

T.C.
YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ
E. 2013/16120
K. 2013/11938
T. 26.6.2013

• FESHİN GEÇERSİZLİĞİ İSTEMİ (İşe İade Davası - İşyerinin Üretim Mekanizmasının Eksiksiz Tespitiyle Davacı ve Arkadaşlarının Yaptığı İşin Asıl İş Olan Üretim Kapsamında Olup Olmadığının Belirlenmesi Gerektiği)

• İŞE İADE DAVASI (Feshin Geçersizliği İstemi - Davalı Şirketler Arasındaki Niyet Mektubu ve Ekleriyle İşyerinde Fiili Durum Karşılaştırılarak Davacı ve Arkadaşlarının Yaptığı İşin Davalılar Arasındaki Sözleşme Kapsamında Kalıp Kalmadığının Tespit Edilmesi Gerektiği)

• İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI İSTEMİ (İşe İade Davası - İşyerinin Üretim Mekanizmasının Eksiksiz Tespitiyle Davacı ve Arkadaşlarının Yaptığı İşin Asıl İş Olan Üretim Kapsamında Olup Olmadığının Belirlenmesi Gerektiği)

• TANIK BEYANLARI (Feshin Geçersizliği İstemi - Davalı Şirketler Arasındaki Niyet Mektubu ve Ekleriyle İşyerinde Fiili Durum Karşılaştırılarak Davacı ve Arkadaşlarının Yaptığı İşin Davalılar Arasındaki Sözleşme Kapsamında Kalıp Kalmadığının Tespit Edilmesi Gerektiği)

ÖZET : Dava, feshin geçersizliği, işe iade, işe başlatmama tazminatıyla boшта geçen süre ücreti istemine ilişkindir. Davalı şirketler arasındaki niyet mektubu ve ekleriyle işyerinde fiili durum karşılaştırılarak davacı ve arkadaşlarının yaptığı işin davalılar arasındaki sözleşme kapsamında kalıp kalmadığı, asıl iş niteliğinde olup olmadığı dinlenilecek tanık beyanları, işyerinin üretim mekanizmasının eksiksiz tespitiyle davacı ve arkadaşlarının yaptığı işin asıl iş olan üretim kapsamında olup olmadığı her iki şirket kayıtları üzerinde yapılacak incelemeyle eksiksiz bir şekilde belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

DAVA : Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün: yargı tayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davalılar arasındaki dair muvazaalı olduğunu, davacı ve diğer arkadaşlarının çektikleri ihtardan sonra işyerinde asıl işveren ile alt işveren gözüken şirket yöneticilerinin aralarında toplantı yaptıklarını, D... şirketi İnsan kaynakları yöneticisi N. B.'nin 8-16 ve 16-24 vardiyasında çalışan işçileri toplayarak avukat olarak şahsına ve işçileriyle ihtar çeken bütün müvekkillerine ağır hakaretlerde bulunduğunu, bu sebeple hakkında suç duyurusunda bulunduğu, bu hakaret ve tehditlerin cd'si olduğunu öğrenmeleri üzerine işlenin bu suçlar sebebiyle öç almak amacıyla sanki N. B. davacıya değil, davacı N. B.ya ve çalıştığı şirkete 19.3.2011 tarihinde 00-08 vardiyasında hakaretlerde bulunduğu iddiası ile 23.3.2011 tarihinde işten çıkarıldığını, davacı ve arkadaşlarına öncelikle tüm hakları ödenerek işten çıkarılacağı beyan edilerek önlerine bir takım belgeler imzalamaları için konulmuş, önlerine konulan bu yazıları imzalanmayacağını söylemesi üzerine ortaya iş

sözleşmesinin fesih bildirimi adlı bir belge getirilerek (bu matbu belge davacılarından B. K., A. C., M. E. hakkında) düzenlendiğini, bu düzenleme esnasında evrak matbu ve yukarda anlatılan sebeplerle N. B.'nın müvekkillere yaptığı tehdit ve hakareti örtmek amacıyla yerine getirildiğinden bir kısım maddi yanlışlıklar yapıldığını, müvekkilin taşeron gibi görünen şirketin müvekkile verdiği maaş bordrosunda sayım elemanı unvanıyla gösterilmekte ise de iş sözleşmesinin feshedilirken ilgili matbu evrakta forklift operatörü olarak gösterildiğini, asılsız acele bir şekilde kendi üstü konumunda olan N. B.'yı kurtarmak amacıyla operasyon müdürü U. Ö. tarafından düzenlenmiş iftira niteliğindeki belgenin içeriğinden davacının haberdar olmadığı gibi savunma hakkı da verilmeden işten çıkarıldığını, davacı hakaret ve tehdide maruz kalmışken hakkında atılan iftira sebebiyle bir kat daha elem ve acı duyduğunu, İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğinin tespitine, işe iadesine, işe başlatmama tazminatıyla boşa geçen süre ücretine hükmedilmesini istemiştir.

