

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2013/12454

Karar No. 2013/32034

Tarihi: 05.12.2013

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/18-21

- **İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINA GİREN İŞÇİLERİN TESPİTİ**
- **BİRLİKTE İSTİHDAM DA 30 İŞÇİNİN TÜM ŞİRKETLERDE ÇALIŞAN İŞÇİ SAYISINA GÖRE BELİRLENMESİNİN GEREKMESİ**
-

ÖZETİ 4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K mad. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışından kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 İşçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

DAVA :Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılardan Birleşik Makina ve Montaj San. Ve Tic. Ltd. Şti. tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi E.Sevgi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı davalı işyerinde 01.03.2010 tarihinde çalışmaya başladığını, 28.02.2011 tarihinde iş akdinin haksız ve geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini, fesih işleminin haksız ve geçersiz olduğunun tespitiyle işe iadesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı BMS Birleşik Makina ve Montaj San. ve Tic. Ltd. Şti. cevap dilekçesinde özetle; Mimag İnş. ve Tic. A.Ş.'nin taşeronu olarak İsdemir 2 nolu Sinter Fabrikası Şantiyesi işini üstlendiklerini, davacının da şantiyede çalıştırılmak üzere 03.03.2010 tarihinde işe başlatıldığını, işin tamamlanması aşamasına gelmeleri nedeniyle işçi sayısında kademeli olarak azaltmaya gidildiğini, davacının iş akdinin feshedildiği 28.02.2011 tarihinde şantiyede çalışan işçi sayısının 28 olduğunu, aynı gün davacı işçi ile birlikte toplam 4 işçinin iş akdinin feshedildiğini, 28.02.2011 tarihi itibarıyla çalışan işçi sayısının 30'un altında olduğunu, ayrıca cevap tarihi itibarıyla işin fiilen tamamlandığını ve kesin kabul aşamasına gelindiğini, bu nedenle ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırmanın mantığının olmadığını beyan ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Mimag İnş. ve Tic. A.Ş. 15.04.2011 havale tarihli beyan dilekçesinde; davacının taşeron firma olan BMS Birleşik Makina ve Montaj San. ve Tic. Ltd. Şti. işçisi olduğunu beyan etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davalı Mimag İnş. ve Tic. A.Ş. yönünden reddine, diğer davalı BMS Birleşik Makine ve Montaj San. ve Tic. Ltd. Şti. yönünden davanın kabulü ile davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı BMS Birleşik Makina ve Montaj San. ve Tic. Ltd. Şti. vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile

çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bodro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde gözönünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K mad. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50’den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu’nun kapsamı dışından kalacağından, bu yerlerde 30’dan fazla işçi çalıştırılrsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 İşçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.07.2008 gün ve 2008/25552 Esas, 2008/20932 Karar sayılı ilamımız).

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davalı BMS Birleşik Makine ve Montaj Sanayi Ltd. Şti. cevap dilekçesinde kendilerinin diğer davalı Mimag İnşaat ve Tic. A.Ş.’nin taşeronu olarak İsdemir 2 Nolu Sinter Fabrikası Projesi Şantiyesi işini üstlendiklerini sigorta sicil numaralarının 44399.01.01.1050320.031.05.32.002 olduğunu, fesih tarihinde çalışan işçi sayısının 28 olduğunu belirterek 2011 yılı Şubat ayına ilişkin sigorta bildirgesini sunmuştur. Söz konusu sigorta bildirgesi incelendiğinde davacının iş sözleşmesinin feshedildiği 28.02.2011 tarihinde aynı gün iş sözleşmesi feshedilenlerle birlikte 28 işçinin çalıştığı görülmektedir. Her ne kadar dönem bildirgesinde toplamda 31 işçi görülmekteyse de, bildirmede ismi bulunan Gökhan Başaran’ın ve Fatih Erdoğan’ın 25.02.2011 tarihinde, Ahmet Kurt’un ise 23.02.2011 tarihlerinde çıkışları verildiği, söz konusu işçilerin iş sözleşmelerinin fesihlerinin davacının iş sözleşmesinin feshinden önce olduğu anlaşılmaktadır.

Dairemizce davalı BMS Birleşik Makine ve Montaj Sanayi Ltd. Şti’ne ait tüm Türkiye genelindeki aynı iş kolundaki işyerlerinde fesih tarihi olan 28.02.2011 tarihinde çalışan işçi sayısını gösterir belgelerin getirilmesi konusunda geri çevirme yapılmıştır. Davacının sigorta hizmet cetvelinde 28.02.2011 tarihinde 1050320 sicil numaralı işyerinden çıkış yapıldığı görülmektedir. Söz konusu işyeri sicil numarası salt “1050320” olarak kurumca sorgulandığında diğer davalı Mimag İnşaat ve Ticaret A.Ş. ait işyeri bildirimleri çıkartılarak gönderilmiştir. Halbuki davacı 44399.01.01.1050320.031.05.32.002 sicil numaralı BMS Birleşik Makine ve Montaj Sanayi Tic. Ltd Şti’ye ait işyerinde sigortalı olarak görülmektedir.

Buna göre gerekli araştırmanın yapılarak davalı BMS Birleşik Makine ve Montaj Sanayi Tic. Ltd. Şti ’ye ait fesih tarihinde tüm Türkiye genelinde aynı iş kolunda başka işyeri bulunup bulunmadığı kurumdan araştırılıp varsa işçi sayılarını gösteren belgelerin celp edilerek 30 işçi sayısı şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ortaya konmalıdır. Davalıya ait başka işyeri olmadığı ortaya

ıkarsa doğrudan ret kararı verilmemeli davacının iş sözleşmesinin feshinden önce iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin işe iade davaları olup olmadığı, varsa sonucu yukarıdaki anlatılan ilkeye göre araştırılıp değeriendirilmelidir. Ayrıca davalı BMS Birleşik Makine ve Montaj Sanayi Tic. Ltd Şti'nin diğeri davalının taşeronu olduğu belirtildiğinden davalıların ticaret sicil kayıtları getirtilmeli aralarında organik bağ olup olmadığı tespit edilmeli, davalılar arasındaki sözleşme getirtilmeli, davalı BMS Birleşik Makine ve Montaj Sanayi Tic. Ltd Şti'nin üstlendiğı işin ne olduğu, muvazaalı bir ilişki bulunup bulunmadığı veya birlikte istihdam olup olmadığı araştırılmalı sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı BOZULMASINA, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.