

SAVİ: 430 - MAYIS-HAZİRAN 2017

TEKSTİL
İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI AYLIK DERGİSİ

HUKUK 114



SENDİKA YÖNETİCİSİ İLE SENDİKA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ VE İLİŞKİDEN DOĞAN HAKLAR



Prof. Dr. Fevzi Şahlanan

(Karar incelemesi)

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi

Esas No: 2015/19516

Karar No: 2015/24863

Tarihi: 14/09/2015

Karar Özeti

Sendika yöneticisi ile sendika arasındaki hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olup, yönetici 4857 Sayılı İş Kanunu'na dayanarak işçilik haklarına ilişkin bir talepte bulunamaz. Yöneticinin bu konudaki hakları sendika tüzüğünde yer alan kurallara göre belirlenir.

İlgili Mevzuat

6356 Sayılı Kanun Md. 8/ğ, Md. 11/f,

2821 Sayılı Kanun Md. 44, 45

Yargıtay Kararı

Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili; davalının Beyoğlu 5. İcra Müdürlüğü'nün 2009/12711 Esas Sayılı dosyası ile aleyhine yürütülen 46.543,24 TL miktarındaki icra takibi sebebiyle düzenlenen ödeme emrine itiraz ettiğini, bu itirazın haksız ve kötü niyetli olduğunu, müvekkilin iş sözleşmesinin 20.04.2009 tarihinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17. Maddesi uyarınca davalı işverence feshedildiğini, fesihten doğan alacakları ile ücret alacaklarının ödeneceğinin söylenmesine rağmen ödenmeyince genel haciz yolu ile icra takibi başlatıldığını ancak işverenin itiraz ettiğini beyan ederek, haksız ve kötü niyetli itirazın iptaline ve takibin devamına, müvekkil lehine yüzde 40'tan az olmamak üzere icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti

Davalı vekili; davalının merkez yönetim kurulunun mahkeme kararı ile değiştiğini, bu dönemde yaşanan yönetim kargaşası sebebiyle görevden düşen eski yönetimin bu davaya cevap dahi vermediğini, davacının OLEYİS'in Ege Bölge Şube Başkanı olduğunu, 2006 yılında seçildiği bu görevi profesyonel sendika yöneticisi olarak yaptığını, 20.04.2009 tarihinde yapılan seçimle Bölge Şube Başkanlığı görevinin sona erdiğini, davacının OLEYİS Sendikası'nın çalışanı değil, profesyonel yöneticisi olduğunu, o tarihte Ege Bölge Şube Başkanı sıfatı yanında Genel Başkan Yardımcısı sıfatıyla merkez yönetim kurulu (MYK) üyesi olduğunu, MYK üyelerinin seçimle göreve geldiklerini, bir MYK üyesinin görevinin istifa ya da yeniden seçilmeme ile sona

erebileceğini, bu sebeple kıdem tazminatı istenemeyeceğini, aylık ücret hesaplamasının da gerçeğe aykırı bulunduğunu, ekonomik kriz sebebiyle çalışanlara zam uygulanmadığını, davacının sendikanın yöneticisi olarak işçi değil işveren konumunda olduğunu, davacının iddia ettiği ücreti almadığını, Sendikalar Kanunu ve emsal Yargıtay Kararları'na göre işveren konumunda olan sendika yöneticilerinin izin hakkının bulunmadığını, amatör yöneticilerin ise görevlerini işlerinden ayrılmadan sürdürdüklerinden izinlerinin çalıştıkları yerlerce düzenlendiğini savunarak davanın reddine karar verilerek haksız icra takibi sebebiyle yüzde 40 kötüniyet tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

Gerekçe

Maddi olay tarihinde yürürlükte bulunan mülga 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 44. Maddesi'nde, "Sendikalar gelirlerini Sendikalar Kanunu ve tüzüklerinde gösterilen faaliyetler dışında kullanamazlar ve bağışlayamazlar" denilmiştir.

Yine aynı Kanun'un 45. Maddesi'nde ise, "Konfederasyonlar ile sendikaların ve şubelerinin yönetim kurulu üyeleri ile başkanlarına verilecek ücretler, her türlü ödenek, yolluk ve tazminatlar genel kurul tarafından tespit olunur. Bunlar da yönetim kurulunca faaliyet raporunda gösterilir" hükmüne yer verilmiştir.

