

**FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN
KANITLANMASI ULUSAL BAYRAM VE
GENEL TATİL ÜCRETİNİN
KANITLANMASI**

Y9HDEsas : 2011/19279Karar : 2013/10348Tarih : 27.03.2013	İŞYERİ DEVRİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE İŞÇİLİK HAKLARI YÖNÜNDEN ETKİLERİ KIDEM TAZMİNATI (İşyerinin Devri) FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN KANITLANMASI ULUSAL BAYRAM VE GENEL TATİL ÜCRETİNİN KANITLANMASI HAKKANİYET İNDİRİMİ UYGULAMALARINDA YARGILAMA GİDERİ VE VEKALET ÜCRETİ GÜVENLİK GÖREVLİSİNİN KIDEM TAZMİNATI VE DİĞER İŞÇİLİK HAKLARI TMK.599 İK.6, 47, 120 1475 Sa.Ka.14 BK.43, 44, 161, 325 2429 Sa.Ka.2 TMK.3.599 Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemi ile açılan davada: 1. Kıdem Tazminatı ve Diğer İşçilik Hakları Yönünden: Davacının, davalı işverenin ihale süresinin bitiminden sonra belediyeden iş üstlenen işveren nezdinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece işverenler arasındaki devir olgusu tartışılmadan karar verilmesi hatalıdır. İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez. 2. Fazla Çalışma Karşılığı Ücrete Hak Kazanılıp Kazanılmadığı Yönünden: Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. Dosyaya ibraz edilen ücret bordrolarında ihtirazi kayıtsız imza bulunan bazı dönemlerde davacıya fazla çalışma karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği anlaşılmakla; imzanın aidiyeti davacıya sorulup bu husus aydınlatıldıktan sonra bu ayların fazla mesai alacaklarının, hesabında dışlanması gerekeceğinin gözetilmemesi hatalıdır. 3. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretlerine Hak Kazanıp Kazanılmadığı Yönünden : İmzalı ücret bordrolarından, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödendiği anlaşıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin alacağının bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazi kaydının bulunması halinde, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıt taşımaması durumunda dahi, işçinin bordroda yazılı olanın dışında ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının yapıldığını yazılı delille kanıtlaması imkân dahilindedir. 4. Ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden yapılan takdiri indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.fk
--	---

DAVA VE KARAR: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. Taha Ballı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup

düşünüldü: **YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ KARARI:**A) Davacı İsteminin Özeti: Davacı; davalı şirket nezdinde güvenlik görevlisi olarak 16. 04. 2007 – 31. 08. 2009 tarihleri arasında aylık 1. 058 TL net maaşla çalıştığını, iş akdinin işveren tarafından haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatları, Ulusal bayram ve genel tatil, fazla mesai ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini talep etmiştir. B) Davalı Cevabının Özeti: Davalı davaya cevap vermemiştir. C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece dava kısmen kabul edilmiştir. D) Temyiz: Kararı davalı taraf yasal süresi içinde temyiz etmiştir. E) Gerekçe: **1- Taraflar arasında işyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından uyumsuzluk söz konusudur.** İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar açısından, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları aynı yasanın üçüncü fıkrasında belirtilmiş, devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır. Değınilen Yasanın 120 nci maddesi hükmüne göre, 1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesi halen yürürlükte olduğundan, işyeri devirlerinde kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından belirtilen madde hükmü uygulanmalıdır. Anılan maddeye göre, işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde, işçinin kıdemi işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. İşyerinin miras yoluyla intikali 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 599 uncu maddesinde düzenlenmiş, sözü edilen madde hükmünde mirasbırakanın ölümü ile mirasçılarının bir bütün olarak mirasa hak kazanacakları açıklanmıştır. İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi durumunda, bu işlem de bir tür işyeri devri sayılmalıdır. Önceki gerçek kişi

olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır (Yargıtay 9. HD. 22. 7. 2008 gün 2007/ 20491 E, 2008/ 21645 K.). Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da sonucu değiştirmeyecektir; Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir. İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğinin korunmasıdır. 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. Basın İş Kanununa tabi işyerleri bakımından, işyerinin belirleyici unsurlarından olan marka, logo ve yayın imtiyaz hakları gibi maddî olmayan unsurların devri de işyeri devri olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9. HD., 19. 1. 2010 gün, 2009/42958 E., 2009/354 K). Maddî ve maddî olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde ekonomik birliğin önemli unsurunu olan işçilerin devri de, işyeri devri olarak kabul edilmelidir. Devirden sonra işyerindeki ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığının saptanabilmesi için, yürütülen faaliyetin devirden sonra yeni işveren tarafından aynı veya özdeş biçimde sürdürülmesi ölçütü yanında, işyerinin taşınmaz ve taşınır malları ile maddî olmayan varlıkların, işyerinde çalışan işçilerin sayı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun, bunun yanı sıra müşteri çevresinin devredilip devredilmediği, devir öncesi ve sonrasındaki faaliyetler arasında benzerlik olup olmadığı, devir sebebiyle işyerinde faaliyet askıya alınmışsa askı süresi gibi koşullar da göz önünde tutulmalıdır. 4857 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde yazılı olan “hukukî işleme dayalı” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmeli, yazılı, sözlü ve hatta zımnî bir anlaşma da yeterli görülmelidir. İşyerine Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu tarafından el koyulması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Bu durumda yönetim hakkına müdahale edilmekte veya bankacılık faaliyetleri askıya alınmaktadır. Yine özelleştirme işlemi

sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Özelleştirmede işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmektedir. Bununla birlikte, tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri niteliğindedir (Yargıtay 9. HD. 8. 7. 2008 gün ve 2008/25370 E, 2008/ 19682 K.). **İşyeri devri** fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez. İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir (Yargıtay 9. HD. 27. 10. 2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/28944 K.). Bu açıklamalar ışığında, iş hukukunda işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır.

Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır.

Somut olayda davacının davalı işverenin ihale süresinin bitiminden sonra belediyeden iş üstlenen işveren nezdinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece işverenler arasındaki devir olgusu tartışılmadan karar verilmesi hatalıdır. **2-**

Temyiz dilekçesi ekinde **davacıya bir kısım ödemelerin yapılması** amacıyla bankaya ödeme emri verildiği anlaşılmakta olup, davacının devir olgusunun bulunmaması halinde davacının alacaklarının belirlenmesinde yapılan bu ödemelerin ayrıca değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin gözetilmemesi hatalıdır. **3- Davacı işçinin fazla çalışma karşılığı olan ücretlere hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.** Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı

delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. **Somut olayda** dosyaya ibraz edilen ücret bordrolarında ihtirazi kayıtsız imza bulunan bazı dönemlerde davacıya fazla çalışma karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği anlaşılmakla imzanın aidiyeti davacıya sorulup bu husus aydınlatıldıktan sonra bu ayların fazla mesai alacaklarının hesabında dışlanmasının gerekeceğinin gözetilmemesi hatalıdır. 4- Davacı işçinin **ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma karşılığı ücretlere** hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. 4857 sayılı İş Kanununun 47 nci maddesinde, Kanunun kapsamındaki işyerleri bakımından, ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretinin ödeneceği, tatil yapılmayarak çalışıldığında ise, ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücretin ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde ise, resmi ve dini bayram günleriyle yılbaşı gününün genel tatil günleri olduğu açıklanmıştır. Buna göre; genel tatil günleri, 1 Ocak, 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleri ile Arife günü saat 13. 00'da başlayan üçbuçuk günlük Ramazan Bayramı ve Arife günü saat 13. 00'de başlayan dörtbuçuk günlük Kurban Bayramı günlerinden oluşur. Ulusal bayram günü 28 Ekim saat 13. 00 ten itibaren başlayan 29 Ekim günü de devam eden birbuçuk gündür. 2429 sayılı Yasanın, 5892 sayılı Yasayla değişik 2 nci maddesi uyarınca da, 1 Mayıs genel tatil günüdür. İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan bayram ve genel tatil ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını her türlü delille ispat edebilir. Ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak; sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle

kanıtlanamaması durumunda, tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bununla birlikte, işyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. İmzalı ücret bordrolarından, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin alacağıının bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazi kaydının bulunması halinde, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıt taşımaması durumunda dahi, işçinin bordroda yazılı olanın dışında ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının yapıldığını yazılı delille kanıtlaması imkân dahilindedir. Dairemizce son yıllarda, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde, hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir. Dairemizin önceki kararlarında ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden yapılan indirim üzerine, reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9. HD. 11. 02. 2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanununun 161/son, 325/son, 43 ve 44 üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş

fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, **Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden yapılan takdiri indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir. Somut olayda** dosyaya ibraz edilen ücret bordrolarında ihtirazi kayıtsız imza bulunan bazı dönemlerde davacıya ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği anlaşılmakla imzanın aidiyeti davacıya sorulup bu husus aydınlatıldıktan sonra bu ayların ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının hesabında dışlanmasının gerekeceğinin gözetilmemesi hatalıdır. **SONUÇ:** Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı (BOZULMASINA), oybirliğiyle karar verildi. **Y9HD 27.03.2013 E.2011/19279 – K.2013/10348]]>**