

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/2
6356 S. STK/39

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2015/11662

Karar No. 2018/8357

Tarihi: 11.04.2018

- ASIL İŞVERENİN TARAF OLDUĞU TİS ALT İŞVEREN İŞÇİSİNİN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ MUVAZAALİ OLMADIĞI SÜRECE YARARLANMAYACAĞI
- SENDİKA ÜYESİ OLMADAN ÖNCEKİ DÖNEM TİS YARARLANMANIN OLANAKLI OLMADIĞI

ÖZETİ Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıyla işverene bildirdiği tarihten itibaren yararlanır. Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla davacının üye olduğu tarihten önce sendika üyesi gibi TİS'ten yararlandırılması isabetsizdir. Bu tarihte sendika üyesi olmayan emsal işçinin ücreti esas alınmalıdır...
... davacının üye olduğu tarihten önce sendika üyesi gibi TİS'ten yararlandırılması isabetsizdir. Bu tarihte sendika üyesi olmayan emsal işçinin ücreti esas alınmalıdır.

DAVA: Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalıya ait işyerinde itfaiye şoförü olarak aralıksız çalıştığını, kıdem tazminatına ilişkin hakları kısmen ödenerek diğer haklarına ilişkin alacakları ödenmeden iş akdinin haksız olarak feshedildiğini, İBBB asıl işveren ve BİMTAŞ alt işveren konumunda olup her iki kurumda sorumlu olduğunu, davacı işyerinde sendikalı olarak çalıştığını, fakat ödemelerinin sendikasız işçilere ödenen aylık brüt ücretle ödendiğini, oysa sendikalı çalışanların ücretinin 2 katı olduğunu, işyerinde çalışan ve o tarihte sendikalı olan işçilere ödenen ücret bordrolarının işyeri ve SGK dan celp edilerek hesaplamaların sendikalı dönem açısından buna göre yapılması gerektiğini, üyesi olduğu Belediye İş Sendikası Bakanlığa başvurarak davalı işyeri BİMTAŞ için yetki talebinde bulunduğunu ,Bakanlığın verdiği cevapta aynı dönem için birden fazla TİS olmayacağı ve dolayısıyla imzalanan 2008 ve 2010 yılını kapsayan TİS'den BİMTAŞ işçilerinin de yararlanması gerektiğini bildirdiğini, buna rağmen işverenin TİS'ni davacı için uygulamadığını, yılda 4 adet ikramiye, sosyal yardımlar, gece zammı, giyim yardımı, günlük ücretleri 50TL'nin üzerinde ödenmekte iken davacının haklarının ödenmediğini, davacının itfaiyeci olarak 24/48 saat usulüne göre çalıştığını bildirerek, ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai, ikramiye, ücret, gece zammı ve sosyal yardım alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalılar, zamanaşımı itirazında bulduklarını, davacı İtfaiye Daire Başkanlığı 2007 yılı personel hizmet alım işi, 2008 ve 2009 yılında da tekrar İtfaiye Daire Başkanlığı personel hizmet alım işi ihalelerini alan BİMTAŞ AŞ. tarafından İtfaiye Daire Başkanlığında görevlendirildiğini, bu sürede itfaiye şoförü olarak çalıştığını, hizmet alım işi ihaleleri kapsamında ihaleyi kazanan yüklenici tarafından görevlendirilen tüm hizmet alımı personelinin ücretleri 4734 sayılı İhale Kanunu çerçevesinde yürürlükte olan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin personel çalıştırılmasına dayalı ihalelerde yaklaşık maliyet başlıklı 10.maddesine dayalı olarak İtfaiye Daire Başkanlığı hizmet alımı ihalelerinin tip idari şartnamelerinin teklif fiyata dahil olan masraflar başlıklı 26.maddesi uyarınca belirlenmiş olup yüklenici tarafından tamamının ödendiği Müdürlüğü tarafından takip edildiğini,2009 yılı yüklenicisi BİMTAŞ 2010 yılı ihalesini kaybettiğini,2009 yılı hizmet alımı işi kapsamında itfaiyede çalışan 927 hizmet alımı personelinin ihaleyi yeni kazanan yeni şirketle sözleşme imzalayan 859 işçiyi itfaiyede görevlendirdiğini, bu personel halen çalıştığını, davacı yeni firma ile sözleşme imzalamamayı tercih ettiği ve bu nedenle göreve başlamadığını, böylece iş akdini kendisi feshettiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Davalı BİMTAŞ, derdestlik itirazında bulduklarını, ayrıca zamanaşımı defileri sürdürdüklerini, şirket yönünden pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi gerektiğini, İBBB ile şirket arasında mevzuata uygun asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olduğunu, alt işveren çalışanının asıl işverenin taraf olduğu TİS.'den yararlanamayacağını, aksi halin kabulü durumunda davanın şirket yönünden