Sendika Tüzüğü'nün 15. Maddesi'nin "n" bendinde yöneticilere verilecek ücretler, yolluk, ikramiye ve tazminatları belirlemek genel kurulun yetkisi içinde sayılmıştır. Tüzüğün 19. Maddesi'nin "d" bendinde ise genel kurulca kabul edilen bütçe hükümleri çerçevesinde genel merkez, Bölge Şube ve Şube yönetim kurullarında görev alanlardan bu yerlerdeki aidat ödeyen üye sayısını baz alarak kimlerin ücret karşılığında profesyonel yönetici olarak veya yarı profesyonel yönetici olarak ya da huzur hakkı veya ücret karşılığında amatör yönetici olarak görev alacaklarını belirlemek, aldığı bu kararları gerektiğinde iptal edip yeni kararlar almak yönetim kurulunun yetkileri arasında sayılmıştır.

Tüzüğün 80. Maddesi'nin "a" bendinde "Sendikada ücretle çalışacak yönetici ve personele ödenecek ücret ve diğer ödemeler bütçe ile belirlenir" hükmü yer alırken "b" bendinde

sendikalar yöneticilerinin aday olmama, seçilmeme çekilme ya da ölüm sebebiyle görevlerinin sona ermesi durumunda her tam hizmet yılı için ek ödemelerde dikkate alınarak 1 günlük ücret ve diğer hakların 45 katı tutarında her tam yıl için hizmet ödeneğinin net olarak ödeneceğinin yer aldığı, aynı dönem için birden fazla hizmet ödeneğinin ödenemeyeceği, tam hizmet yılından artanların da oranlanarak dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin "i" bendinde de, "Sendika, yönetici ve çalışanlarının sosyal güvenlik, sigorta ve dinlenme haklarını garanti eder. Yönetici ve personelin yıllık izin saatleri personel yönetmeliğinde belirtilir" denilmiştir.

Sendika ile yöneticileri arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Sendika yöneticisine emeği karşılığı düzenli olarak dönemsel ödeme yapılması, çalışmasının kuruma bildirilmesi ve ücret bordrosu düzenlenmesi iş ilişkisinin varlığını göstermez. Ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Buradan hareketle sendikalarda profesyonel sendika yöneticisi ve amatör sendika yöneticisi olmak üzere iki tip yöneticinin söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Sendikada verilecek ücretler ile sağlanacak diğer menfaatleri belirleme yetkisi münhasıran genel kuruldur. Somut olayda Tüzüğün 80. Maddesi'ne göre bu belirlemenin bütçeye göre yapılacağı ifade edilmiştir.

Bu genel açıklamalar ışığında tarafların temyiz itirazları değerlendirildiğinde;

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.
2. İnceleme konusu davada, mahkemece davanın kabulüne dair verilen ilk karar, Dairemizin 06.12.2013 tarihli ilâmiyla, izin yönetmeliği ve davacının statüsüne ilişkin genel kurul ve yönetim kurulu kararları, davacının mali haklarına ilişkin bütçe hükümleriyle genel kurul ve yönetim kurulu kararları doğrultusunda taleplerin değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle araştırmaya yönelik olarak bozulmuştur. Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonrasında davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma eksik ve hüküm kurmaya yeterli değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bozma ilâmında ücretin nasıl tespit edileceğinin belirtilmesine rağmen, davacının asgari ücretle çalıştığının kabulü hatalıdır. Dosya içeriğinde bulunan ve 24.08.2003 ilâ 25.08.2007 tarihleri arasında geçerli olan bütçenin 14. Maddesi'nde profesyonel yöneticilerin başlangıç ücretleri belirlenmiş, yine aynı maddede gösterilen tarihlerde, belirtilen yönetici ücretlerine yüzde 50' yi geçmemek üzere Merkez Yönetim Kurulu'nun belirleyeceği oranda zam yapılacağı öngörülmüş, bir kısım MYK kararları da dosyaya sunulmuştur. Şu halde, mahkemece, 25.08.2007 tarihinden sonraki döneme ilişkin uygulanacak bütçe de dosyaya getirilerek, bütçe hükümleri ve MYK kararları doğrultusunda davacının ücretinin tespiti gerekirken, eksik inceleme ile verilen karar hatalıdır.
3. Sendika Tüzüğü'nün 80. Maddesi'nin (b) bendine göre "Sendika yöneticilerinin aday olmama, seçilememe, çekilme ya da ölüm nedeniyle görevlerinin sona ermesi durumunda, kendilerine ya da yasal mirasçılarına, göreve seçildikleri tarihten itibaren görevlerinin sona erdiği tarihe kadar

fiilen çalıştıkları her tam yıl için, kendilerine ödenen aylık ücretlerine ek olarak sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün hakların da göz önünde tutulması suretiyle saptanacak bir günlük ücretin 45 katı tutarında bir hizmet ödeneği net olarak verilir".

