

İlgili Kanun / Madde
4857S.İşK/18-21

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/39824
Karar No. 2009/29938
Tarihi: 02.11.2009

- EKONOMİK KRİZ NEDENİYLE İŞLERİN DARALMASINA BAĞLI FESİH
- BİLİRKİŞİ RAPORUNUN KENDİ İÇERİSİNDE ÇELİŞMESİ
- FESHİN KAÇINILMAZ OLUP OLMADIĞININ BELİRLENMESİ
- FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

ÖZETİ: Mahkemece işyerinde keşif yapılarak alınan bilirkişi kurulu raporunda davalı şirketin satış miktarını artırdığı, daha düşük kar elde etmekle bir önceki yıla göre karlılığını sürdürdüğü, şirketin mali yapısında önemli değişiklik olmadığı, planladığı üretim miktarını büyük oranda sağladığı, ilk giren son çıkar ilkesine uyulmadığı, kısa çalışma ödeneği ile ilgili başvurusunun sonuçlarının tam olarak elde edilmeden fesih yoluna gidildiği belirtilmiştir. Aynı raporda Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık 2008 aylarında otomotiv sektöründeki krizin şirketin satışlarını olumsuz yönde etkilediği, satış maliyetinde ve kârda azalma meydana geldiği, üretim planının tutmadığı, 2008 yılı Kasım ayında 4 gün, Aralık ayında 12 gün olmak üzere toplam 16 gün üretimin durduğu, 11 gün vardiya durmalarının yaşandığı tespit edilmiştir. Görüldüğü gibi rapor kendi içinde çelişkilidir. Öte yandan, işyerinde "ilk giren son çıkar" kuralına uyulmadığı belirtilmişse de, bu kuralın dayanağı düzenlemenin ne olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle yapılacak iş; öncelikle yukarıda açıklanan bilgiler ilgili yerlerden sorularak yine yukarıda nitelikleri belirtilen

uzman kişilerin de aralarında bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulundan davalı şirketin ekonomik krizden etkilenip etkilenmediği, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinde varsa tenkisat kuralına uyulup uyulmadığı, davalı şirket Direktörler Kurulu kararında ve sendika ile yapılan tutanakta belirtilen kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, fesihden sonra davacının yapabileceği işler için veya davacı ile aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin kabulüne karar verilmiştir.

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

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boшта geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, şirketin otomotiv sektöründe yoğun olarak hissedilen ekonomik krizden fazlası ile etkilenmiş olduğunu, davacının iş akdinin tüm dünyayı etkisi altına alan ve giderek ağırlaşan ekonomik kriz nedeniyle feshedilmiş olduğunu, yeni işçi alınmadığını, son çare olarak feshe başvurulduğunu, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının iş akdinin feshinden sonra işyerinde işlerin yoğunlaştığı, "feshin son çare olması" ilkesine uyulmadığı, ayrıca davacının çalıştığı bölümde davacıdan daha az kıdeme sahip işçilerin bulunması nedeniyle "ilk giren son çıkar" ilkesinin de uygulanmadığı, bu nedenle işyerinden çıkarılma gerekçesinin, davalı tarafın iddia ettiği gibi ekonomik krizden kaynaklanmadığı, işletme riskinin işçi çıkarma yolu ile giderilmediği, alman işletmesel kararın tutarlı olarak uygulanmadığı, ölçülülük- son çare ilkesine uyulmadığı, haklı ve geçerli bir neden olmaksızın davacının iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar,

yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyor, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik deneti-mine tabi tutulamaz, işverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşçi fesihle sebep göstermediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 6294-32601 sayılı karar). 4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırimcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana

gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir(06.10.2008 gün ve 30274-25209; 11.09.2008 gün ve 25324-23401 sayılı kararlar).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini

işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretim düşüşleri nedeni ile işçi çıkarılması kararı bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Ekonomideki durgunluk ve kriz dönemlerinde, ekonomik daralmaya bağlı olarak işten çıkarmanın gerçekleşmesi halinde öncelikle genel ekonomik kriz var ise tüm sektörler baz alınarak, işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise işletmenin iç denetiminin yapılması gerekir.

İşletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler geçerli nedenin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eder. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safi Yurtiçi Hasıla(GSYİH)' nın zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün GSYİH' ya katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. İkinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksi'dir. İşten çıkarmanın olduğu sektörün yer aldığı alt endeksin zaman içinde gelişimi incelenerek ilgili sektörün zor durumda olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir başka gösterge de; işten çıkarmanın olduğu sektörde son dönemde istihdam edilenlerin sayısında önemli bir değişiklik olup olmadığını gösteren "istihdam edilenlerin iktisadi faaliyet konularına göre dağılımı" dır. İlgili sektörde son dönemde istihdamda bir azalma ya da diğer iş kollarına göre daha az bir artış gerçekleşmişse sektörel bir olumsuzluktan söz edilebilecektir.

