

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2018/1480
Karar No.	2018/5708
Tarihi:	05.03.2018

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

- **İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMININ BELİRLENMESİNE ESAS OTUZ İŞÇİ KISTASINDA DİKKATE ALINACAK İŞÇİLER**
- **OTUZ İŞÇİNİN TESPİTİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİNE AYRIM YAPILMAKSIZIN FESİH TARİHİNDE İŞYERİNDE ÇALIŞANLARIN DİKKATE ALINACAĞI**
- **İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVAM ETMİŞ OLMASININ 30 İŞÇİ KISTASI İÇİN YETERLİ OLDUĞU FİİLEN ÇALIŞMANIN GEREKMEMESİ**
- **İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLMAYAN İŞVEREN VEKİLLERİNİN DE 30 İŞÇİ KISTASI İÇERİSİNDE DEĞERLENDİRİLECEĞİ**
- **İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİ İÇİN 30 İŞÇİ KOŞULUNUN ARANMAYACAĞI**

ÖZETİ 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.

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.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. Dosya içeriğine göre; davalı Erol Paz. Ltd. Şti. Erol Perde A.Ş.'nin bayiidir. 30 işçi şartının sağlanıp sağlanmadığı açısından araştırma yapılması için hükmün bozulması gerekmektedir

MAHKEMESİ :İş Mahkemesi
DAVA TÜRÜ : İŞE İADE

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası

için Tetkik Hakimi H. Gülsoy tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı şirketlerden Erol Perde A.Ş. de pazarlama elemanı olarak çalışmaya başladığını 2013 yılında bayi sorumlusu olduğunu 01.03.2014 tarihinden itibaren bayileri denetlediğini, Erol Perde Şirketi ortaklarının 01.05.2014 tarihinde ortaklıktan ayrılacak olması nedeniyle 21.04.2014 tarihinden itibaren İzmir' de çalışmaya ve yaşamaya başladığını, ailesini ise Temmuz ayına kadar getirmedikçe, şirketin 22.09.2014 tarihinde resmi olarak İstanbul'dan çıkışını verdiğini, şirket tarafından haklarının ihlal edildiğini, tüm bayilerin İstanbul merkez Erol Perde A.Ş. den yönetildiğini, iş sözleşmesinin haklı ve geçerli bir sebep olmadan 21.01.2015 tarihinde feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekilleri ayrı ayrı iş güvencesinden yararlanma koşullarının oluşmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının, Davalı Erol Perde İth. İhr. A.Ş iş yerinde 14/12/2010-22/09/2014 tarihleri arasında, Erol Pazarlama Mefruşat Tekst. Gıda. Tur. İnş. Mal. San. Tic. Ltd. Şti iş yerinde 23/09/2014-10/01/2015 tarihleri arasında olmak üzere kesintisiz olarak belirsiz süreli hizmet akdi kapsamında pazarlama ve idari işler görevi ile çalıştığı, Ticaret sicil kayıtları, tanık beyanları ve dosya kapsamına göre davalı şirketler arasında organik ve fiili bağ olduğu anlaşılmakla davacının yaptığı iş, çalışma süresi, fesih tarihinde iş yerlerinde toplam çalışan işçi sayısı yönünden davada 4857 sayılı Yasanın 18. maddesinde belirtilen işe iade davası açılması koşullarının gerçekleştiği, davalı taraflarca hak düşürücü süre itirazında bulunulmuş isede, davalı işveren Erol Pazarlama şirketi tarafından cevap dilekçesi ile feshin 10/01/2015 tarihinde yapıldığının iddia edilmesi, feshin tebliğine dair belge sunulmamış olması, davacı tarafca feshin 21.01.2015 tarihinde öğrenildiğinin ileri sürülmesi nedeniyle mahkememizce yargılama aşamasında feshin tebliğine ilişkin belgelerin sunulması için davalı Erol Pazarlama vekiline meşruhatlı tebliğ yapılması üzerine dosyaya davacının 10/01/2015 tarihli fesih tebliğini almadığı yönünde gıyabında düzenlenmiş tutanak sunulmuş ise de, sonradan sunulan tutanakta davacının herhangi bir beyan veya imzası olmayıp tutanakların her zaman düzenlenebilecek belgelerden olduğu sebebiyle itibar edilmeyip, davacı tarafın fesihten 21/02/2015 tarihinde haberdar olduğu şeklindeki beyanı (davalı tarafın işyeri kayıtları içinde sunulan e-mail yazışmalarında fesihten söz edilmiş ise de yazışmaların 15/01/2015 tarihine ilişkin olduğu) ve davanın 12/02/2015 tarihinde açılması karşısında davada 1 aylık yasal hak düşürücü sürenin geçmediği, fesih bildiriminde sebep bildirilmemiş olması nedeniyle fesih bildiriminin yasadaki usule uygun olmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesi ile tazminatlarından davalıların müstareken ve müteselsilen sorumlu tutulmalarına karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davalı Erol Perde ve Sistemleri İthalat ve İhracat A.Ş. vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, her iki davalı şirketin ortaklık yapıları, faaliyet konuları, faaliyet adreslerinin farklı olduğu, aralarında organik bağ bulunmadığı, ayrı tüzel kişilikler olduğu, davacıyı birlikte istihdam etmedikleri, davalı Erol Pazarlama Mefruşat Teks. Gıda Tur. İnş. Mal. San. Tic. Ltd. Şti.'nin diğer davalı Erol Perde ve Sistemleri İthalat ve İhracat A.Ş.'nin bayisi olarak faaliyet gösterdiği, davacının Erol Perde A.Ş.'den diğer davalı Erol Pazarlama'ya iş sözleşmesinin devri sureti ile geçtiğine dair de bir delil bulunmadığı, davacının Erol Perde ve Sistemleri İthalat ve İhracat A.Ş.'deki çalışmasının 22/09/2014 tarihinde tazminatları da ödenmek sureti ile son bulduğu, iş bu davanın 12/02/2015 tarihinde açılmakla süresinde olmadığı, diğer davalı Erol Pazarlama Mefruşat Teks. Gıda Tur. İnş. Mal. San. Tic. Ltd. Şti.'ndeki çalışmasının 6 aydan az olduğu, ayrıca bu şirkette çalışan işçi sayısının 30'un altında bulunduğu, yine bu davalı yönünden iş akdinin işverence sözlü olarak feshedildiğini davacının 09/01/2015 tarihinde öğrendiğini işverene gönderdiği e-mailde zikrettiği, bu davalı yönünden de işe iade davası açma koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle, Erol Perde ve Sistemleri İthalat ve İhracat A.Ş. vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar yasal süresi içerisinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

