

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/12280
Karar No. 2011/12206
Tarihi: 21.04.2011

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/41

- **FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN SON ÜCRETE GÖRE HESAPLANAMAYACAĞI**
- **YÜZDE USLÜ ÜCRETE FAZLA ÇALIŞMANIN HESABI**

ÖZETİ Fazla çalışma ücreti ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanır. Son ücrete göre hesaplama yapılması doğru olmaz. Yargıtay kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 16.2.2006 gün 2006/ 20318 E, 2006/3820 K). Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli olmaz, istek konusu dönem içinde işçi ücretlerinin miktarı da belirlenmelidir, işçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak bilinmeyen ücretin buna göre tespiti de Dairemiz tarafından kabul görmektedir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanması gibi durumlarda, bilinen son ücretin asgari ücrete oranının geçmiş dönemler yönünden dikkate alınmasının doğru olması doğru olmaz. Bu gibi hallerde ilgili meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler ücretleri sorulmalı ve dosyadaki diğer deliller bir değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarında belirli bir yüzde olarak eklenen paraların işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine "yüzde usulü ücret" denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanununun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir, işveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yönetmelik m. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark işverence ödenir. Zira yüzde usulü

ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır

DAVA :Davacı, kıdem tazminatı, fazla çalışma, genel tatil, hafta tatili ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi N.Taşdelen tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde fesih sebebinden bahsetmeksizin bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının kendi işyerini kurmak amacıyla işi bıraktığını, şirketten bir alacağı bulunmadığını beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece dosya kapsamına göre davacının haklı bir neden olmaksızın işi bıraktığının anlaşıldığı, bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanamayacağı, diğer alacak kalemlerine dair alacağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Fazla çalışma ücretlerinin hesabı yönünden taraflar arasında uyumsuzluk konusudur.

Fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıyla ödenir (İş K. m.41/2). İşçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, bu halde sadece kalan yüzde elli zamlı kısmı ödenir.

Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı, nispi emredici bir nitelik taşır. Tarafların bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, sözleşmelerle daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır.

Fazla çalışma ücreti ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanır. Son ücrete göre hesaplama yapılması doğru olmaz. Yargıtay kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 16.2.2006 gün 2006/ 20318 E, 2006/3820 K). Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli olmaz, istek konusu dönem içinde işçi ücretlerinin miktarı da belirlenmelidir, işçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak bilinmeyen ücretin buna göre tespiti de Dairemiz tarafından kabul görmektedir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanması gibi durumlarda, bilinen son ücretin asgari ücrete oranının geçmiş dönemler yönünden dikkate alınmasının doğru olması doğru olmaz. Bu gibi hallerde ilgili meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler ücretleri sorulmalı ve dosyadaki diğer deliller bir değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

İşçinin normal çalışma ücretinin sözleşmelerle haftalık 45 saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu süreden fazla, ancak 45 saate kadar olan çalışmaları, fazla sürelerle çalışma olarak adlandırılır (İş K. 41/3.). Bu şekilde fazla saatlerde çalışma halinde normal çalışma saat ücreti yüzde yirmibeş yükseltilebilir.

4857 sayılı İş Kanunu işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı 1 saat 30 dakika, fazla süreli çalışmada ise 1 saat 15 dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle attırılması mümkündür.

Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan

normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu şekilde bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası ise fazla sürelerle çalışma ücretidir. İşçinin parça başı ücreti içinde zamsız kısmı ödenmiş olmakla, fazla çalışma ücreti sadece yüzde elli zam miktarına göre belirlenmelidir.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarında belirli bir yüzde olarak eklenen paraların işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtım şeklinde uygulanan ücret sistemine "yüzde usulü ücret" denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanununun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir, işveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yönetmelik m. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark işverence ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 11.2.2010 gün 2008/ 1772 E, 2010/ 3192 K; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K.). Ancak fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimde gidilmemektedir.

Dairemiz kararlarında fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla davalı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği ifade edilmişse de (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/ 1772 E, 2010/ 3192 K.) işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu arttırdığı aşamada mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı bilenememektedir. Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş ve her türlü indirimden kaynaklanan red sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda fazla çalışma asıl alacaktan indirim sebebiyle red vekâlet ücretine hükmedilmekte ancak Borçlar Kanununun 161/son, 325/son maddeleri ile 43 ve 44. maddelerine göre ve yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada karışıklığa yol açtığı gibi eşitsizlik de yaratmaktadır. Konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde bir kurala yer verilmediğinden Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma asıl alacaktan yapılan indirimlerden reddine karar verilen miktar bakımından kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda, her ne kadar Mahkemece davacının fazla çalışma alacağı bulunmadığından bahisle talebin reddine karar verilmişse de, dosya içerisinde yer alan iş yerine giriş çıkışı gösteren kayıtlara göre davacının bordrolarda gösterilen süreden daha fazla çalışma yaptığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının yukarıdaki ilkeler doğrultusunda hesaplanacak fazla çalışma ücretinden yapılan ödemeler düşüldükten sonra varsa bakiye tutarın hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile talebin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.04.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.