

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/18-21

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/25352
Karar No. 2010/24213
Tarihi: 20.09.2010

● PERFORMANS DÜŞÜKLÜĞÜNÜN OBJEKTİF VE GENEL OLARAK DİKKATE ALINMASININ GEREKMEŞİ

ÖZETİ: Davalı tarafın ileri sürdüğü fesih nedeni işyerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılmasını gerektirmektedir, işyerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak, ekonomik kriz sonucu istihdam fazlalığı oluşup oluşmadığı, fazlalığın giderilmesinde ölçüt olarak dikkate alındığı belirtilen "performans düşüklüğünün objektif ve genel olarak göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, işverenin fesihten önce ve sonra yeni işçi alıp almadığı gibi çelişkili uygulamalarda bulunup bulunmadığı belirlenerek, tarafların gösterdikleri tanıklar da dinlenmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

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

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S.Göktaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı davacının iş sözleşmesinin işletmenin işyerinin işin gereklerinden

kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini küresel krizin müvekkili şirket gelirlerinde ciddi azalmalara, zararlara sebebiyet verdiğini, genel tablo halinde ve rakamsal verilerle 2005 yılını takiben 2006 ve 2007 yıllarında karının azaldığını, 2008 yılı Ocak-Eylül ayları itibarıyla zararının 3.341.643.00 TL olduğunu, müvekkili şirketin dış etkenler bazında gelişen ve iç ekonomiye de yayılan kriz nedeniyle oluşan zararını indirgemesi, ticari hayatının devamlılığı için yeniden personel yapısını ve organizasyon şemasını gözden geçirmesi, genel tedbirlerin yanı sıra ek olarak iş gücünü azaltmasının kaçınılmaz olduğunu, müvekkili şirketin bağlı bulunduğu grubun ortak olarak acilen devreye sokulması gereken tüm tasarruf önlemlerine rağmen ek ve son çare olarak davacının iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğini bildirerek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece ekonomik kriz ve hatta zarar ediliyor olması bile hizmet akdinin feshi için başlı başına sebep teşkil etmediği, davalı tarafça ibraz edilen bilançolara göre 2005, 2006 ve 2007 yıllarında azalma şeklinde seyretse bile, davalı şirketin kar ettiği, ancak 2008 yılı hesaplarına göre zararın bu 3 yılın toplam karından daha fazla olduğu ve yine davalı tarafça ibraz edilen bağımsız denetim raporuna göre ortaklık sermayesinin üçte ikisinin karşılıksız kaldığının bildirildiği, tanık anlatımlarına göre başkaca tasarruf tedbirlerinin uygulamaya konulduğu, ancak menkul değerler şirketi olan davalının en büyük gider kaleminin personel giderlerinden oluşması sebebiyle alınan tasarruf önlemlerinin olumsuz mali tablonun düzeltilebilmesi için gerekli etkiyi yaratmaktan uzak olduğu ve bu nedenle de son çare ilkesine de uygun hareket edilerek hizmet akdinin geçerli nedenle fesih edildiği gerekçesi ile davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararlar, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi uyarınca işletmesel gereklerle dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması,

hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel karar denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma karar(kurucu işveren karar) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan

sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetmelik karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hâsıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağına karar bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun artırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma karar, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

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. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür, işçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğinin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel karar aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme 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. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 E., 2008/25209 K., 11.09.2008 gün ve 2008/25324 E., 2008/23401 K. sayılı ilamlar).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel karar uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin karar, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. 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.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel karar alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik

denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin davalı işverence "...ekonomideki kriz ve piyasadaki genel durgunluk nedeniyle hem şirketimizde hem de tüm dünya piyasalarında çok ciddi oranlarda değer kayıpları ve işlem hacmi düşüşleri yaşanmıştır. Yönetim Kurulumuzun konu ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmede global krizin olumsuz etkilerinin şirket gelirlerinde yarattığı ciddi orandaki azalmanın 2009 ve 2010 yıllarında da devam edeceği dikkate alınarak diğer tasarruf tedbirlerine ek ve son çare olarak personel sayısının azaltılmasına ihtiyaç duyulduğu" gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı feshin geçerli nedene dayandığını ispat etme külfeti bağlamında tanık, keşif ve bilirkişi incelemesi deliline dayanmış, ayrıca bir adet bağımsız denetim raporu, 1 Ocak-31 Aralık 2008 Hesap Dönemine ait konsolide finansal tablolarını ve Aracı kurumların 2008/09 Mali Verilerini dosya sunmuştur. Davalı işveren, ekonomik kriz ve piyasadaki genel durgunluğun gelirlerinde yarattığı ciddi orandaki düşüş nedeniyle iş gücü fazlalığı meydana geldiğini, istihdam fazlalığı giderilirken objektif kriter olarak davacının performans düşüklüğünün göz önünde bulundurulduğunu belirtmiştir. Mahkemece davalı vekilinin mahallinde keşif yapılması talebi dikkate alınmamıştır. Ancak, davalı tarafın ileri sürdüğü fesih nedeni işyerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılmasını gerektirmektedir, işyerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak, ekonomik kriz sonucu istihdam fazlalığı oluşup oluşmadığı, fazlalığın giderilmesinde ölçüt olarak dikkate alındığı belirtilen "performans düşüklüğünün objektif ve genel olarak göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, işverenin fesihten önce ve sonra yeni işçi alıp almadığı gibi çelişkili uygulamalarda bulunup bulunmadığı belirlenerek, tarafların gösterdikleri tanıklar da dinlenmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.09.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.