Dosya içeriğinden, davacının, 09.11.2004 ilâ 21.04.2009 tarihleri arasında davalı sendikada profesyonel yönetici olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davacının, belirtilen çalışma süresi yönünden, yukarıdaki esaslar doğrultusunda belirlenecek ücrete göre ve hizmet ödeneği alacağına kıdem tazminatı tavanına tabi olduğu da gözetilerek hizmet ödeneği alacağına hesaplanması gerekirken, davacının 28.05.2007 ilâ 20.04.2009 tarihleri arası dönemde iş sözleşmesi ile çalıştığına dair dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

4. Bozma ilâmında belirtildiği üzere, davacı işçi niteliği taşımadığından 4857 Sayılı Kanun'da öngörülen yıllık izin ücretine hak kazanamaz. Dolayısıyla vekâlet ilişkisinin sona ermesi halinde sendika yöneticilerine haklı bir sebep yokken kullanılmayan yıllık izinlerinin karşılığı olarak ücret ödenmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak sendika tüzüklerinde bu yönde hükümler konulmuşsa bu hükümlere itibar edilmelidir.

Bozma sonrası yapılan araştırmada da, davacının görev yaptığı dönem yönünden, yıllık izinlerini kullanmayan yöneticilere ücret ödemesi yapılacağına dair bir düzenleme bulunduğu ispatlanmadığından, yıllık izin ücreti isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

5. Dosya içeriğinden, sendika tarafından düzenlenen davacıya ait cari hesap kayıtları ile davacının ücret ve ikramiye tahakkuklarının gerçekleştirildiği, ayrıca davacıya çok sayıda ödeme yapıldığı ve bu ödemelere ilişkin açıklamalar yer aldığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, ödemelerin ücret ve ikramiye alacaklarına mahsuben yapıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ücret, ikramiye ve ücret avansı açıklaması yer alan ödemelerin, ücret ve ikramiye alacakları için yapıldığı tartışmasızdır. Ancak, açıklama olarak iş avansı yahut başkaca ifadelerin yer aldığı ödemelerin, iş ve sendikal faaliyetler sebebiyle yapıldığı anlaşıldığından, mahkemece, mali müşavir bilirkişi aracılığıyla sendika kayıtları üzerinde de gerekli incelemenin yapılarak, söz konusu ödemelerin mahiyetinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespiti gereklidir. Diğer taraftan, yapılan ödemeler karşılığının sendikal faaliyetlere harcandığı konusunda ispat yükünün de artık davacı üzerinde olduğu da gözetilmelidir.

6. Mahkemece, hüküm altına alınan hizmet ödeneğinin mevduata uygulanan en yüksek faiziyle tahsiline karar verilmiş ise de, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olması sebebiyle, işçi ücretleri için öngörülen "bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizin" somut olayda uygulanamayacağının göz ardı edilmesi de isabetsizdir. Söz konusu alacakların da kanuni faiziyle tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle

BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.09.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 14/09/2015 tarih ve 19516/24863 Sayılı Kararı'na konu olan olayda yönetici-sendika ilişkisinin iş sözleşmesi değil, vekâlet ilişkisi olduğu Yüksek Mahkeme'nin bu konuda yerleşik kararlarına ve öğretideki görüşlere uygun olarak tekrar vurgulanmış ve sendika yöneticisine tüzük gereği ödenmesi öngörülen "Hizmet Ödeneği" ve "Yıllık Ücretli İzin Parası" konusunda Yüksek Mahkeme'nin görüşlerine yer verilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'ne göre, sendika ile sendika yöneticileri arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Bu konuda kararda dikkati çeken isabetli bir görüş de sendika yöneticisine emeği karşılığı düzenli olarak dönemsel ödeme yapılmasının, çalışmasının kuruma bildirilmesinin ve ücret bordrosu düzenlenmesinin iş ilişkisinin varlığına bir gerekçe olarak gösterilemeyeceğinin belirtilmiş olmasıdır. Gerçekten de, ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Sendikalarda profesyonel sendika yöneticisi ve amatör sendika yöneticisi olmak üzere iki tip yönetici söz konusu olabilmektedir. Sendika yöneticilerine verilecek ücretler ile sağlanacak diğer menfaatleri belirleme yetkisi münhasıran genel kuruldadır. Esasen 6356 Sayılı Kanun'un, Tüzüğün zorunlu içeriğine ilişkin 8/ğ Maddesi'nde sendika yöneticilerinin ücretleri ile ilgili usul ve esasların tüzükte gösterilmesi öngörülmüştür. Öte yandan Yasa'nın genel kurulun görev ve yetkilerine ilişkin 11'inci Maddesi'nin (f) Bendi'nde yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu üyelerine verilecek ücret, tazminat, ödenek ve yolluklar ile sosyal hakların belirlenmesi genel kurulun görevleri arasında sayılmıştır. İnceleme konumuz karara konu olan olayda, Sendika Tüzüğü'nün 80. Maddesi'nin (b) bendine göre "Sendika yöneticilerinin aday olmama, seçilememe, çekilme ya da ölüm nedeniyle görevlerinin sona ermesi durumunda, kendilerine ya da yasal mirasçılarına, göreve seçildikleri tarihten itibaren görevlerinin sona erdiği tarihe kadar fiilen çalıştıkları her tam yıl için, kendilerine ödenen aylık ücretlerine ek olarak sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün hakların da gözönünde tutulması suretiyle saptanacak bir günlük ücretin 45 katı tutarında bir hizmet ödeneği net olarak verilir". Her ne kadar bu düzenleme İş Kanunu'nun kıdem tazminatının hesaplanmasına ilişkin 14'üncü Maddesi'ndeki düzenlemeye benzemekte ise de yukarıda da belirtildiği gibi sendika yöneticisi ile sendika arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesi olması nedeniyle, söz konusu ödeme kıdem tazminatı olarak nitelendirilemez. Nitekim sendika tüzüğünde de söz konusu ödeme "Hizmet Ödeneği" olarak adlandırılmıştır. Yüksek Mahkeme'nin kararında davacının, 09/11/2004 ilâ 21/04/2009 tarihleri arasında davalı sendikada profesyonel yönetici olarak görev yaptığı belirtilerek davacının, belirtilen çalışma süresi yönünden, yukarıdaki esaslar doğrultusunda belirlenecek ücrete göre ve hizmet ödeneği alacağının kıdem tazminatı tavanına tabi olduğu da gözetilerek hizmet ödeneği alacağının hesaplanması gerekirken, davacının 28/05/2007 ilâ 20/04/2009 tarihleri arası dönemde iş sözleşmesi ile çalıştığını belirterek hüküm kuran

Yerel Mahkeme kararı bozulmuştur.

Ne var ki, yönetici ile sendika arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu ve bu nedenle hizmet ödeneğinin kıdem tazminatı olmadığı sonucuna varılırken, sözkonusu ödeneğin kıdem tazminatı tavanına tabi tutulması teknik hukuk açısından eleştirilecek bir husustur (Ekonomi, Değerlendirme 1988, 141; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri 108; Özkaraca, Değerlendirme 2014, 260, 261). Yüksek Mahkeme bu görüşünü 1980'li yıllarda 1475 Sayılı İş Kanunu'na 2547 Sayılı Kanun'la getirilen Ek Madde'ye dayandırmakta idi. Söz konusu Ek Madde günümüzde 4857 Sayılı Kanun'un 112'nci Maddesi'nde de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre "kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu kanun ve 854, 5953, 5434 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır". Görüldüğü gibi bu hüküm kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili olup sendika yöneticilerine yapılan hizmet ödeneğini bu maddeye dayandırmak mümkün değildir. Ancak son yıllarda, sendika tüzüklerinde yöneticiler için çok yüksek hizmet ödeneği öngören düzenlemelere de rastlanmakta ve bu tür ödemelerin belirlenmesinde sendikanın mali olanaklarının gözetilmesi gerektiğine hükmedilmektedir (Y9HD 28/10/2010-22982/26099 ve M. Sur'un incelemesi Sarper Süzek'e Armağan II 1597 vd). Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı, hizmet ödeneğini kıdem tazminatı tavanına tabi tutan ve İş K. Md. 112'yi kıyasen uygulayan kararlarında da kendisini göstermekte; sendikayı, profesyonel sendika yöneticisine karşı korumaktadır.

Hizmet ödeneği, açısından kararda dikkati çeken bir başka yön ise bu ödeneğin kıdem tazminatına ilişkin en yüksek mevduat faizine tabi tutulamayacağıdır. Bu görüş, hizmet ödeneği kıdem tazminatı tavanına tabi tutan görüş ile tutarsız gibi görünse de yöneticiye karşı sendikayı koruma düşüncesi ile tutarlı olduğu söylenebilir.

