trainee