

YARGITAY

7. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2015/39141	İlgili Kanun / Madde
Karar No.	2016/6555	4857 S. İşK. /18-21
Tarihi:	17.03.2016	

- **İŞLETMESEL NEDENLERLE FESİHTE YARGISAL DENETİM**
- **İŞLETMESEL KARAR NEDENİYLE İSTİHDAM FAZLALIĞININ ORTAYA ÇIKMASININ TEK BAŞINA FESHİ GEÇERLİ KILMAYACAĞI BU DURUMDA DA TUTARLILIK DENETİMİN YAPILMASININ GEREKMESİ**
-

ÖZETİ Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin feshite keyfi davranıp davranmadığı(keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı(ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı feshih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir.

Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. Ancak işçinin çalışma olanağının olup olmadığı somut olarak ortaya konmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin davacının çalıştığı Saha Donanım ve Bakım Bölümünün 02.09.2011 tarihli sözleşme ile dava dışı bir tüzel kişiye alt işveren uygulaması ile verdiği, bu uygulamanın Bankaların Destek Hizmeti Alımına Dair Yönetmeliğe uygun olduğu, dolayısı ile asıl-alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu, bu bölümde çalışanların istihdam fazlası olacağı açıktır.

Ancak salt bu durum feshin geçerli nedene dayandığını göstermez. Bu durumda dahi davalının tutarlı davranıp davranmadığının, davacının görev tanımına ve yaptığı işe göre başka işyerinde veya başka görevlerde somut olarak değerlendirilme olanağı olup olmadığının da araştırılması gerekir

7. Hukuk Dairesi 2015/39141 E. , 2016/6555 K.

•

"İçtihat Metni"

Mahkemesi : İş Mahkemesi
Dava Türü : İşe İade

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

Davacı vekili, iş akdinin 18/11/2013 tarihli fesih bildirimi ile işlemler karar gerekçe gösterilerek feshedildiğini, feshin son çare olma ilkesine uyulmadığını, aynı şartlarda çalışanlar olduğunu ve feshin geçersiz olduğunu öne sürerek feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş akdinin İş Kanunun 17 ve 18. maddeleri uyarınca alınan işletmesel karar nedeni ile feshedildiğini, banka yönetim kurulu tarafından davacının

çalıştığınün kapatılmasına ilişkin işletmesel karar alındığını, davacının bankanın bilgi teknolojileri iş birimi altında yer alan saha donanım bakım alt grubunda çalıştığını,' nın yürürlüğe konulan bankaların destek hizmeti almalarına ilişkin yönetmelikte "bankacılık asıl işlerinin dışı verilmesi mutlak şekilde sınırlanmış iken, yardımcı işler anlamına gelen destek hizmetleri " için dıştan hizmet alımının mümkün kılındığını, banka tarafından yönetim hakkı çerçevesinde destek hizmetleri yönetmeliğinin sağladığı bu yasal imkanın kullanılması yönünde alınan işletmesel karar alındığını ve bu kararın uyguladığını, davacının uzmanlık alanı dahilinde yaptığı işin özel nitelikli bir iş olarak kabul edildiği ve diğer bölümlerde görevlendirilmesinin objektif olarak mümkün olmadığı, davacının da aralarında bulunduğu iş akdi feshedilen personellere bu kişilerin değerlendirilebileceği birimler nezdindeki boş kadrolar oranında iş teklifinde bulunulmuş olup 3 kişinin uygun boş kadrolara yerleştirildiği, bu nedenle davacının yerleştirileceği herhangi bir boş kadro bulunmadığını ve son çare olarak iş akdinin feshedildiği, davacının iddia ettiğinin aksine aynı şartlarda görevine devam eden çalışanlar bulunmadığı, söz konusu çalışanların farklı hizmet sürelerine istinaden farklı ihbar sürelerine tabi olmaları nedeniyle aynı tarihlerde iş akitlerinin sonlandırılmadığı, planlanan sürecin Nisan 2014 itibariyle tamamlanması ile Saha Donanım Bakım Alt Grubu çalışanlarının tümünün iş akdinin feshedilmiş olacağı ve işin Türkiye'de her bölgede tarafından yürütüleceği, davacının iş bu davayı açmakta hukuki menfaatinin bulunmadığı, bu sebeplerle feshin geçerli olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalı tarafın destek hizmet alımına ilişkin yaptığı sözleşmenin 5.21.maddesine göre, davalı banka tarafından işine son verilen işçilerin istekli olmaları halinde iş alan şirket bünyesinde çalıştırılacağı, davalı banka tarafından sözleşmeye eklenen listede toplam 86 personelin yer aldığı ve dışardan hizmet alımı nedeniyle bu personellerin işine son verilmesi halinde yukarıda belirtilen güvenceden yararlanmalarına yönelik düzenleme yapıldığı, davacının isminin bu listede yer aldığı, banka vekilince ekli listede yer alan herkesin aynı anda işten çıkarılamayacağını buna ilişkin kademeli bir uygulama yapıldığının savunulduğu, davalı bankanın yapmış olduğu uygulamanın sadece davacı işçiye yönelik olmadığı bu kapsamda işyerinde genel bir düzenleme yapıldığı ve buna bağlı işçilerin çıkarıldıkları, fesih ile ilgili alman yönetim kurulu kararı sonrası Bilgi Teknolojileri birimine bağlı saha donanım bakım birimine işçi alınmadığı, bu birime son olarak 01.07.2013 ve 12.08.2013 tarihinde işçi alımı olduğu, davacı tanıdığı olan ve davacı ile aynı anda işten çıkarılan işçinin bankanın; işveren şirketle çalışmaya başlamasından sonra işten çıkarıldıklarını, kendisinin de işe iade davası açtığını, bu arada taşeron şirkete müracaat ederek işe başladığını ve 900 TL daha yüksek aylıkla çalıştığını, davacının ise bu şirkete müracaat etmediğini beyan ettiği, şu halde davalı tarafın 5.21. Maddesi ile eklediği hükmü aktif olarak uygulamış olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı(keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı(ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini

ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. Ancak işçinin çalışma olanağının olup olmadığı somut olarak ortaya konmalıdır.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin davacının çalıştığı Saha Donanım ve Bakım Bölümünün 02.09.2011 tarihli sözleşme ile dava dışı bir tüzel kişiye alt işveren uygulaması ile verdiği, bu uygulamanın Bankaların Destek Hizmeti Alımına Dair Yönetmeliğe uygun olduğu, dolayısı ile asıl-alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu, bu bölümde çalışanların istihdam fazlası olacağı açıktır.

Ancak salt bu durum feshin geçerli nedene dayandığını göstermez. Bu durumda dahi davalının tutarlı davranıp davranmadığının, davacının görev tanımına ve yaptığı işe göre başka işyerinde veya başka görevlerde somut olarak değerlendirilme olanağı olup olmadığının da araştırılması gerekir.

Dosya içeriğine göre, davalı alt işverenden hizmet alımını Eylül 2009 başına almasına rağmen Saha Donanım Bakım Bölümünü tamamen kapatmamış, bölümde çalışan 104 işçiden 86 işçinin iş sözleşmelerini ise daha sonra değişen tarihlerde 09.09.2013-11.02.2014 arası feshetmiştir. İş sözleşmesi feshedilen işçilerden büyük bir kısmı alt işveren işçisi olarak çalışmayı kabul etmiş, diğer kalan işçilerden bir kısmı davalının başka bölümlerinde değerlendirilmiş, davacı gibi alt işveren ile çalışmayan işçilerin ise başka yerde değerlendirme olanakları olup olmadığı araştırılmadan iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Bunun yanında davalının aynı bölüm olmasa bile eğitim durumu farklı da olsa aynı nitelikte Ağustos 2013-Nisan 2014 arası BT işletim ve Teknik destek bölümüne 29 kişi alınmıştır. Emsal dosyalarda aynı fesih nedenini inceleyen bilirkişiler aynı sonuca ulaşmışlar ve İş Mahkemesinin 2013/675 Esas, 2014/332 Kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2014/30646 Esasında ve İş Mahkemesinin 2013/926 Esas, 2014/329 Kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2014/31315 Esasında incelenerek, İş Mahkemesi'nin 2013/692 Esas, 2015/107 Kararı ise Dairemizin 2015/20864 Esasında incelenerek işverenin fesihte tutarlı davranmadığı ve feshin son çare olması ilkesine uymadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

Toplanan delillere ve emsal kararlara göre davalının alt işveren uygulamasına rağmen bölümü tamamen kapatmadığı, fesihi aldığı işletmesel karardan sonra değişik tarihlerde uyguladığı, aynı nitelikte işçi alımı yapması nedeni ile tutarlı davranmadığı, davacının işe alım yapılan bazı pozisyonlar için gerekirse kısa süreli meslek içi eğitim verilerek istihdamın sürdürülmesi alternatifinin de uygulanmadığı, başka yerde değerlendirilmesinin düşünülmediği, değerlendirilen işçiler yönünden farkın ortaya konulmadığı ve bu şekilde feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile

1.Mahkemenin tarih ve sayısı belirtilen kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

3.Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,

4.Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak

olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,
5.Alınması gereken 29,20 TL harçtan, peşin alınan 24,30 TL harcın tenzili ile bakiye 4,90 TL'nin davalıdan tahsili ile'ye gelir kaydına,
6.Davacının yaptığı 509,25 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7.Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ne göre 1.800,00 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8.Artan gider ve delil avansının ilgisine iadesine,
9.Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davacıya iadesine, 17.03.2016 gününde oybirliği ile KESİN olarak karar verildi.