Ekonomide yaşanan değişimler bölgesel bazda da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bazı bölgelerin zaman içinde ülke geneline oranla daha hızlı büyüyüp ekonomik büyümeye katkıları artarken, bazı bölgelerin GSYİH' ya katkısı zaman içinde daha düşük olabilir. Bu nedenle, işten çıkarmanın gerçekleştiği sektör kadar coğrafi bölgenin de önemi vardır. Bu konuda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan Karşılaştırmalı Bölgesel Gösterge Yayınlarından yararlanılarak; işten çıkarmanın gerçekleştiği şirketin faaliyet gösterdiği bölgenin ekonomik kalkınmasına ve iş durumuna bakarak daha sağlıklı bir karara varılabilir. Aynı zamanda her bir bölgenin GSYİH' ya katkısı dolayısıyla bölgesel kalkınma ve ekonomik canlılık yine TÜİK tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilir.

Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olmaz. Bunun için yukarıda belirtilen makroekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekir.

Genel ve sektörel şartlar olumlu seyretse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.

Ekonomik krizin yansımaları ile şirketin mali durumundaki değişim, bilançosuna bakılarak anlaşılabilir. Şirketlerin çoğunluğunda dönem sonunda mali tablolar (bilanço, gelir-gider tablosu) hazırlanır. Bu mali tabloların karşılaştırılmasından hareketle, şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilir. Bunun için, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılmalı, değişimin ne kadar büyüklükte olduğu ve sebebinin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenmelidir.

Tüm bu durumlarda yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veya üniversitelerde sadece maliye bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığı ile ilgili kurumlardan kayıtlar getirildikten sonra işyerinde keşif yapılarak ve şirketin mali ve ticari kayıtları, personel giriş ve çıkış kayıtları, sermayesi ve öz varlıkları, borçları-alacakları, satış ve üretim değerleri, kısaca mali bilançosu ve defterleri incelenerek bir sonuca varılabilir.

Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin genel ve sektörel ekonomik kriz sonucu yaşanan sipariş iptalleri, satış ve üretim miktarlarındaki düşüş nedeniyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı şirket Direktörler Kurulunca 4.11.2008 tarihinde ekonomik kriz nedeniyle üretimin düşürülmesine, azalan üretime bağlı olarak, blok duruşlar ve vardiya iptalleri yapılmasına, duruş günlerinde ve vardiya iptallerinde personelin bakiye yıllık izinlerinin kullanılmasına, yıllık izinleri kalmayan personelin ücretsiz izinli sayılması için yetkili bulunan Türk Metal Sendikası ile görüşmeler yapılmasına, maliyetleri düşürecek her türlü tasarruf tedbirleri alınmasına, alman tüm tedbirlere rağmen istihdam sayısının iş miktarına göre fazla kalması halinde öncelikle belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yenilenmemesine, daha sonra gönüllü olarak ayrılmak isteyenlerin çıkarılmasına, emekliliği gelen personel ile askerliğini yapmamış olanların belirlenerek bu personellerin iş sözleşmelerinin feshine, bu sıralamaya rağmen istihdamın iş miktarından fazla kalmaya devam etmesi halinde ilgili direktörlerce belirlenecek sayıdaki personelin iş sözleşmelerinin feshine karar verilmiştir. Davalı işveren ile işyerinde yetkili sendika arasında düzenlenen 2.12.2008 tarihli tutanakta ekonomik kriz nedeniyle alınan tüm önlemlere rağmen krizin halen devam etmesi ve ne zaman sona erecek olmasının da bilinmemesi nedeniyle çalışanların iş hacmine uygun hale getirilmesine ve bu kapsamda 168 işçinin işten çıkarılmasına karar verilmiştir. Aynı tutanakta öncelikle emekliliğe hak kazanmış olanlar ve askerliğini yapmamış olanların çıkarılacağı belirtilmiştir.

Mahkemece işyerinde keşif yapılarak alınan bilirkişi kurulu raporunda davalı şirketin satış miktarını artırdığı, daha düşük kar elde etmekle bir önceki yıla göre karlılığını sürdürdüğü, şirketin mali yapısında önemli değişiklik olmadığı, planladığı üretim miktarını büyük oranda sağladığı, ilk giren son çıkar ilkesine uyulmadığı, kısa

çalışma ödeneği ile ilgili başvurusunun sonuçlarının tam olarak elde edilmeden fesih yoluna gidildiği belirtilmiştir. Aynı raporda Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık 2008 aylarında otomotiv sektöründeki krizin şirketin satışlarını olumsuz yönde etkilediği, satış maliyetinde ve kârda azalma meydana geldiği, üretim planının tutmadığı, 2008 yılı Kasım ayında 4 gün, Aralık ayında 12 gün olmak üzere toplam 16 gün üretimin durduğu, 11 gün vardiya durmalarının yaşandığı tespit edilmiştir. Görüldüğü gibi rapor kendi içinde çelişkilidir. Öte yandan, işyerinde "ilk giren son çıkar" kuralına uyulmadığı belirtilmişse de, bu kuralın dayanağı düzenlemenin ne olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle yapılacak iş; öncelikle yukarıda açıklanan bilgiler ilgili yerlerden sorularak yine yukarıda nitelikleri belirtilen uzman kişilerin de aralarında bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulundan davalı şirketin ekonomik krizden etkilenip etkilenmediği, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinde varsa tenkizat kuralına uyulup uyulmadığı, davalı şirket Direktörler Kurulu kararında ve sendika ile yapılan tutanakta belirtilen kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, fesihten sonra davacının yapabileceği işler için veya davacı ile aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 2.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.