

## Avrupa Adelet Divanı

Çev: Alpay HEKİMLER\*

### Avrupa Adalet Divanı

Karar Tarihi : 22.11.2012

Sayısı : C-385/12

**Kısmi süreli çalışan işçilerin diğer işçilere oranla daha uzun süreli emeklilik sigortasına prim ödemek zorunda kalmaları yönündeki hüküm, Eşit Davranılma Direktifine aykırılık oluşturmaktadır.**

#### Özü:

Kısmi süreli olarak çalışan bir işçinin, ödediği prime bağlı olarak daha az emeklilik maaşı almasını ön gören düzenlemenin yanında aynı zamanda, diğer çalışanlara göre oransal olarak daha da uzun süreli prim ödemesini düzenleyen ulusal düzenleme (dava konusu olayda İspanya) Eşit Davranılma Direktifi hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Kısmi süreli istihdam modelinde ağırlıklı olarak kadınların çalıştıkları dikkate alındığında burada açıkça cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılması söz konusu olmaktadır.

#### Olay:

Davacı, 18 yıl boyunca haftada dört saat boyunca İspanya'da temizlik işçisi olarak çalışmış, buna bağlı olarak da emeklilik sigortasına primlerini ödemiştir.

İspanyol hukukuna göre emeklilik sigortasından edinin sağlanabilmesi için asgari olarak 15 yıl sigortalılık süresi aranmakta olup, bu bağlamda kısmi süreli çalışanların sigortalılıkları 15 yıl tam gün çalışanlara göre tamamlanması gerekmektedir. Bu kapsamda kısmi süreli çalışanlar oransal olarak, tam gün çalışanlara göre daha uzun süreli sigortalı olmaları gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca davacının sigortalılık süresi 3 yıl olarak belirlenmiş olup, 15 yıllık sigortalılık süresin tamamlayabilmesi için 100 yıl daha çalışması gerekmekte olup bu çalışmanın karşılığında ayda 112,93 Euro elde etmesi mümkün olacaktır.

Dava konusu olayı ele alan yetkili İspanyol mahkemesi davayı askıya alarak, İspanyol hukukundaki düzenlemenin kadın ve erkekler arasında sosyal güvenlik bağlamında ayrımcılığın yapılmasını yasaklayan Direktif hükümleri (79/7/EWG) ile uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi için Avrupa Adalet Divanına başvurmuştur.

\* Doç. Dr. Namık Kemal Üniversitesi Öğretim Üyesi

**Gerekçe:**

Kısmi süreli olarak çalışan işçilerin emekli maaşı alabilmeleri için, diğer çalışanlara göre oransal olarak daha uzun süreli sigortalılık süresi öngören ulusal düzenleme; kısmi süreli olarak çalışanların ağırlıklı olarak kadın olmalarından dolayı da açıkça kadın ve erkekler arasında ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle 79/7/EWG sayılı Direktifin hükümlerinin ihlali anlamına gelmektedir. Ulusal bir hüküm cinsiyet belirtilmeden formüle edilmiş olursa dahi uygulamada ağırlıklı olarak hükmün kadınlara yönelik uygulanması söz konusu ise bu durumda cinsiyet nedeniyle açıkça ayrımcılığın varlığının kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim dava konusu olayda İspanya'da durum bu yönde olup, kısmi süreli çalışanların %80'ni kadınlar oluşturmaktadır.

Objektif faktörlerde dikkate alındığında, cinsiyet nedeniyle ayrımcılık ön görülmemiş olursa dahi, bu yöndeki ulusal düzenlemeyi kabul etmek mümkün değildir. İlgili hüküm yasal bir amaca ulaşmak, yani primler ile finanse edilen sosyal güvenlik sisteminin gerçek anlamda hedeflerine ulaşılmasını amaçlanmış olsa da, bu yönde başka tedbirlerinin de getirilmesinin mümkün olabileceği dikkate alınması gerekmektedir.

## Federal İş Mahkemesi

**Karar Tarihi : 24.01.2013**

**Sayı : 2 AZR 140/12**

**İşçinin Haksız Feshe Karşı Koruma Kanununun hükümlerinin uygulanabilmesinde bir işyerinde istihdam edilen ödünç çalışan işçiler de dikkate alınabilir.**

### **Özü:**

İşçinin Haksız Feshe Karşı Koruma Kanununun (KSChG) 23.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca, bir işyerinde çalışan sayısının tespitinde, işyerinde istihdam edilen ödünç çalışan işçilerde dikkate alınabilir. Bu durum en azından, ödünç çalışanların, esas itibariyle personel ihtiyacının ortaya çıkması nedeniyle istihdam edilmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Küçük işyeri şartının gerekçesi ve amacı; dava konusu olayda sürekli istihdam edilen işçiler ile ödünç alınan işçiler arasında bir ayırım yapılmasını haklı kılmamaktadır.

