

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Akdinin Feshi

Genel Olarak

Aynı işkolunda işyerleri bulunan ortaklıkların, maliyet, kalite ve rekabet açısından daha verimli olabilmesi amacıyla birleştikleri günümüzde sık rastlanan bir olgudur. Bu olguya bazen sermaye yapısı farklı kişilere ait ortaklıklarda rastlandığı gibi, bazen de bir holding veya şirketler topluluğuna dahil ortaklıklar arasında rastlandığı görülmektedir. Bu birleşmeler bazen tek bir tüzel kişilik şeklinde faaliyetin sürdürülmesi biçiminde gerçek bir birleşme olmakta, bazen de aynı sermaye grubuna ait şirketler ayrı ayrı tüzel kişiliğini sürdürürken, kendilerine ait işyerleri için ortak üretim ya da alt-yapı birimleri oluşturarak maliyeti düşürücü organizasyonlara gitmektedirler. Günümüzde özellikle daha çok finans sektöründe rastlanan bu tür birleşmeler; sermaye piyasası mevzuatı, Türk Ticaret Kanunu ve vergi mevzuatı dışında iş hukuku ve özellikle de iş güvencesi açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır.

İki şirketin birleşmesi (hukuki anlamda devir veya birleşme sonucu tek tüzel kişilik haline gelmesi) sonucunda; işletmenin veya bağlı işyerinin daha verimli çalışması amacıyla yönelik olarak mevcut iş organizasyonunun değiştirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda; söz konusu olasılıkta; her iki şirketin devir veya birleşme ile tek tüzel ki-

şilik haline gelmesi sonucu, verimliliği ve kârlılığı artırma amacıyla yönelik olarak işyeri kapatma/birleştirme farklı şirketlere ait teknolojik alt yapının teke indirilmesi, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin, örneğin özel güvenlik, yükleme-boşaltma, nakliye, yemek gibi yardımcı işlerin işletme dışı kişi veya kurumlardan temini/satın alınması gibi iş organizasyonunda bazı değişikliklerin yapılması söz konusu olabilecek ve bu önemli değişiklikler bazı çalışanların iş akdinin feshi zorunluluğunu ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle tek bir tüzel kişilik olarak faaliyetine devam edecek olan işverenin yukarıda açıklanan şekilde gerçekleşecek iş organizasyonu değişikliğinin hukuken "iş akdi fesihleri için geçerli neden" oluşturup oluşturmayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir. Her iki ortaklığın aynı sermaye grubuna geçmesine rağmen, mevcut tüzel kişilikleri ile faaliyetlerini sürdürmeleri, ancak ekonomik ve teknolojik olarak daha verimli çalışabilmeleri için yukarıda açıklanan organizasyon değişiklikleri her bir işveren şirket için ayrı ayrı gündeme gelebileceği gibi, ortak teknolojik alt yapıya geçilmesi, bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verebilecek şekilde yeniden yapılandırılması gibi düzenlemeler de söz konusu olabilecektir. Her iki işveren tarafından da her iki olasılıkta da açıklanan nedenlerle yapılabilecek iş akdi fesihleri-

nin hukuken "geçerli nedene dayalı fesih sayılıp sayılmayacağı" da, aynı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken de öncelikle işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki ilişkinin ele alınması gerekir.

1. İş Güvencesi Açısından İşverenin Girişim Özgürlüğü ile İşçinin Çalışma Hakkı Arasındaki İlişki

Genel olarak iş akdinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilen işletme gerekleri bir yönüyle işverenin "girişim özgürlüğü", diğer yönüyle de işçinin "çalışma hakkı" ile ilgilidir. İşverenin girişim özgürlüğü anayasal temelini A.Y.m.48'de hükme bağlanan çalışma ve sözleşme özgürlüğünde bulur. Kişilerin ekonomik yaşama girişimci olarak katılmalarını güvenceye alan çalışma özgürlüğü, sürekli ekonomik faaliyet yürütme amacıyla üretim araçlarının örgütlenerek işletme kurulmasına olanak verirken, işletme faaliyetlerinin serbestçe yürütülerek girişimin sürdürülebilmesi için girişimciye işletmesel karar özgürlüğünü tanır. Ancak önemle belirtelim ki; bütün temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir ve öncelikle kendi amacı ve konusu ile belirlenen birtakım sınırlara sahiptir. Bunun yanında, temel hak ve özgürlükler yasal düzenleme ve sınırlamalara da konu olabilirler. Bu sınırlamalar genelde çatışan temel haklar arasında denge kurulması amacıyla getirilen yasa hükümleridir. Bir temel hakkın diğeri aleyhine sınırlanmasında ölçülülük ilkesi rol oynar. Ancak, ölçülülük ilkesinin uygulanma biçimi ve çatışan temel haklar arasında hangi noktada denge kurulacağı ülkeden ülkeye değişen bir hukuk politikası sorunudur.¹ Ne var ki, ülkeler bu hukuk politikasını belirlerken tümüyle serbest olmayıp yükümlülük altına girdikleri uluslararası anlaşmaları da göz önünde tutmak zorundadırlar. Nitekim konumuzu ilgilendiren İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 17-21. maddelerinin düzenlenmesinde, Türkiye'nin onayladığı 158 sayılı ILO Sözleşmesi etken olmuştur.

