

YARGITAY

7. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2014/6956	<u>İlgili Kanun / Madde</u>
Karar No.	2014/11222	4857 S. İşK. /2, 6
Tarihi:	26.05.2014	

- ***İŞYERİ DEVRİ***
- ***ALT İŞVERENLERİN DEĞİŞMESİNE KARŞIN İŞÇİNİN ÇALIŞMAYI SÜRDÜRMESİNİN İŞYERİ DEVRİ HÜKÜMLERİNE GÖRE ÇÖZÜMLENMESİNİN GEREKMESİ***

ÖZETİ İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir

İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korumasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddî ve maddî olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir(Süzen, v. Zehnacker Krankenhausservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259. ; Spijkers v. Benedik, Case 24/85, 1986, ECR 1119).

Avrupa Adalet Divanı, maddî ve maddî olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde, ekonomik birliğin önemli unsuru olan işçilerin devri yoluyla da işyeri devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmektedir (ATAD, 10.12.1998, 173/96, Hidalgo, para. 26, NZA 199, H.4, 189 vd.).

Avrupa Adalet Divanının kararlarında, “hukukî işlemle devir” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı, sözlü veya zımnî bir anlaşma da yeterli görülmektedir. Yine üye ülkeler uygulamasında, ihale yoluyla bir işin alınmasında, devreden işveren bilmese dahi işyeri devrinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye olmayan ancak benzer hükme sahip İsviçre’de Federal Mahkeme, devreden ve devralan

arasında doğrudan hukukî işlemin bulunmasının şart olmadığı sonucuna varmıştır (Bkz. Yenisey, K. Doğan: İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri Bölümü Kavramları, Kadir Has Üni. İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, s. 135).

Yapılan bu açıklamalara göre; işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, dosya incelendi, gereği görüldü:

1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalı TEİAŞ'ın tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı, davalı işyerinde taşeron işçisi olarak çalışırken iş akdinin taşeron tarafından ihale süresinin bitmesi nedeniyle sona erdirildiğinden bahisle kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacaklarının ödetilmesini istemiştir.

Davalı TEİAŞ, davacının kendi işçisi olmadığını savunarak, davanın husumetten ve esastan reddini, davalı şirket ise iş akdinin feshedilmediğini davacının halen üst işveren TEİAŞ nezdinde çalışmaya devam ettiğini savunarak davanın reddini talep etmişlerdir.

Mahkemece, davacının işinden ve işyerinden ayrılmadan aynı asıl işveren TEİAŞ'nin 07.11.2013 tarihli SGK cevabi yazısında belirtilen diğer alt işvereni dava dışı 1048687 SGK sicil nolu Çetinkaya Elektrik A.Ş. firmasında çalışmaya devam ettiği , işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti talep koşullarının gerçekleşmiş sayılmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İş akdinin davalı Gemta Genel Elektrik Makine San. Pazarlama Ve Tic. Ltd. Şti. tarafından feshedilip feshedilmediği konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, değişen alt işverenler arasındaki hukukî ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri konusunda toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde, işveren bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için öncelikle mal veya hizmetin üretildiği işyeri bulunan bir işverenin ve aynı işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış olabilir.

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması nedeniyle, alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira asıl işveren veya alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından baktığımızda, asıl işin tabi bulunduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de 4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin açık hükmü karşısında, işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayrık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857

sayılı Yasanın 2/III maddesinde, “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kurala yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi düzenlenmiş, bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile ayırık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı yasanın 3 üncü maddesinde “Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür” şeklinde kurala yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Belirtilen çözüm şekli alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce de alt işverenin işyerinin, asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır .

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir .

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce alt işverenin, ilişkinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması, ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukukî bir ilişki bulunmamaktadır. Hukukî ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukukî sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanununun 6 ncı maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır.

Alt işverenlerin, aralarında herhangi bir hukukî işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz taktirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmayacak, buna rağmen asıl işverenin tüm süreye göre bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelecektir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı Yasanın 14/2 maddesi hükmü, 4857 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerinin devir veya intikalinden söz edildikten sonra “...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli...” denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukukî veya fiilî bir bağlantı olsun ya da olmasın, kıdem tazminatı açısından önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korumasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddî ve maddî olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri,

işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir(Süzen, v. Zehnacker Krankenhauservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259. ; Spijkers v. Benedik, Case 24/85, 1986, ECR 1119).