İnceleme konumuz kararda dikkati çeken bir başka husus Yüksek Mahkeme'nin davacının işçi niteliği taşımadığından 4857 Sayılı Kanun'da öngörülen yıllık izin ücretine hak kazanamayacağına belirtilmesidir. Yüksek Mahkeme buradan hareketle vekâlet ilişkisinin sona ermesi halinde sendika yöneticilerine haklı bir sebep yokken kullanılmayan yıllık izinlerinin karşılığı olarak ücret ödenmesi kural olarak mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır. Ancak sendika tüzüklerinde bu yönde hükümler konulmuşsa bu hükümlere itibar edilecektir. Bu nedenle davacının görev yaptığı dönem yönünden, yıllık izinlerini kullanmayan yöneticilere ücret ödemesi yapılacağına dair bir düzenleme bulunduğu ispatlanmadığından, yıllık izin ücreti isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

Sonuç

Yukarıda belirttiğimiz eleştiriler dışında Yüksek Mahkeme'nin bu kararı önceki yıllardaki içtihatlarına ve öğretideki görüşlere uygun bir karar olarak değerlendirilmiştir.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2016/11697

Karar No: 2016/14192

Tarihi: 14/06/2016

Karar Özeti

Dosya kapsamındaki delillerden, dava dışı ... güvenlik firmasının davalı bankada kendi işçilerini değil, davalı bankanın işten çıkardığı güvenlik görevlilerini işe alarak üstlendiği güvenlik işini yerine getirdiği, bu durumun İş Kanunu'nun 2. Maddesi'nin 7. Fıkrası'nda yer alan "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez" düzenlemesine aykırı olduğu, bu nedenle davalı ... ile dava dışı ... Güvenlik firması arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca davacının iş akdine son verilmesinin geçerli neden kabul edilebilmesi için davalı bankanın aldığı işletmesel kararı tutarlı uyguladığının ve feshinden önce, "son çare" ilkesini gözettiğinin tespit edilebilmesi gerekir.

Dosya kapsamındaki delillerden davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra, aynı birime personel alımı yapıldığı görülmemiştir. Ancak, davacı dâhil toplam 1185 güvenlik görevlisinin alınan işletmesel karardan sonra hizmet akdi ilişkileri sona ermiş olup 29.01.2015 tarihli yazı ve ekindeki görev yazılarından davalı banka bünyesinde güvenlik görevlisi kadrosunda çalışan 49 işçinin bankanın idari kadrosuna alındığı, 9 güvenlik görevlisinin gişe yetkilisi olarak yerleştirildiği, 1072 işçinin ise alt işveren şirkette güvenlik görevlisi olarak çalışmaya devam ettiği tespit edilmiştir. Bu tespitler davalı tarafın da kabulündedir. Davalı vekili, özel güvenlik hizmet biriminin kapatılması nedeniyle istihdam fazlalığı oluşturan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığını ve eğitimleri, diğer nitelikleri bulundukları lokasyondaki gereksinimler gözetilerek 49 kişinin idare kadroya, 9 kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini uyguladığı açık değildir. Cevap dilekçesinde davacının görev esnasında dikkat eksikliği ve görevini özensiz yaptığı gerekçeleriyle çalıştığı şubelerden şikâyet alındığı belirtilmekle birlikte bu savunmayı ispatlayacak bir delil sunulmadığı gibi bankada farklı pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacıda bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibarıyla seçildiği de açıklanmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mahkemece, muvazaa olgusu ve feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilmeden davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