Bölge Adliye Mahkemesince davacının davalı Erol Pazarlama Mefruşat Teks. Gıda Tur. İnş. Mal. San. Tic. Ltd. Şti.'ndeki çalışmasının 6 aydan az olduğu, ayrıca bu şirkette çalışan işçi sayısının 30'un altında bulunduğu, yine bu davalı yönünden iş akdinin işverence sözlü olarak feshedildiğini davacının 09/01/2015 tarihinde öğrendiğini işverene gönderdiği e-mailde zikrettiği, bu davalı yönünden de işe iade davası açma koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

Dosya kapsamına göre davacı 2013/3 ayında bayi sorumlusu olarak çalışmaya başlamış ve 25-28/03/2014 tarihinde Ankara Bayi ziyaretleriyle ilgili raporunu işverene sunmuştur. Ardından fiilen İzmir'de çalışmaya devam ettiği ve davalı Erol Paz. Ltd. Şti.'nin işyeri tescil adresine mernis kaydını aldirarak İzmirdeki Erol Pa. Mef.Ltd. Ştinde çalışmaya başladığı bu çalışmasını ise 15.01.2015 tarihine kadar sürdürdüğü dosyadaki bilgi ve belgelerden (2014/4 bayi cari kayıtları ve e-mailler) anlaşılmaktadır. 6 aylık kıdem yönünden fiili çalışma süresi göz önüne alındığında sorun yoktur. Ayrıca 1 aylık hak düşürücü dava açma süresi yönünden ise e-mail yazışmalarının 15/01/2015 tarihine ilişkin olduğu ve e-mail kaydında 12.01.2015 tarihinde işyerinde çalıştığının da ifade edildiği, davanın 12/02/2015 tarihinde açılması karşısında davada 1 aylık yasal hak düşürücü sürenin de geçmediği anlaşılmaktadır. Dosyada davalı Erol Paz. Ltd. Şti' ne ait Türkiye çapında fesih tarihinde kaç işçi çalıştırdığına dair kayıtlar dosya içeriğinde bulunmamaktadır.

Taraflar arasında fesih tarihi itibariyle işverence otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı ve dolayısıyla davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesidir.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışmak gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. İşçi sayısına ilişkin bu hüküm nispi emredici olduğundan, daha az işçi sayısını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibarıyla belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi- mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır.

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.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.

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

taraf larca alt işveren sayılan kişiye bağı lı 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.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. Dosya içeriğine göre; davalı Erol Paz. Ltd. Şti. Erol Perde A.Ş.'nin bayiidir. 30 işçi şartının sağlanıp sağlanmadığı açısından araştırma yapılması için hükmün bozulması gerekmiştir.

Mahkemece yukarıda belirtilen ilkeler ışığında araştırma yapılarak, Türkiye çapında fesih tarihinde davalı Erol Pazarlama Mefruşat Teks. Gıda. Tur. İnş. Mal. San. Tic. Ltd. Şti' nin davacının çalıştığı işkolu ile aynı işkoluna tabi işyerlerindeki işçi sayısının otuz ve üzerinde olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Bu yön gözetilmeden karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

Sonuç : Temyiz olunan İlk Derece Mahkemesi kararı ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.03.2018 tarihinde oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.