

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/11697
Karar No.	2016/14192
Tarihi:	14.06.2016

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/2,18-21

- **ASIL İŞVEREN İŞÇİLERİNİN ALT İŞVEREN TARAFINDAN İŞE ALINMALARI**
- **MUVAZAA**
- **FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİNİN GÖZETİLMEMİŞ OLMASI**
- **GEÇERSİZ FESİH**
-

ÖZETİ Dosya kapsamındaki delillerden, dava dışı ... 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 ... 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 fesihden 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.

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 idare kadroya, 9 kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de; davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini uyguladığı açık değildir. Cevap dilekçesinde davacının görev esnasında dikkat eksikliği ve görevini özensiz yaptığı gerekçeleriyle çalıştığı şubelerden şikayet alındığı belirtilmekle birlikte bu savunmayı ispatlayacak bir delil sunulmadığı gibi bankada farklı pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacıda bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibarıyla seçildiği de açıklanmamıştır. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mahkemece, muvazaa olgusu ve feshin son çare olmasına ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilmeden davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

9. Hukuk Dairesi 2016/11697 E. , 2016/14192 K.

•

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ :İŞ MAHKEMESİ

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:

Y A R G I T A Y K A R A R I

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile davalı işveren nezdinde güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, 23.01.2015 tarihinde iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğini, fesih bildiriminde "Bankacılığın yardımcı işlerinden olan özel güvenlik hizmetleri işinin, operasyonel verimlilik sağlamak ve daha nitelikli hizmet almak amacıyla piyasa şartlarına göre bu işlerde uzmanlaşmış 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine dair kanun kapsamında yer alan firmalardan temin edilmesi ve buna göre Bankanın ilgili organizasyonunda değişiklik yapılması, Genel Müdürlükçe yapılacak çalışmalar sonucunda 01.02.2015 tarihinden itibaren söz konusu özel güvenlik norm kadrosunun yasal mevzuat çerçevesinde kaldırılması uygun bulunmuştur" gerekçesinin gösterildiğini, işverenin bankanın güvenliğinin tanıdıkları elemanlarla yürütülmesini sağlamak istediği için tüm banka güvenlik çalışanlarının güvenlik hizmetlerinin devredildiği taşeron firmada da çalışmalarını istediğini, davalı işverenin bu önerisi ile taşeron firmanın alacağı yeni elemanların davalı bankanın iç yapısını bilmemeleri nedeni ile işlerin aksamasının önüne geçmeye çalıştığını, ayrıca davacı ve diğer güvenlik elemanlarını işten çıkardıktan sonra kasıtlı olarak başka birimde de istihdam etmeyerek taşeron firma ile çalışmaya zorladığını, taşeron firma ile yalnızca bir yıllık sözleşme yapıldığını, bir yılın sonunda sözleşmelerin yenilenip yenilenmeyeceği konusunda belirsizlik bulunduğunu, davalı banka tarafından banka bünyesindeki başka bir işe geçmesi konusunda teklifte bulunulmadığını ileri sürerek; feshin geçersizliğinin tespiti ile müvekkilinin işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının iş sözleşmesinin işyeri gerekleri nedeni ile feshedildiğini, Banka Yönetim Kurulu tarafından "Yönetim Hakkı" çerçevesinde 25.12.2014 tarihinde davacının istihdam edildiği özel güvenlik hizmet biriminin kapatılmasına ilişkin karar alındığını, bu karar ile özel güvenlik norm kadrosunun kaldırılmasına, işgücü fazlası olarak belirlenecek çalışanların bankanın boş kadrolarında istihdam edilme imkanlarının araştırılarak eğitimleri ve diğer nitelikleri yapılacak işe uygun bulunan özel güvenlik görevlilerinin gişe yetkilisi olarak veya dış firma ile koordinasyonu sağlamak üzere oluşturulacak kadrolara atanması, feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler sonucunda boş kadroların araştırılmasına rağmen istihdam imkanı bulunamayan özel güvenlik görevlilerinin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin işletmesel karar alındığını, şirketin ana faaliyet konusunun bankacılık ve finans işlemleri olduğunu, özel güvenlik hizmetleri biriminin kapatılması nedeniyle doğan istihdam fazlalığının tamamının bankanın diğer birimlerinde değerlendirilmesinin hem bu durumdaki özel güvenlik görevlilerinin sayısı hem de ifa ettikleri iş nedeni ile mümkün olmadığını, istihdam fazlalığı olan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığını ve eğitimleri, diğer nitelikleri, bulundukları lokasyondaki ihtiyaçlar dikkate alınarak 49 kişinin bankanın idari kadrosuna alındığını, 9 kişinin ise eğitim durumu, nitelikleri ve boş kadro durumu gözetilerek gişe yetkilisi olarak yerleştirilmesinin yapıldığını, davalı banka tarafından söz konusu fesih işlemi gerçekleştirilirken iş sözleşmesi feshedilen işçilerin fesih nedeni ile herhangi bir zarara uğramaması, banka nezdinde çalışırken sahip oldukları hayat tarzının olumsuz yönde değişmemesi için ortalama bir işverenden beklenmeyecek şekilde yüksek bir özen gösterildiğini, dava dışı ... Savunma ve ... San. A.Ş. ile davalı arasında imzalanan sözleşmelerin çeşitli maddelerinde söz konusu işletmesel karar çerçevesinde işçilerin haklarının ve mevcut durumlarının korunması adına bazı hükümlere yer verildiğini,

bankada çalışan özel güvenlik görevlilerini mümkün olduğu kadarıyla kendi mevcut şubelerinde görev yapması için iş teklifi yapıldığını, bu teklifi yapan 1072 kişinin 1 Şubat 2015 tarihinde iş sözleşmesi imzalayarak göreve başladığını, davacının iş sözleşmesinin de bu işletmesel karar çerçevesinde ve boş kadrolarda istihdam edilme imkanının bulunmaması nedeniyle tüm hak ve alacaklarının ödenmesi suretiyle feshedildiğini savunarak; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalı işverence alınan kararın objektif ve tutarlı bir biçimde uygulandığı, feshin son çare olması ilkesine uyulduğu, davacının davalı işveren nezdinde çalıştırılabileceği başka bir pozisyon bulunmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

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

doğrultudur (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 bildirim 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 muvaza'a 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 muvaza'a 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 (... Güvenlik..Ltd Şti) verildiği ve bunun sonucu olarak davacının istihdam fazlası konumuna düştüğü gerekçesiyle feshedilmiştir.

Dosya kapsamındaki delillerden, dava dışı ... 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 ... 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.

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 idare kadroya, 9 kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de; davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini uyguladığı açık değildir. Cevap dilekçesinde davacının görev esnasında dikkat eksikliği ve görevini özensiz yaptığı gerekçeleriyle çalıştığı şubelerden şikayet alındığı belirtilmekle birlikte bu savunmayı ispatlayacak bir delil sunulmadığı gibi bankada farklı pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacıda bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibarıyla seçildiği de açıklanmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mahkemece, muvazaa olgusu ve feshin son çare olmasına ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilmeden 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 verilmesi gerekmiştir.

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 4 aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,

5-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye 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 davalıya iadesine,
Kesin olarak 14/06/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.