### **Olay:**

Davacı, toplamda on kişi istihdam etmekte olan davalı işverenin yanında Haziran 2007 tarihinden beri yardımcı hizmetlerde işçi olarak istihdam edilmiştir. Davalı, davacı ile aralarındaki iş ilişkisini ihbar sürelerini dikkate alarak Kasım 2009 tarihinde feshetmiştir.

Davacı açmış olduğu davası ile davalının KSChG'nin 1.maddesinde öngörölmüş olan sosyal gereklilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle fesih kararının iptalini talep etmiştir. Davacı açmış olduğu davası ile davacının sürekli olarak istihdam etmekte olduğu on işçinin yanında ödünç iş ilişkisi kapsamında da işçiler istihdam etmekte olduğundan dolayı, KSChG'nin 23.maddesinin 1/3.fıkrası hükmü uyarınca, İşçinin Haksız Feshe Karşı Koruma Kanununun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir.

İş Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi davanın reddi yönünde karar vermişlerdir. Davacının, davayı Federal İş Mahkemesi nezirinde temyiz etmesi üzerine Mahkeme, kararın bozulmasına ve yargılamanın yeniden yapılması için Eyalet İş Mahkemesine iadesine karar vermiştir.

### **Gerekçe:**

Birinci ve ikinci derece mahkemelerin kararlarında ifade edildiği üzere, dava konusu olayda baştan itibaren KSChG'nin 23.maddesinin 1/3.fıkrası hükmünün uygulanamayacağı ve fesih kararı için sosyal gereklilik şartının aranıp aranmayacağı hususu kesin değildir.

KSchG'nin 23.maddesinin 1/3.fıkrası hükmüne göre, İşçinin Haksız Feshe Karşı Koruma Kanunu 31.12.2003 tarihinden sonra istihdam edilenler için sadece işyerinde on kişinin çalışıyor olması halinde geçerli olmaktadır. Ödünç alınan işçiler ile ödünç alan arasında bir iş ilişkisi kurulmamış olursa dahi, işyerinde istihdam edilen işçi sayısının belirlenmesinde, bu işçiler eğer esas itibariyle personel gereksinimi nedeniyle istihdam edilmişlerse, toplam işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmak zorundadırlar. Bunun nedeni ise kanunun gerekçesi ve amacı ile uyumlu olmasına dayanmaktadır.

Dava, yargılamanın yeniden yapılması için Eyalet İş Mahkemesine iade edilmiştir. Çünkü KSchG'nin 23.maddesinin 1/3.fıkrası hükmü kapsamında, fesih kararının alındığı tarihte davalı işverenin işyerinde sürekli olarak mı yoksa esas itibariyle bir personel ihtiyacın ortaya çıkması nedeniyle mi, ödünç işçi istihdam edilip edilmediği tespit edilememiştir.

## Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi

**Karar Tarihi : 09.01.2013**

**Sayısı : 15 Sa 1635/15**

**Sürekli işçi ödünç alan işverenler, ödünç alan işveren konumundan asıl işveren konumuna geçerler.**

### **Özü:**

Ödünç iş ilişkisi, Ödünç Çalışma Kanununun 1.maddesinin 1/2 fıkrası hükmüne aykırı olarak geçici olarak değil de, sürekli olarak kurulursa, iş ilişkisinin ödünç alan ile ödünç verilen işçi arasında bağtlanıldığı kabul edilir. Ödünç Çalışma Kanununun 1.maddesinin 1/2 fıkrası hüküm uyarınca gerekli izin alınsa dahi süreklilik arz edecek bir ödünç çalışma ilişkisinin kurulmasına cevaz vermemektedir. Kanununun 10.maddesinin 1.fıkrası hükmü doğrultusunda izine sahip olunmadan bu yönde bir ilişkinin kurulmasının sonucu, iş ilişkisinin ödünç alan ile ödünç verilen işçi arasında kurulmuş olunmasıdır.

### **Olay:**

Davalı işveren, hastaneler işletmekte olup holding bünyesindeki bir ödünç çalışma bürosu üzerinden hasta bakıcılarını ödünç çalışma modeli kapsamında istihdam etmektedir. Bu yöndeki istihdam, çekirdek işgücü olmadan, sürekli olarak sağlanılmaktadır. Ödünç çalışma bürosunun, ödünç işçi verebilme izni bulunmaktadır.