Davalı D... şirketi vekili, davacının iş sözleşmesinin şirketin İnsan Kaynakları Direktörü hakkında hakaret etmesi ve küfürlü söylemlerde bulunması sebebiyle haklı olarak feshedildiğini, diğer davalının asıl işveren olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı B... A... T.... Şirketi vekili, davacı asil işi yaptığını belirtmiş ise de bunun doğru olmadığını, belirtilen işlerin depolama faaliyetleri olup bunların asıl iş olan sigara üretimi dışındaki lojistik işler olduğunu, şirketin diğer şirket D...'den lojistik hizmetleri satın aldığını, diğer davalının bu hizmeti kendi nam ve hesabına istihdam ettiği kendi personeliyle şirkete sunduğunu, aralarında asıl-alt işveren ilişkisi kurulmadığını, bu sebeple şirkete husumet yöneltilemeyeceğini, davacının 19.3.2011 tarihinde "o" vardiyasında ik Direktörü N. B. tarafından 17.3.2011 tarihinde gerçekleştirilen toplantıyla ilgili olarak toplantının çekinildiği için gece vardiyasında çalışan personellerle yapılmadığı, yapılmış olsaydı kavga çıkacağını söyleyerek hakaret ve küfürlü konuştuğu tespit edildiği, işvereni tarafından savunması talep edilmişse de davacının savunma vermekten imtina ettiğini ve tutanak tutulduğunu, davacının hakarete varan küfürlü konuşmaları işverenine iş sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkı verdiğini, işvereni D... firması tarafından 25/2-b gereği fesih yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, "davalı B... A.Ş.'nin işyerinde üretim yaptığı, D... A.Ş.'nin ise üretime yardımcı hazırlık işleri yaptığı, bu işin işletmenin gereği ve teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı, her iki işverenin işçilerinin ve işverenlerinin aynı olduğu, kendi işçileri üzerinde diğerinin emir ve talimatı, işe alma ve çıkarma yetkilerinin bulunmadığı, olayda muvazaa olmadığı anlaşılmaktadır. Esasen muvazaa olayının bu davanın sonucuna etkisi bulunmamaktadır. Davalı taraf davacının işine İş Kanunu, m.25/II- b gereğince işverenin direktörü N. B.'ya hakaret edildiği sebebiyle son verildiğini belirtmektedirler. Dinlenen tanıklardan önemli bölümü hakaret olayına tanık değildirler, duyduklarını belirtmektedirler., davalı D... tanığı ise işverenin diğer bir çalışanına hakareti doğrulamıştır. Davalı taraf davacının işine İş Kanunu, m.25/II- b gereğince işverenin direktörü N. B.'ya hakaret edildiği sebebiyle son verildiğini belirtmektedirler. Dinlenen tanıklardan önemli bölümü hakaret olayına tanık değildirler. Duyduklarını belirtmektedirler. Keşifte dinlenen davacı tanığı, hakaret olayının doğru olmadığını belirtmiş, davalı D... tanığı ise davacının, insan kaynakları direktörü N. B.'ya hakaret ettiği için işten çıkarıldığını doğrulamıştır. 10.12.2012 tarihi

bilirkişi heyeti raporu doğrultusunda davacının hakaret eylemi doğrulandığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının iş akti şirketin İnsan Kaynakları Direktörüne küfür ve hakaret ettiğinden bahisle feshedilmiş ise de dosyaya sunulan olaya dair tutanakta küfür ve hakaret içerikli sözün belirtilmediği ve soyut bir şekilde sadece isimleri belirlenen 4 işçinin hakaret ve küfür içeren sözler söyledikleri belirtilmiş olup tutanak altında imzası bulunan 2 işçi, duruşmadaki beyanlarında olayı görmedikleri diğer tutanak müzminin anlatımlarına göre tanzim ettiklerini beyan ettikleri görülmüş, olayı gördüğünü beyan eden davalı tanığı ise duruşmada "... gösterdikleri tepki sebebiyle bizimle toplantı yapsaydı biliyordu başına gelecekleri dediler ve ayrıca şerefsiz diyerek N. B.'ya hakaret ettiler" şeklinde beyanda bulunduğu görülmüştür. Dolayısıyla davalı tanığının isimleri tespit edilen işçilerden hangisi ya da hangilerinin somut olarak sarfettiği sözleri dile getirmeyip genelleştirmesi ve olaya dair olduğu belirtilen tutanakta ise somut olarak küfür ve hakaret içerikli olan sözlerin ne olduğu belirtilmemiş olması karşısında işverence yapılan feshin haklı nedene dayanmayacağı gibi olayın varlığı konusunda davalı tanığının sonradan alınmış soyut beyanı dışında delil de bulunmadığından geçerli neden olarak da kabul edilmesinin mümkün olmadığı görülmekte olup mahkemece yanılığlı değerlendirmeye yapılan feshin haklı nedene dayandığının kabulü isabetsizdir.