husumetten reddi gerektiğini, davacı ile şirket arasındaki sözleşmelerin bilirsiz süreli iş akdi değil belirli süreli iş sözleşmeleri olduğunu ve objektif esaslı nedenlerle bu şekilde sözleşmelerin yapılmış olduğunu, iş ilişkisinin geçerli nedenlerin ortaya çıkması sonucu son bulduğunu, zira ihale süresinin sona erdiği ve yeni ihaleyi şirketin kaybedip başka bir şirketin kazandığını, şirket dava dilekçesinde iddia olunan TİS'nin kapsamında olmadığını ve dolayısıyla davacının TİS hükümlerinden yararlanmasının da mümkün olmadığını, belirli süreli iş akdiyle çalıştığından ihbar tazminatı istenemeyeceğini, 24 saat çalışıp 48 saat istirahat ettiğini ve 24 saatlik sürede günlük çalışması sadece 6 saat 45 dakika olduğunu, 3 gün çalıştığı haftalarda fiili çalışması 33 ve 2 gün çalıştığı haftalarda ise 22 saat olduğunu, TİS.e dayalı talepler bakımından şirketin TİS kapsamında olmaması nedeniyle talep edilemeyeceğini, bordrolarda yer alan sosyal yardım ödemelerinin mahsubu gerektiğini, kıdem tazminatına ilişkin ödeme yapıldığını ve ibraname imzaladığını, ücretin bordrolarda yer alan ücretler olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının, aralarında asıl işveren/alt işveren ilişkisi olan, asıl işverenin İBB, alt işverenin BİMTAŞ AŞ olduğu, itfaiye işyerinde itfaiye eri olarak çalıştığı, taraflar arasında yapılan iş akdi her ne kadar belirli süreli olarak yapılmışsa da davacının yaptığı işin devamlılık arz eden bir iş olması nedeni ile davacının iş akdinin belirli süreli iş akdi olarak kabul edilemeyeceğinden benimsenen bilirkişinin raporunda hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatlarından aralarında asıl -alt işveren ilişkisi bulunan davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunu, fazla mesai yaptığı sürenin de aylık 21 saat olduğu kabul edilerek, davalıların zamanaşımı itirazını dikkate alarak hesaplama yapan ve mahkememizce benimsenen 15/12/2014 tarihli bilirkişi raporunda; hesaplanan fazla çalışma ücretinden taktiren %30 hakkaniyet indirimi yapıldığını, TİS hükümleri çerçevesinde yıllık ilave tediye dahil olmak kaydıyla toplam 112 gün esası ile emsal çalışana ait bordrolardan belirlenen ücretler üzerinden ve zamanaşımı defii de dikkate alınarak hesaplanan ikramiye alacağı, emsal çalışana ait bordrolardan belirlenen ücretler ile davacının kendisine ait bordrolardan belirlenen fiilen ödenen ücretler arasındaki fark miktarlar belirlenerek ücret alacağı farkı, sosyal yardım alacağı, gece zammı alacağından davalılar müştereken ve müteselsilen faizleri ile birlikte sorumlu tutularak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalılar vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı dava dilekçesinde asıl işverenin taraf olduğu TİS'den yararlandırılması ve buna göre fark alacaklar ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti talep etmiştir. Bu şekildeki iddia muvazaayı da kapsar. Mahkemece muvazaalı olgusuna girilmeden asıl alt işveren ilişkisi bulunduğu gerekçesiyle asıl işverenin taraf olduğu TİS'den yararlandırılması kanuna aykırıdır. Zira asıl alt işveren ilişkisi muvazaalı değilse işçi asıl işverenin taraf olduğu TİS'ten yararlanamaz. O nedenle öncelikle muvazaalı olgusu üzerinde durularak yararlanıp yararlanmayacağı tartışılmalıdır.

3-Hükme esas bilirkişi raporunda zamanaşımı dikkate alınarak 2007 yılından itibaren TİS'den yararlandırılmış ve fark alacaklar bulunmuştur. Ancak dosya içeriğine göre davacı asıl işverenin taraf olduğu TİS'nin diğer tarafı sendikaya 08.09.2008 ve 18.11.2008 tarihinde üye olmuştur. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun'un 39. maddesinde ; "1- Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.

2-Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıncı işverene bildirdiği tarihten itibaren yararlanır. 3-Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla davacının üye olduğu tarihten önce sendika üyesi gibi TİS'ten yararlandırılması isabetsizdir. Bu tarihte sendika üyesi olmayan emsal işçinin ücreti esas alınmalıdır.

4-Mahkemece toplam alacak miktarı olarak 21.899,38 TL üzerinden hüküm kurulmuşsa da davacı vekili tarafından talep artırımı dilekçesi ile 21.640,42-TL üzerinden harç ödenmiş olup eksik harç alınmıştır. Eksik harç tamamlanmadan hüküm kurulması hatalıdır.

5-Davacının iddiası ve dosyadaki bilgi ve belgelerden davacıya kıdem tazminatı ödemesi yapıldığı ve bu ödemenin hesaplanan kıdem tazminatı hesabından düşüldüğü görülmektedir. Faizleriyle birlikte yapılan ödemenin tazminat hesabından mahsup edilmesi gerekirken eksik inceleme ile kıdem tazminatının yazılı şekilde kabulü isabetsizdir.

6-Davacı kısmi eda külli tespit istemli belirsiz alacak davası açmış olup bu dava türünde faiz başlangıcı yönünden Dairemiz uygulaması kısmi dava esasları ile aynı olup kıdem tazminatı dışındaki hüküm altına alınan alacaklar bakımından dava dilekçesi ile istenen miktar için dava, ıslah (talep artırımı) dilekçesiyle artırılan miktar için ise, ıslah (talep artırımı) tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti hariç diğer alacakların tamamına dava tarihinden faiz yürütülmesi bozma nedenidir.

7-Davacının dava dilekçesi ile ayrıca ilave tediye alacağı demese de anlatımından ikramiye ve ilave tediye alacağını talep ettiği anlaşılmaktadır. Ancak hüküm fıkrasında topluca ikramiye şeklinde hüküm kurulmuştur. Taleplerin

ayrıştırılarak ilave tediye alacağına yasal faiz uygulanması gerekirken mevduat faizine hükmedilmeside yerinde değildir.

8-Fazla mesai ücretleri 2009 yılında yapılan sözleşme ile ücrete dahil olduğu anlaşılmakta fazla mesai hesabında bu hususun değerlendirilmemesi ayrıca bozma nedenidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.04.2018 gününde oybirliği ile karar verildi.