Davacı açmış olduğu davası ile sürekli olarak ödünç alan işverenin yanında istihdam ediliyor olmasından dolayı, iş ilişkisinin kendisiyle ödünç alan işveren arasında kurulduğunu iddia etmiştir. Eyalet İş Mahkemesinin 15. Dairesi davayı kabul etmiştir.

### **Gerekçe:**

Taraflar arasında bir iş ilişkisi kurulmuştur. Ödünç Çalışma Kanununun 9.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca, ödünç veren ile ödünç çalışan işçi arasında kurulan iş ilişkisi geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir, çünkü Kanununun 1.maddesinin 1.fıkrası hükmü kapsamında ödünç verenin, izni bulunmamaktadır. Bunun hukuksal sonucu ise Kanununun 10.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca iş sözleşmesinin ödünç alan ile ödünç verilen işçi arasında kurulmuş olunmasıdır.

Dava konusu olayda ödünç veren işverenin esasen izni bulunmaktadır. Ancak verilen izin, Kanununun 1.maddesinin 1/2 fıkrası gereğince ödünç verilme süresinin geçici olması öngörölmüş olup, sürekli ödünç verilmesi esasını kapsamamaktadır. Holding bünyesinde faaliyet gösteren bir ödünç çalışma bürosu,

işgücü piyasasında faaliyet göstermeyip salt ücretleri düşürmek için holding bünyesinde faaliyet gösteriyorsa, bu durumu “kurumsal istismar” olarak değerlendirmek gerekmektedir.

## Hessen Eyalet Sosyal Mahkemesi

**Karar Tarihi : 18.12.2012**

**Sayısı : L 3 U 199/11**

**Mobbing etkileri Meslek Hastalığı değildir.**

### **Özü:**

Mobbing sonrası ortaya çıkan etkiler meslek hastalığı olmadığı gibi, iş kazası olarak da değerlendirilmesi mümkün olmadığından dolayı, ilgili işçinin kanuni kaza sigortasından bir edinin sağlayabilmesi mümkün değildir. Mobbing etkilerinin, meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, çünkü mobbingin risk faktörü olarak arttığı bir meslek bulunmamaktadır. Yine, iş kazası olarak da kabul edilebilir mümkün değildir, çünkü mobbing eylemleri zamanla sınırlı eylemler olmamaktadır.

### **Olay:**

Davalı işçi, işverenin yanında birkaç yıldan beri yazı işlerinde sorumlu olarak istihdam edilmiştir. Bir meslektaşının kendisi hakkında olumsuz dedikodular yayıyor olması nedeniyle mobbinge uğradığı iddia etmiştir. Bu nedenle ağır psikolojik rahatsızlıklar yaşadığını ve uzun süreler iş göremez hale geldiğini belirtmiştir.

Davacı, davalı Kaza Sigortasından psikolojik rahatsızlığından dolayı, tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı, talepleri kabul edilmemiştir. Davacının açmış olduğu dava gerek Sosyal Mahkeme, gerekse Eyalet Sosyal Mahkememiz tarafından reddedilmiştir.

### **Gerekçe:**

Davacının, davalıdan tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır, çünkü dava konusu olayda bir meslek hastalığı ortaya çıkmadığı gibi, bir iş kazası da söz konusu değildir.

Mobbing ve bu eylem sonrasında ortaya çıkan sonuçlar SGB VII'nın 9.maddesinin 1.fıkrası hükmü bağlamında tanımlanmış bir meslek hastalığı kapsamına girmemektedir. SGB VII'nın 9.maddesinin 2.fıkrası hükmü doğrultusunda bilimsel veriler kapsamında yeni bulguların ortaya çıkması halinde yeni meslek hastalıkları tanımlarına gidilebilmektedir. Ancak bunun için ilgili madde hükmü uyarınca hastalığın, belirli kişilerin toplumun geri kalanından daha fazla bir biçimde etkilenmiş olunması gerekmektedir. Ancak böyle bir durum dava konusu olayda ortaya çıkmamıştır, çünkü mobbing tüm meslek gruplarında ortaya çıkabilen bir eylemdir, bundan belirli meslek grupları özellikli bir risk oluşturmamaktadırlar.

Yine SGB VII'nın 8.maddesinin 1.fıkrası hükmü doğrultusunda, vücut bütünlüğüne dışarıdan gelen bir tesir sonucu kişinin sağlığı bozulur ya da hayatını kaybederse, iş kazasının varlığı kabul edilmektedir. Bu yönde bir durum da dava konusu olayda ortaya çıkmamıştır.