İlgili Mevzuat

4857 Sayılı İş K. Md. 2, 18 - 21

Yargıtay Kararı

A) Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili; davacının, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile davalı işveren nezdinde güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, 23.01.2015 tarihinde iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğini, feshin bildiriminde "Bankacılığın yardımcı işlerinden olan özel güvenlik hizmetleri işinin, operasyonel verimlilik sağlamak ve daha nitelikli hizmet almak amacıyla piyasa şartlarına göre bu işlerde uzmanlaşmış 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kapsamında yer alan firmalardan temin edilmesi ve buna göre Bankanın ilgili organizasyonunda değişiklik yapılması, Genel Müdürlükçe yapılacak çalışmalar sonucunda 01.02.2015 tarihinden itibaren söz konusu özel güvenlik norm kadrosunun yasal mevzuat çerçevesinde kaldırılması uygun bulunmuştur" gerekçesinin gösterildiğini, işverenin bankanın güvenliğinin tanındıkları elemanlarla, yürütülmesini sağlamak istediği için tüm banka güvenlik çalışanlarının güvenlik hizmetlerinin devredildiği taşeron firmada da çalışmalarını istediğini, davalı işverenin bu önerisi ile taşeron firmanın alacağı yeni elemanların davalı bankanın iç yapısını bilmemeleri nedeni ile işlerin aksamasının önüne geçmeye çalıştığını, ayrıca davacı ve diğer güvenlik elemanlarını işten çıkardıktan sonra kasıtlı olarak başka birimde de istihdam etmeyerek taşeron firma ile çalışmaya zorladığını, taşeron firma ile yalnızca bir yıllık sözleşme yapıldığını, bir yılın sonunda sözleşmelerin yenilenip, yenilenmeyeceği konusunda belirsizlik bulunduğunu, davalı banka tarafından banka bünyesindeki başka bir işe geçmesi konusunda teklifte bulunulmadığını ileri sürerek; feshin geçersizliğinin tespiti ile müvekkilinin işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti

Davalı vekili; davacının iş sözleşmesinin işyeri gerekleri nedeni ile feshedildiğini, Banka Yönetim Kurulu tarafından "Yönetim Hakkı" çerçevesinde 25.12.2014 tarihinde davacının istihdam edildiği özel güvenlik hizmet biriminin kapatılmasına ilişkin karar alındığını, bu karar ile özel güvenlik norm kadrosunun kaldırılmasına, işgücü fazlası olarak belirlenecek çalışanların bankanın boş kadrolarında istihdam edilme imkânlarının araştırılarak eğitimleri ve diğer nitelikleri yapılacak işe uygun bulunan özel güvenlik görevlilerinin gişe yetkilisi olarak veya dış firma ile koordinasyonu sağlamak üzere oluşturulacak kadrolara atanması, feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler sonucunda boş kadroların araştırılmasına rağmen istihdam imkânı bulunamayan özel güvenlik görevlilerinin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin işletmesel karar alındığını, şirketin ana faaliyet konusunun bankacılık ve finans işlemleri olduğunu, özel güvenlik hizmetleri biriminin kapatılması nedeniyle doğan istihdam fazlalığının tamamının bankanın diğer birimlerinde değerlendirilmesinin hem bu durumdaki özel güvenlik görevlilerinin sayısı hem de ifa ettikleri iş nedeni ile mümkün

olmadığını, istihdam fazlalığı olan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığını ve eğitimleri, diğer nitelikleri, bulundukları lokasyondaki ihtiyaçlar dikkate alınarak 49 kişinin bankanın idari kadrosuna alındığını, 9 kişinin ise eğitim durumu, nitelikleri ve boş kadro durumu gözetilerek gişe yetkilisi olarak yerleştirilmesinin yapıldığını, davalı banka tarafından söz konusu fesih işlemi gerçekleştirilirken iş sözleşmesi feshedilen işçilerin fesih nedeni ile herhangi bir zarara uğramaması, banka nezdinde çalışırken sahip oldukları hayat tarzının olumsuz yönde değişmemesi için ortalama bir işverenden beklenmeyecek şekilde yüksek bir özen gösterildiğini, dava dışı ... Savunma ve ... San. A.Ş. ile davalı arasında imzalanan sözleşmelerin çeşitli maddelerinde söz konusu işletmesel karar çerçevesinde işçilerin haklarının ve mevcut durumlarının korunması adına bazı hükümlere yer verildiğini, bankada çalışan özel güvenlik görevlilerini mümkün olduğu kadarıyla kendi mevcut şubelerinde görev yapması için iş teklifi yapıldığını, bu teklifi yapan 1072 kişinin 1 Şubat 2015 tarihinde iş sözleşmesi imzalayarak göreve başladığını, davacının iş sözleşmesinin de bu işletmesel karar çerçevesinde ve boş kadrolarda istihdam edilme imkânının bulunmaması nedeniyle tüm hak ve alacaklarının ödenmesi suretiyle feshedildiğini savunarak; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece, davalı işverence alınan kararın objektif ve tutarlı bir biçimde uygulandığı, feshin son çare olması ilkesine uyulduğu, davacının davalı işveren nezdinde çalıştırılabileceği başka bir pozisyon bulunmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz

Karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle 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 Kanunu'nun 2'nci Maddesi'nde, 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 nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Yasa'nın 2'nci

