

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/18864
Karar No.	2016/21473
Tarihi:	05.12.2016

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İŞK/18-21

- **ASIL İŞVEREN İŞÇİLERİN ALT İŞVEREN YANINDA İŞE BAŞLATILMALARININ MUVAZAALİ İŞLEME DAYANILDIĞINI GÖSTERDİĞİ**
- **İŞLETMESEL KARARIN TUTARLI UYGULANMAMASININ FESHİ GEÇERSİZ KILACAĞI**
- **İSTİHDAM FAZLASI OLDUĞU İLERİ SÜRÜLEN VE Ş TEKLİF EDİLEN PERSONELİN OBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE SEÇİLMİŞ OLMASININ KANITLANAMAMASI**
- **GEÇERSİZ FESİH**
-
-

ÖZETİ Dosya kapsamındaki delillerden, dava dışı Tepe güvenlik firmasının davalı bankada kendi işçilerini değil, davalı bankanın işten çıkardığı güvenlik görevlilerini işe alarak üstlendiği güvenlik işini yerine getirdiği, bu durumun İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." düzenlemesine aykırı olduğu, bu nedenle davalı ... ile dava dışı Tepe Güvenlik firması arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca davacının iş akdine son verilmesinin geçerli neden kabul edilebilmesi için davalı bankanın aldığı işletmesel kararı tutarlı uyguladığının ve fesihten önce, "son çare" ilkesini gözettiğinin tespit edilebilmesi gerekir.

. Davalı vekili, özel güvenlik hizmet biriminin kapatılması nedeniyle istihdam fazlalığı oluşturan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığını ve eğitimleri, diğer nitelikleri bulundukları lokasyondaki gereksinimler gözetilerek 49 kişinin idari kadroya, 9 kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de; davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini uyguladığı açık değildir. Davalı bankada farklı pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacıda bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibarıyla seçildiği de açıklanmış değildir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mahkemece, muvazaa olgusu ve feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı kabul edilerek davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

.
DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı bankada güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, yapılan fesih bildirimiyle bankanın yardımcı işlerinden olan özel güvenlik hizmetleri işinin operasyonel verimlilik ve daha nitelikli hizmet almak amacıyla uzmanlaşmış şirketlerden alınacağı ve genel müdürlükçe yapılacak çalışmalar sonucunda 01.02.2015 tarihinden itibaren söz konusu norm kadronun kaldırılacağı, davacının başka bir kadroda istihdam edilmesinin mümkün olmadığı sebepleriyle iş sözleşmesinin 31.01.2015 tarihi itibarıyla feshedileceğinin bildirildiğini, davalı bankanın davacıyı farklı bir işte değerlendirmesinin mümkün olduğunu, davalı bankanın halihazırda davacı işçinin haklarını kısıtlamaya çalıştığını, fesih kararıyla beraber davalı banka bünyesinde çalışan bir çok işçinin daha ağır koşullarda, yeni alt işveren bünyesinde rutin görevlerine devam ettiklerini, daha iyi bir yönetim ve verimli çalışma performansını gösterir bir olgunun bulunmadığını iddia ederek davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının davalı bankada Özel Güvenlik Görevlisi olarak çalışmaya başlayan

davacının iş sözleşmesinin 31.01.2015 tarihinde İş Kanunu madde 17 ve 18 hükümleri uyarınca feshedildiğini ve her türlü işçilik ücret ve alacaklarının da ödendiğini, müvekkil banka yönetim kurulu tarafından yönetim hakkı çerçevesinde 25.12.2014 tarihinde davacının istihdam edildiği Özel Güvenlik Hizmet Birimi'nin kapatılmasına ilişkin kararın alındığını, özel güvenlik hizmetleri işinin dış firmaya verilerek yürütülmesi sonucu işgücü fazlası olarak belirlenecek çalışanların, davalı bankanın boş kadrolarında istihdam edilme imkanlarının araştırılarak, eğitimleri ve diğer niteliklerine uygun bulunan özel güvenlik görevlilerinin, gişe yetkilisi olarak veya dış firma ile koordinasyonu sağlamak üzere oluşturulacak kadrolara atandığını, bu kapsamda istihdam fazlalığı oluşturan çalışanlardan 49 kişinin davalı bankanın idari kadrosuna alındığını, 9 kişinin ise eğitim durumu, nitelikleri ve boş kadro durumu gözetilerek gişe yetkilisi olarak yerleştirilmesinin gerçekleştirildiğini, istihdam imkanı bulunmayarak iş sözleşmesi feshedilen özel güvenlik görevlilerinin mağdur olmaması için davalı bankanın gerekli çabayı sarf ettiğini, davalı bankanın hizmet temini için Tepe Savunma ve Güvenlik Sistemleri San. A.Ş. ile akdettiği sözleşmelerin çeşitli maddelerinde söz konusu işletmesel karar çerçevesinde, işçilerin haklarını ve mevcut durumlarının korunması adına bazı özel hükümlere yer verildiğini, yapılan tüm çalışmalara rağmen banka kadrosunda istihdam olanağı bulunmayan özel güvenlik görevlilerinin iş sözleşmesinin, işletmesel karar gereği yürürlükte bulunan 16. Dönem Toplu İş Sözleşmesi 53 ve 54. maddeleri gereğince İşçi ve İşveren İlişkileri Kurulu'nda görüşüldükten sonra feshedilmesi gerektiğine karar verildiğini, ihale ve diğer çalışmalar sonucunda Tepe Savunma ve Güvenlik Sistemleri San. A.Ş. firmasınca müvekkil bankada çalışan özel güvenlik görevlilerini mümkün olduğu kadarıyla kendi mevcut şubelerinde görev yapması için iş teklifinin yapıldığını, bu teklifi kabul eden 1072 kişinin 01.02.2015 tarihinde iş sözleşmesi imzalayarak göreve başladığını, davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği 31.01.2015 tarihini müteakiben 01.02.2015 tarihinde davalı bankanın çabalarıyla aynı şartlarda yeni işveren yanında işe başlamış olup herhangi bir ekonomik kayıp yaşamadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalı bankanın, güvenlik hizmetlerini dışardan hizmet alımı yoluyla temin etmesine ilişkin işletmesel kararın yerinde uygulandığı, işletmesel kararın tutarlı olduğu, bu nedenle yapılan feshin geçerli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır. Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Yasanın 2 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla İş Kanununun 2 nci maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer

verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Yasa ile İş Kanununun 2 nci maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanununun 5 inci maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları da bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K.)

İş Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasanın 1 inci maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirimini asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca re'sen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması halinde, alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır. Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konuları, 5763 sayılı Yasayla iş kanununda yapılan değişiklikler ve buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte "yazılı alt işverenlik sözleşmesi"nden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt İşveren Yönetmeliğinde;

- 1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,
- 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,
- 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,
- 4) Kamusal 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, ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, 23.01.2015 tarihli fesih bildirimine göre, davalı bankada güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, banka yönetim kurulunun 25.12.2014 tarih ve 4/10186-1 sayılı kararı ile aldığı işletmesel karar doğrultusunda güvenlik hizmetlerinin, hizmet satın alınması yöntemi ile başka firmaya (Tepe Güvenlik..Ltd Şti) verildiği ve bunun sonucu olarak davacının istihdam fazlası konumuna düştüğü gerekçesiyle feshedilmiştir.

Dosya kapsamındaki delillerden, dava dışı Tepe güvenlik firmasının davalı bankada kendi işçilerini değil, davalı bankanın işten çıkardığı güvenlik görevlilerini işe alarak üstlendiği güvenlik işini yerine getirdiği, bu durumun İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam

ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” düzenlemesine aykırı olduğu, bu nedenle davalı ... ile dava dışı Tepe Güvenlik firması arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca davacının iş akdine son verilmesinin geçerli neden kabul edilebilmesi için davalı bankanın aldığı işletmesel kararı tutarlı uyguladığının ve fesihten önce, “son çare” ilkesini gözettiğinin tespit edilebilmesi gerekir.

Dosya kapsamındaki delillerden davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra, aynı birime personel alımı yapıldığı görülememiştir. Ancak, davacı dahil toplam 1185 güvenlik görevlisinin alınan işletmesel karardan sonra hizmet akdi ilişkileri sona ermiş olup 29.01.2015 tarihli yazı ve ekindeki görev yazılarından davalı banka bünyesinde güvenlik görevlisi kadrosunda çalışan 49 işçinin bankanın idari kadrosuna alındığı, 9 güvenlik görevlisinin gişe yetkilisi olarak yerleştirildiği, 1072 işçinin ise alt işveren şirkette güvenlik görevlisi olarak çalışmaya devam ettiği tespit edilmiştir. Bu tespitler davalı tarafın da kabulündedir.

Temyiz incelemesi Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nce yapılan 2015/30112 Esas ve 2015/25607 Karar sayılı dosyada, dosyaya sunulan fesih öncesi ve sonrasında işe alınan işçileri gösterir listede çok sayıda gişe yetkilisinin işe alındığı anlaşıldığından işverenin davacıya neden başka iş ve görev teklif etmediği, hangi objektif seçim kriterini uyguladığının anlaşılamaması nedeniyle mahkemece verilen işe iade kararının doğru olduğu belirtilmiştir.

Davalı vekili, özel güvenlik hizmet biriminin kapatılması nedeniyle istihdam fazlalığı oluşturan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığını ve eğitimleri, diğer nitelikleri bulundukları lokasyondaki gereksinimler gözetilerek 49 kişinin idari kadroya, 9 kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de; davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini uyguladığı açık değildir. Davalı bankada farklı pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacıda bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibarıyla seçildiği de açıklanmış değildir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mahkemece, muvazaa olgusu ve feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı kabul edilerek davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmiştir.

SONUÇ:

Yukarıda belirtilen sebeplerle;

1-Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2-İşverence yapılan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE, davacının İŞİNE İADESİNE,

3-Davacının kanunî sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4-Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarife göre belirlenen 1.800 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7-Davacı tarafından yapılan 482.50 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak 05.12.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

