

**T.C.
YARGITAY
DOKUZUNCU HUKUK DAİRESİ**

Esas : 2013/5859
Karar : 2013/14013
Tarih : 09.05.2013

(4857 s. İş K 18)

Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi E. Sevgi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin dış hekimliği ürünleri pazarlaması sektöründe faaliyet gösteren davalı şirkette 15.02.2008-24.09.2010 tarihleri arasında tıbbi satış mümessili olarak çalıştığını şirket sahiplerinin Murat Demirci ve kardeşi olduğunu bu kişilerin ve davalı firmanın hissedarı oldukları ve aynı alanda depo ve pazarlama faaliyeti yürüten Dim San ve Defarma adlı 2 ayrı firma daha bulunduğunu ,yapılan işin dış hekimlerinin ihtiyacı olan tıbbi malzemelerin depolanması pazarlanması ve satışı olduğunu, hizmet akdinin net bir gerekçe bildirmeksizin performans düşüklüğü ve yeni bir ekip oluşturma isteği neden bildirilerek fesih edildiğini, imzalatılmak istenen ibranameleri imzalamadığı için kıdem ve ihbar tazminatlarının da ödenmediği performans düşüklüğü sebebine dayanılmasına rağmen savunmasının alınmadığını beyanla davalarının kabulü ile feshin geçersizliğinin tespitine, müvekkilinin işe iadesine ve işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatının 8 aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; müvekkili şirket çalışanlarının 30 kişinin altında olduğunu Murat ve Vedat Demirci isimli kişilere ait 3 adet şirket olduğunu ancak bu şirketlerin aynı iş kolunda olmadığını müvekkili şirket ile defarma adlı şirketin 3 numaralı Petrol, kimya ve lastik iş kolunda Dimsan adlı şirketin ise 24 numaralı sağlık iş kolunda yer aldığını bu nedenle çalışan sayılarının toplanmasının mümkün olmadığını müvekkili şirket ile Defarma şirketinin çalışanlarının da 30 kişiye ulaşmadığını, davacının iş sözleşmesinin 17. madde gereğince fesih edildiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi

sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bodro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde gözönünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K mad. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışından kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 İşçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor

ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.07.2008 gün ve 2008/25552 Esas, 2008/20932 Karar sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı davalı Vem İlaç San. Ve Tic. Ltd. Şti şirketinde çalışmaktadır. Davacı ayrıca aralarında organik bağ bulunan Dimsan Diş Malzemeleri Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti ile Defarma İlaç ve Ecza Deposu San. Tic. Ltd. Şti'ye de hizmet verdiğini bu şirketler arasında organik ve birlikte istihdam bulunduğunu iddia etmiştir. Mahkemece de birlikte istihdam kabul edilerek fesih tarihinde 30 veya daha fazla işçi çalıştırıldığı buna göre davacının iş güvencesi kapsamında olduğuna kanaat getirilmiştir. Birlikte istihdam olgusu dosya içeriğine uygun olmakla birlikte fesih bildirim tarihi olan 24.09.2010 tarihi itibarıyla dosyada bulunan davalı şirkete ait 1135400 sicil numaralı Zincirlikuyu Engin İş Merk. Kore Şehitleri Cad. N:31/6 İstanbul ve 10878790 sicil numaralı A.Ayrancı Yeşilyurt Sokak 3/2 Ankara adreslerinde bulunan işyerlerinde 13; dava dışı Dimsan Diş Malzemeleri Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti'ne ait 10812590 sicil numaralı Oğuzhan Cad. No:19/9 Fındıkzade İstanbul ve 11793960 sicil numaralı Macunköy Mah. ATB İş Merkezi 1/213 numaralı Yenimalle Ankara adreslerinde bulunan işyerlerinde 13; yine dava dışı Defarma İlaç ve Ecza Deposu San. Tic. Ltd. Şti'ye ait 11367840 sicil numaralı Macunköy Mah. ATB İş Merkezi 1/213 numaralı Yenimalle Ankara adresinde bulunan işyerinde 3 işçi çalıştığı buna göre toplam sayının 29 olduğu görülmektedir.

Ancak fesih bildirim tarihi olan 24.09.2010 tarihinde söz konusu şirketlere ait tüm Türkiye genelinde başka işyerlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Yine dosya içerisinde davacıdan önce iş sözleşmesi feshedilip işe iade davası açan başka bir işçiye ait Trabzon İş Mahkemesi'nde görülen bir dava olduğu da görülmektedir, söz konusu işçinin işe iade davasının sonucu da yukarıda anlatılan ilkelere göre araştırılıp değerlendirilmelidir. Buna göre gerekli araştırmanın yapılarak 30 ve daha fazla işçi çalıştığı tespit edilirse şimdiki gibi, 30'dan az işçi çalıştığı tespit edilirse davanın reddine karar verilmelidir. Eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç :

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.