Maddesi'nin Altıncı ve Yedinci Fıkraları'nda "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11'inci Maddesi'nde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir, işverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla İş Kanunu'nun 2'nci Maddesi'nde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanunu'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 kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka İş Kanunu'nun 2'nci Maddesi'nin Yedinci Fıkrası'nda sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 Sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 2'nci Maddesi'ne bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık 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 Kanun'un 2'nci Maddesi'nin Yedinci Fıkrası'nda 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 Kanunu'nun 5'inci Maddesi'nde 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 (Yargıtay 9.H.D. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K.). İş Kanunu'nun 3'üncü Maddesi'nin İkinci Fıkrası, 15.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 Sayılı Yasa'nın 1'inci Maddesi'yle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirimi asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile 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 Yasa'yla İş Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliği'nin 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 ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,
- 2.** Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile 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 uyuşmazlıkta, 23.01.2015 tarihli fesih bildirimine göre, davalı bankada güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, banka yönetim kurulunun 25.12.2014 tarih ve 4/10186-1 Sayılı Kararı ile aldığı işletmesel karar doğrultusunda güvenlik hizmetlerinin, hizmet satın alınması yöntemi ile başka firmaya (Güvenlik Ltd Şti) verildiği ve bunun sonucu olarak davacının istihdam fazlası konumuna düştüğü gerekçesiyle feshedilmiştir.

Dosya kapsamındaki delillerden, dava dışı... güvenlik firmasının davalı bankada kendi işçilerini değil, davalı bankanın işten çıkardığı güvenlik görevlilerini işe alarak üstlendiği güvenlik işini yerine getirdiği, bu durumun İş Kanunu'nun 2. Maddesi'nin 7. Fıkrası'nda yer alan "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez" düzenlemesine aykırı olduğu, bu nedenle davalı ... ile dava dışı ... Güvenlik firması arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca davacının iş akdine son verilmesinin geçerli neden kabul edilebilmesi için davalı bankanın aldığı işletmesel kararı tutarlı uyguladığının ve fesihden önce, "son çare" ilkesini gözettiğinin tespit edilebilmesi gerekir.

Dosya kapsamındaki delillerden davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra, aynı birime personel alımı yapıldığı görülememiştir. Ancak, davacı dâhil toplam 1185 güvenlik görevlisinin alınan işletmesel karardan sonra hizmet akdi ilişkileri sona ermiş olup 29.01.2015 tarihli yazı ve ekindeki görev yazılarından davalı banka bünyesinde güvenlik görevlisi kadrosunda çalışan 49 işçinin bankanın idari kadrosuna alındığı, 9 güvenlik görevlisinin gişe yetkilisi olarak yerleştirildiği, 1072 işçinin ise alt işveren şirkette

güvenlik görevlisi olarak çalışmaya devam ettiği tespit edilmiştir. Bu tespitler davalı tarafın da kabulündedir. Davalı vekili, özel güvenlik hizmet biriminin kapatılması nedeniyle istihdam fazlalığı oluşturan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığını ve eğitimleri, diğer nitelikleri, bulundukları lokasyondaki gereksinimler gözetilerek 49 kişinin idari kadroya, 9 kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de; davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini uyguladığı açık değildir. Cevap dilekçesinde davacının görev esnasında dikkat eksikliği ve görevini özensiz yaptığı gerekçeleriyle çalıştığı şubelerden şikâyet alındığı belirtilmekle birlikte bu savunmayı ispatlayacak bir delil sunulmadığı gibi bankada farklı pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacıda bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibariyle seçildiği de açıklanmamıştır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mahkemece, muvazaa olgusu ve feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilmeden davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 Sayılı Kanun'un 20. Maddesi'nin 3. Fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç

Yukarıda belirtilen sebeplerle;

- 1.** Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
- 2.** İşverence yapılan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE, davacının İŞİNE İADESİNE,
- 3.** Davacının kanunî sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde, ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
- 4.** Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,
- 5.** Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
- 6.** Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarife göre belirlenen 1.800.-TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
- 7.** Davacı tarafından yapılan 482.50 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
- 8.** Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, Kesin olarak 14/06/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi

Esas No: 2014/33007

Karar No: 2016/11696

Tarihi: 20/04/2016

Karar Özeti

İşyerinde çalışan tüm işçilere karşı aynı zam oranının

uygulanacağı yönünde bir kural ve ilke yoktur. Çalışma şartlarına ve alınan verime göre farklı zam oranları uygulanabilir. Ayrıca eşit davranmama tazminatının şartlarının oluşması için 4857 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi gereğince işverenin belirli bir olgu gözetilerek işçiye diğerlerinden farklı ve kasıtlı bir uygulamasının bulunması şarttır. Sırf işçinin ücretine zam yapılmaması halinin değinilen madde kapsamında değerlendirilerek tazminata hükmedilmesini haklı kılmaz. Kaldı ki mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacının ve diğer çalışanların maaşlarına ek, performanslarına bağlı olarak değişik dönem ve tutarlarda satış primi aldıkları, 3 yıllık dönemde (Ocak 2010-Aralık 2012) toplamda en fazla satış primini davacının aldığı, aylık olarak bakıldığında alınan prim tutarlarının birbirine yakın olduğu dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının kanuni koşullarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