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, davalılar arasında muvazaa bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine dair asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereğiyle teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Kanunun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında "işletmenin ve işin gereğiyle teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 11. maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için "işletmenin ve işin gereğiyle teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla İş Kanununun 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa B.K.nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak

amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kurallarıyla ispat edilebilir. Bundan başka İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 Sayılı Kanun ile İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayırık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 Sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları da bu doğrultudadır.

İş Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirim asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğüyle gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca re'sen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması halinde, alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konuları, 5763 Sayılı Yasayla iş kanununda yapılan değişiklikler ve buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliğinin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte "yazılı alt işverenlik sözleşmesinden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt İşveren Yönetmeliğinde;

1-) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine dair asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2-) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimseyle kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3-) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4-) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.

Somut olayda davacı forklift operatörü olarak çalıştığını ve kıdeminin yaklaşık 3 yıl olduğunu belirterek davalı şirketler arasında muvazaa olduğunu iddia etmiş, davalı şirket vekilleri ise muvazaa iddiasının doğru olmadığını asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğunu savunmuşlardır.

Mahkemece her ne kadar mahallinde keşif yapılmış ve teknik bilirkişi heyet raporu alınmış ise de söz konusu keşif ve alınan bilirkişi raporlarının davalı şirketler arasındaki ilişkinin tespiti yönünde yeterli olmadığı açıktır. Zira aynı mahkemece istenilen bir kısım raporlarda davalılar arasındaki ilişkinin asıl-alt işveren ilişkisi olduğu, bir kısmında ise muvazaa bulunduğu belirtilmiş olup mahkemece bu sebeple bazı kararlarında muvazaayı kabul etmiş iken bazı kararlarında asıl-alt işveren ilişkisi olduğunu belirtmiştir, verilen bazı kararlarda davalılar arasındaki ilişki asıl-alt işveren ilişkisi kabul edilirken bazı kararda ise muvazaalı olduğu belirtilmiştir.

Bu sebeple mahkemece öncelikle; davalı şirketlerin faaliyet alanlarının belirlenmesi amacıyla ticari kayıtlarla davalı B... şirketinin üretim aşamalarını tek tek gösterir iş organizasyon yapısına dair kayıtlar davalı şirketten celp edilmesi gerekmektedir. Ayrıca yargılama aşamasında davalılardan bat şirketinden araç kabul çekti formu, mamul transfer formu örnekleri, malzeme transfer formları, bütün mamulleri picking listesi, ay sonu ve yıl sonu sayım örnek ve tutanakları istenmiş ise de söz konusu şirket tarafından bu kayıtların diğer davalıdan talep edilmesi gerektiği belirtilmiş ancak mahkemece bu yön üzerinde durulmamıştır. Dolayısıyla davacının yaptığı iş ile yakından ilgili bulunma ihtimali bulunan bu kayıtların da getirilmesi gerekmektedir.

Söz konusu belgeler temin edildikten sonra mahkemece üniversitelerden davalı şirketlerin faaliyet konularında uzman bilirkişiler aracılığıyla keşif yapılarak ve hakimnin davayı aydınlatma yükümlülüğü uyarınca dinlenen tanıklar keşif sırasında yeniden dinlenerek davacının yaptığı işin ne olduğunun yerinde tespitiyle yapılan bu işin tutanaklara eksiksiz geçirilerek bilirkişilerden bu işin davalılar arasında yapılan sözleşme kapsamında bir iş olup olmadığı yoksa davalı B... şirketinin asli faaliyeti olan sigara üretiminin bir parçası niteliğinde de olduğunun belirlenmesi, asıl iş olduğunun tespiti halinde ise alt işverene devrinin mümkün olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Yine tanık beyanlarına göre davalı B... şirketinin Tokat fabrikasının kapanmasından sonra fabrikaya getirilen bu işçilere işlerin davalı D... işçileri tarafından öğretildiği bir kısım tanık tarafından beyan edilmesi karşısında mahkemece bu hususlar araştırılarak davacının böyle bir eyleminin olup olmadığı tereddütsüz belirlenerek tüm dosya içeriğinin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, davalı D... şirketiyle davalı B... şirketi arasındaki niyet mektubu ve ekleriyle işyerinde fiili durum karşılaştırılarak davacı ve arkadaşlarının yaptığı işin davalılar arasındaki sözleşme kapsamında kalıp kalmadığı, asıl iş niteliğinde olup

olmadığı dinlenilecek tanık beyanları, işyerinin üretim mekanizmasının eksiksiz tespitiyle davacı ve arkadaşlarının yaptığı işin asıl iş olan üretim kapsamında olup olmadığı her iki şirket kayıtları üzerinde yapılacak incelemeyle eksiksiz bir şekilde belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik ve yanılgılı değerlendirmeye davalı şirketler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğunun belirtilmesi hatalıdır.

Mahkemece bu yön üzerinde durulmaksızın ve eksik araştırma sonucu davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın, yukarda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde davacıya iadesine, 26.06.2013 tarihinde oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.