

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/21

1475 S. İşK/14

T.C

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2021/4640

Karar No. 2021/8532

Tarihi: 27/04/2021

● İŞE İADE DAVASI SONRASI İŞE ALINMAYAN İŞÇİNİN TAZMİNATLARININ HESAPLANMA ESASLARI

● KIDEM TAZMİNATINA ESAS ÜCRETİN İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMADIĞI TARİHTEKİ ÜCRETİ OLDUĞU

● DÖRT AY BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİNİN FESHİ TAKİP EDEN DÖRT AYDAKİ ÜCRETE GÖRE HESAPLANACAĞI

● YILLIK ÖDEMLERİN 365 BÖLÜNEREK GÜNLÜK ÜCRETE EKLENECEĞİ

● PARA VE PARA İLE ÖLÇÜLEBİLİR TÜM SOSYAL HAKLARIN BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİNİN HESABINA DAHİL EDİLECEĞİ

● MUVAZAALI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE SENDİKA ÜYESİ OLAN İŞÇİNİN AYNI İŞİ YAPSA DA EMSAL İŞÇİ OLARAK ALINAMAYACAĞI

ÖZETİ İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu halde, ihbar ve kıdem tazminatı ile işe başlatmama tazminatı belirtilen fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanır

Boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede

işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok dört aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir (Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 gün 2009/34595 E, 2009/37899 K).

Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların, işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

DAVA: Davacı ile aynı işi yapan aynı kідeme sahip işçisi emsal kabul edilebilir ise de, davacının sendikali olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinden yararlanma şartlarını taşıyıp taşımadığı, kapsam dışı olup olmadığı gibi ayırt edici unsurlar yönünden ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Sendika üyesi olmayan bir işçi için, aynı işi yapsa dahi sendika üyesi olmayan bir başka işçinin ücreti ‘emsal’ olarak kabul edilemez.

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

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı asıl işveren bünyesinde dava dışı alt işverenlerin işçisi olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin işverence haksız feshi sebebiyle işe iade davası açtıklarını, mahkemece asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı gerekçesi ile davacının asıl işveren olan davalıya iadesine karar verildiğini, kesinleşen işe iade kararı üzerine asıl işverene işe iade başvurusunda bulunmalarına rağmen davacının işe başlatılmadığını, davacının işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hak kazandığını, davacıya fazla çalışma, hafta tatili çalışması ile ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmalarının karşılığı olan ücretlerin ödenmediğini, ayrıca saha primi adı altındaki ödemeler temel ücretin bir parçası olmasına rağmen işverence ücretin eksik gösterildiğini, muvazaaya dair kesinleşmiş

mahkeme kararına göre davacının asıl işverenin işçilerinin yararlandığı sosyal haklardan yararlandırılması ve hak kazandığı ikramiye ve ilave tediye alacaklarının davalının işyerinde uyguladığı yönetmelik hükümleri çerçevesinde hesaplanması gerektiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ile birlikte bir kısım alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının davalı şirketin işçisi olmadığını, ayrıca muvazaa tespitine dair kararın yerinde olmadığını, davanın öncelikle husumet sebebiyle reddi gerektiğini, davacının çalıştığı işverenler ile aralarındaki iş sözleşmesinden doğan alacaklardan söz konusu şirketlerin sorumlu olduğunu beyan ederek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, istinaf dilekçesinde bildirilen sebeplerle sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda, davanın kısmen kabulüne dair İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve esas yönünden yerinde olduğu gerekçesiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar yasal süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasında davacının geçersiz fesih tarihindeki ve işe başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin yanında, kıdem ve ihbar tazminatına esas ücreti ile diğer tüm alacakların hesaplanmasına esas ücretinin belirlenmesi noktalarında uyumsuzluk bulunmaktadır.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu halde, ihbar ve kıdem tazminatı ile işe başlatmama tazminatı belirtilen fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanır. Kıdem ve ihbar tazminatının hesaplanmasında, 4857 sayılı Kanunun 32 nci maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak, işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih

tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok dört aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplama yapılmalıdır (Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 gün 2009/34595 E, 2009/37899 K).

Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların, işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Somut uyuşmazlıkta, davacı asıl işveren ile alt işverenler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu ileri sürerek ücretinin eksik ödendiğini, ayrıca ücret ile diğer alacakların hesabında davalı Turkish Petroleum International Company Limited Ankara Türkiye Şubesi (TPIC) işçilerine ödenen sosyal yardımların da dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştü, mahkemece dava dışı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) tarafından bildirilen bir başka işçiye ait ücret miktarı ile yan ödemeler dikkate alınarak hesaplanan alacaklar hüküm altına alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, asıl işveren TPIC ile alt işverenler arasındaki muvazaanın varlığı kesinleşmiş mahkeme kararı ile sabittir. Bu halde şartları taşıması halinde davacının davalı Turkish Petroleum International Company Limited Ankara Türkiye Şubesi (TPIC) tarafından yürürlüğe konulan iç yönetmelik, personel yönetmeliği, ücretin belirlenmesine dair usul ve esaslar gibi işyeri uygulamalarından yararlandırılması mümkündür. Ancak somut olayda, mahkemece davacı ile aynı işi yapan işçinin ücretinin bildirilmesi için yazılan müzekkereye, dava dışı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) tarafından cevap verildiği ve workover petrol ve gaz sahalarında elektrikçi olarak çalışan işçiyle ait ücret ve diğer bir kısım ödemelerin (tahsil tazminatı, giyim dahil sosyal yardım, ağır ve tehlikeli işler primi, üçlü vardiya primi, ikramiye vb gibi) bildirildiği görülmektedir. Mahkemece hüküm altına alınan alacakların tamamı, bu yazıda bildirilen ücret ile ilave ödemeler doğrultusunda hesaplanmış olup, bu hesaplamalara itibar edilerek hüküm kurulması hatalıdır. Davacının açtığı işe iade davasında davalı Turkish Petroleum International Company Limited Ankara Türkiye Şubesi (TPIC) ile alt işverenler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı kabul edilmiş olup, davacının Turkish Petroleum International Company Limited Ankara Türkiye Şubesi (TPIC)'e ait işyerine iadesine karar verilmiştir. Somut olayda, dava dışı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) işçisi emsal kabul edilerek sonuca gidilmesi yerinde değildir. Aynı şekilde, davacının fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesinde davalı Turkish

Petroleum International Company Limited Ankara Türkiye Şubesi (TPIC)'in davacı ile aynı işi yapan aynı kıdeme sahip işçisi emsal kabul edilebilir ise de, davacının sendikali olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinden yararlanma şartlarını taşıyıp taşımadığı, kapsam dışı olup olmadığı gibi ayırt edici unsurlar yönünden ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Sendika üyesi olmayan bir işçi için, aynı işi yapsa dahi sendika üyesi olmayan bir başka işçinin ücreti 'emsal' olarak kabul edilemez. Davalının 'workover petrol ve gaz sahalarında' çalışan ve davacı ile aynı işi yapan bir işçisinin olmaması halinde de, ücret yönünden emsal alınabilecek bir işçi bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu halde, işçinin geçersiz fesih tarihinde fiilen aldığı gerçek ücret miktarı ve ilave ödemeler dikkate alınarak sonuca gidilebilir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hem ücret hem de ilave ödemeler yönünden 'emsal işçi' olup olmadığının belirlenmesinde bu ölçülere uygun hareket edilmediği, örneğin davacının hangi gerekçe ile tahsil tazminatı, giyim dahil sosyal yardım, ağır ve tehlikeli işler primi gibi ödemelerden yararlandırıldığı yönünde bir açıklama yapılmadığı anlaşılmaktadır. Eksik inceleme ve araştırma ile farazi şekilde ücretin belirlenmesi hatalı olup, kararın öncelikle bu sebeple bozulması gerekmektedir.

Belirtilmesi gereken bir diğer yön ise, işe başlatmama tarihindeki ücret ile kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas ücretin belirlenmesinde uygulanan hesaplama yöntemi ile ilgilidir. İlk Derece Mahkemesince hükme esas alınan raporda, geçersiz fesih tarihindeki ücret ile kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretin ayrı ayrı asgari ücrete oranı bulunmak suretiyle, bu oran üzerinden başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretin ve kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretin hesaplanması hatalıdır. İşe başlatmama tarihindeki ücret miktarının ispatı işçiye aittir. Ayrıca, geçersiz fesih tarihinde işçiye yapıldığı bildirilen (tahsil tazminatı, giyim dahil sosyal yardım, ağır ve tehlikeli işler primi, üçlü vardiya primi, ikramiye vb gibi) ödemelerin de asgari ücrete oranlanması suretiyle, bu ödemelerin başlatmama tarihindeki miktarına ulaşılması bir başka hatalı yön olup, kararın bu yönüyle de hatalıdır.

İlk Derece Mahkemesince, ücretin ve hükmedilecek alacakların türlerine göre ücrete ilave edilecek yardımların belirlenmesinde ve hesaplamada hata yapılarak hüküm kurulması bozma sebebidir. Bölge Adliye Mahkemesince, "...davacının nitelikli bir çalışan olduğu da gözetildiğinde harcırahın ücrete dahil edilmesi dosya kapsamı ile uyumludur..." şeklindeki, İlk Derece Mahkemesinin kabul şekli ile uyumlu olmayan gerekçeyle, davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeple BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliiye iadesine, 27.04.2021 gününde oybirliği ile karar verildi.