İlgili Mevzuat

4857 Sayılı İş K. Md. 5

Yargıtay Kararı

Davacı, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı ile ücret farkı alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Davacı vekili davacının, davalıya ait ilaç tanıtımı ve pazarlama işinde Müdürlüğüne bağlı olarak ...'da 15 yıla yakın bir süredir çalışmaya devam ettiğini, davalı işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini, davacı ile çalışan tüm personelin aralıklarla maaşlarına zam yapıldığını ve prim ödemelerinin yapıldığını, ancak davacıya aynı oranda prim ödemesi ve zam yapılmadığını, bu haliyle davalı işverenin davacıyı istifa etmeye yönlendirdiğini buna rağmen davacının iş sözleşmesinin kendisine yüklediği ödevleri gereği gibi yerine getirdiğini, iş sözleşmesini sona erdirmeye iradesi bulunmadığını, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5/6 Maddesi'ne göre davacının mahrum kaldığı ücret ödemeleri borcuna ek olarak davacının 4 aylık ücreti tutarındaki tazminatı da ödemesi gerektiğini, davalının eşit davranma borcuna aykırı davranması nedeniyle mahrum kaldığı ücret farkı alacağı ile 4 aylık ücreti tutarındaki tazminat miktarının davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili davacının, davalı işyerinde herhangi bir alacağı bulunmadığını, son yıllarda şirket politikası gereği çalışanlara zam yapılmadığını, davalı şirkette performans dayalı zam sistemi uygulandığını, davacının Eylül 2010 ayından itibaren maaşını zamlı aldığını, hedeflerini tutturması halinde prim ödemesi yapıldığını, hedefleri tutturmayan tıbbi tanıtım temsilcisine maaşlarına ek zam ya da prim ödemesi yapılmadığını, primin performans dayalı olduğundan farklı davranmanın işin gereği olduğunu, davacının 15 yıldır davalı işyerinde çalıştığını, prim ve zam almamış olsa bu kadar yıl çalışmasının mümkün olmayacağını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının ve diğer çalışanların maaşlarına ek, performanslarına bağlı olarak değişik dönem ve tutarlarda satış primi aldıkları, 3 yıllık dönemde (Ocak 2010-Aralık 2012) toplamda en fazla satış primini davacının aldığı, aylık olarak bakıldığında alınan prim tutarlarının birbirine yakın olduğu, davacı ile aynı kıdeme sahip davalının diğer işçilerine yıllara göre yapılan zam oranı dikkate alındığında, davalı işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili kanuni süresi içinde temyiz etmiştir. Uyuşmazlık, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır. Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Dosya içeriğinden, davacının davalıya ait işyerinde, 23.02.1998 tarihinden itibaren tıbbi tanıtım temsilcisi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda, mahkemece davacı ile aynı kıdeme sahip davalının diğer işçilerine yıllara göre yapılan zam oranı dikkate alındığında, davalı işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığına karar verilmiş ise de; işyerinde çalışan tüm işçilere karşı aynı zam oranının uygulanacağı yönünde bir kural ve ilke yoktur. Çalışma şartlarına ve alınan verime göre farklı zam oranları uygulanabilir. Ayrıca eşit davranmama tazminatının şartlarının oluşması için 4857 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi gereğince işverenin belirli bir olgu gözetilerek işçiye diğerlerinden farklı ve kasıtlı bir uygulamasının bulunması şarttır. Sırf işçinin ücretine zam yapılmaması halinin değinilen madde kapsamında değerlendirilerek tazminata hükmedilmesini haklı kılmaz. Kaldı ki mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacının ve diğer çalışanların maaşlarına ek, performanslarına bağlı olarak değişik dönem ve tutarlarda satış primi aldıkları, 3 yıllık dönemde (Ocak 2010-Aralık 2012) toplamda en fazla satış primini davacının aldığı, aylık olarak bakıldığında alınan prim tutarlarının birbirine yakın olduğu dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının kanuni koşullarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 20.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.