

**ihale işinde Aynı işçilerin
asıl işverene ait işyerinde
ihale ile yeni alt
işverenlerin işçisi olarak
çalışması kapsamında açılan
işçilik alacağı davalarında
iş yeri devri hükümlerine
göre karar verilir**

T.C

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/34509

Karar No. 2012/990

Tarihi: 19.01.2012

DAVA: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılardan Milli Savunma Bakanlığı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi F.Erdoğan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin işverence yeni dönem yemek ihalesinin kazanamadığı gerekçesiyle feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai, bayram ve genel tatil alacaklarının davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Aydın Grup Kurumsal Hizm. San. Tic. Ltd. Şti vekili, davacının iddia ettiği alacaklardan sorumlu olmadıklarını, asıl sorumlunun On-İs Ltd. Şti. olduğunu, davacının alacaklarını adı geçen bu davalıdan talep etmesi gerektiğini beyan ile davanın reddini istemiştir.

Davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili, davacının işçilik alacaklarından sorumlu olmadıklarını asıl işveren sıfatlarının olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekillerinin aşağıda belirtilen bendin kapsamı dışında kalan tüm temyiz itirazlarının reddine

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

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. 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 ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin

varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait 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 ile 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 olduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinin açık hükmü karşısında işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayrık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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 ayrık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı yasanın 3. 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 İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de alt işverenin işyerinin asıl işveren ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır (Yargıtay HGK. 6.6.2001 gün 2001/ 9-711 E, 2001/ 820 K).

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki 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 Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 18.9.2008 gün 2006/ 26306 E, 2008/ 23980 K.)

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan 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 asıl işveren alt işveren ilişkisin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması ve

ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler

arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki 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 işverene nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki 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 alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki 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 doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin tüm süreye göre bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerini 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 Kanunu'nun 6. 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 hukuki veya fiili 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 korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddi ve maddi olmayan unsurlarında 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, maddi ve maddi olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde ekonomik birliğin önemli unsurunu 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, "hukuki işlemle devir" ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı sözlü bir anlaşma hatta zımni 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 de İsviçre Federal Mahkemesi devreden ve devralan arasında doğrudan hukuki işlemin bulunmasının şart olmadığı kanısına 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 yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. 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 işçinin 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 ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden

feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekir.

Somut olayda davacı, alt işveren yanında çalıştıktan sonra alt işverenin sözleşmesinin bitimini takiben ertesi gün asıl işverene bağlı bir başka işveren nezdinde aynı işi yapmaya devam etmiştir. Kaldı ki dosya kapsamında önceki alt işveren tarafından iş sözleşmesinin fesh edildiğine dair bir yazılı belgede bulunmadığı gibi, fesih hususunda taraf iradeleri de

uyuşmamaktadır. Bu durumda ortada bir fesih olmadığından buna bağılı kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken bu alacakların kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, 19.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.