Avrupa Adalet Divanı, maddî ve maddî olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde, ekonomik birliğin önemli unsuru olan işçilerin devri yoluyla da işyeri devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmektedir (ATAD, 10.12.1998, 173/96, Hidalgo, para. 26, NZA 199, H.4, 189 vd.).

Avrupa Adalet Divanının kararlarında, “hukukî işlemle devir” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı, sözlü veya zımnî bir anlaşma da yeterli görülmektedir. Yine üye ülkeler uygulamasında, ihale yoluyla bir işin alınmasında, devreden işveren bilmesede dahi işyeri devrinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye olmayan ancak benzer hükme sahip İsviçre’de Federal Mahkeme, devreden ve devralan arasında doğrudan hukukî işlemin bulunmasının şart olmadığı sonucuna varmıştır (Bkz. Yenisey, K. Doğan: İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri Bölümü Kavramları, Kadir Has Üni. İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, s. 135).

Yapılan bu açıklamalara göre; işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimi ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir.

Somut olayda, davacının iş akdi davalı Gemta Genel Elektrik Makine San. Pazarlama ve Tic. Ltd. Şti. tarafından davacıya gönderilen 06.01.2011 tarihli telgraf ile “Çalıştığınız işin (TMI / 7.5.1 Çaycuma, Erdemir-1, Erdemir-2, Karadon trafo merkezleri işletme işi) ana işvereni ile yapılan sözleşmesinin süresine bağlı olarak İşverenliğimizle akdetmiş olduğunuz belirli süreli iş akdinizin süresi 12.02.2011 tarihinde biteceğinden bu tarihten itibaren işverenliğimiz tarafından iş akdiniz yenilenmeyecektir.” demek suretiyle feshedilmiştir. Bu nedenle davacının üst işveren yanında işine devam etmesi, alt işveren olan şirket tarafından akdin feshedildiği gerçeğini değiştirmez. Yapılan yeni bir sözleşmedir. Davanın, davalı Gemta Genel Elektrik Makine San. Pazarlama ve Tic. Ltd. Şti. yanında geçen süre yönünden sona erdiği kabulü ile davacının kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacağı taleplerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar davalı TEİAŞ yönünden iş akdi devam ediyorsa da, üst işveren olarak yasadan doğan sorumluluğu nedeniyle alt işveren Gemta Genel Elektrik Makine San. Pazarlama Ve Tic. Ltd. Şti.’nin borcundan sorumlu olması nedeniyle, bu şirket yanında geçen süre yönünden, alacaklardan müteselsil ve müştereken sorumlu olacağı gözönünde tutularak davacının kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacağı talebi hakkında bir karar verilmesi gerekirken bu alacaklar yönünden davalı TEİAŞ’a yönelik davanın yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacı tarafından yapılan ıslahın, süresinde olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

6100 sayılı HMK’nun 176 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilmesi imkânını sağlamaktadır. İki taraf da duruşmada hazır iseler ıslah sözlü olarak yapılabilir. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür.

Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır.

HMK 181.maddesinde kısmi ıslah için, bir haftalık süre verileceği ve süresi içinde yapılmaması durumunda ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca HMK’nun 90. maddesinde sürelerin kanunda belirtileceği veya hakim tarafından tespit edileceği, kanunda belirtilen istisna durumlar dışında hakim kanundaki süreleri artırıp eksiltemeyeceği bildirilmiştir.

Somut olayda davacı vekili, bilirkişi raporunun dosyaya sunulmasında sonra 9.1.2013 tarihli duruşmada davasını ıslah etmek üzere mahkemeden talepte bulunmuş, mahkeme kendisine iki haftalık süre verilmiştir. Davacı, bir haftalık yasal süre ve kendisine verilen iki haftalık süre geçtikten sonra 1.3.2013

tarihinde davasını ıslah etmiş ve harcını da aynı gün yatırmış, mahkemece de ıslah edilen miktar üzerinden hüküm kurulmuştur. Ne var ki, süresinde yapılmayan ıslaha değer verilerek hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ:Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacının avukatlık ücretine yönelik temyiz itirazının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde, davacıya iadesine, davalıdan temyiz harcı peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına, 26.05.2014 tarihinde oyçokluğuyla (sadece 3 nolu bent açısından diğer konularda oybirliği) karar verildi.