İşçinin feshe karşı korunmasının kapsamı ve bu amaçla işverenin işletmesel karar özgürlüğünün ne ölçüde sınırlanacağı, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ülkeden ülkeye değişen bir hukuk politikası soru-

nudur. Feshe karşı korumada, özellikle işletme gerekleriyle fesihlerde söz konusu hukuk politikası yasakoyucu yanında belki de ondan daha etkili olarak yargı kararları ile şekillenmektedir. Örneğin Alman hukukunda feshe karşı koruma sadece keyfi fesihlerin önlenmesi amacı ile sınırlıdır. İşverenin işletmesel karar özgürlüğünün amacından sapsmasını esas alan Alman hukukunda işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale edilmemekte, feshin denetimi geçersizlik yaptırımına bağlanmış keyfilik denetiminden ibaret kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Alman hukukunda feshe karşı korumada işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale edilmemekte, ispat yükü ters çevrilmiş bir tür hakkın kötüye kullanımı denetimi yapılmaktadır. Bu hukukta işverenin işletmesel karar özgürlüğünün nesnel norm alanına müdahale edilmediğinden, çalışma hakkı lehine gerçek anlamda sınırlamadan söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık, Fransız hukukunda işletmesel karar özgürlüğü yasakoyucu ve yargıç tarafından çalışma hakkı lehine gerçek anlamda sınırlanmaktadır.² Sonuç olarak denilebilir ki, feshe karşı korumanın kapsamı ne olursa olsun, temelde çalışma hakkına dayanan yasal iş güvencesi düzenlemeleri, işverenin fesih hakkını işletmesel karar özgürlüğünün amacı ile sınırlı işlevsel bir yetkiye dönüştürmektedir.

II. Birleşen Şirketlerde Yeniden Yapılanmanın İş Güvencesi Açısından Sonuçları

1. İş güvencesinin kapsamı açısından

4857 sayılı İş Kanunu kapsamı içinde yer alan iş güvencesi kurumu, yasada öngörülen geçerli bir neden olmadan işveren tarafından yapılan fesihlerde, fesih işlemini geçersiz kılarak iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaya çalışmakta ve işverenin süreli (bildirimli) fesih hakkını sınırlamaktadır.

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." Aynı maddenin sonradan bir önceki cümlesine göre de "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde ge-

çen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşveren aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir." Aynı maddenin son fıkrasında ise "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21. maddeler ile 25. maddenin son fıkrası hükmü uygulanmaz." hükmü yer almaktadır.

Ülkemizde birleşen, ya da aynı sermaye grubuna bağlı olarak tüzel kişiliklerini devam ettiren işletme personelinin İş Kanunu'na tabi işçi niteliğinde personel olduklarında bir kuşku yoktur. İş güvencesi açısından personelin altı aylık kıdemi aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışma sürelerine göre belirlenecek, bunların çalıştıkları işyerlerindeki işçi sayısı da işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre hesaplanacaktır. Altı aylık kıdemi doldurmayanlar hariç her iki koşulun gerçekleştiği göz önünde tutulursa kural olarak her iki işletmedeki tüm personelin, iş güvencesi hükümlerine tabi oldukları söylenebilecektir.

Öte yandan iş akdi feshedilecek personel arasında İş Kanunu'nun 18. maddesinin metnini yukarıda belirttiğimiz son fıkrası anlamında işveren vekili konumunda olan genel müdür ve genel müdür yardımcıları iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında olacaklardır. Söz konusu kişilerin feshe karşı yasal hakları, fesihte ihbar süresi verilmemiş ise ihbar tazminatı ve ihbar süresi verilse de verilmesede ayrıca kıdem tazminatı alacaklarının doğmasıdır. Ayrıca belirtelim ki bu kişilerin, işe iade davası açmaları söz konusu değilse de, İş Kanunu md. 17 uyarınca kötüniyet tazminatı talep etmelerine yasal bir engel yoktur. Ancak böyle bir davanın somut olayın özelliğine göre başarı şansı oldukça zayıftır.

2. Geçerli sebep olarak işletme gerekleri açısından

Yasa 18. maddedeki düzenlemesi ile iş akdinin feshinde geçerli nedenleri genel olarak belirlemiş, bu konuda somut durumları saymamıştır. Sadece "işçinin yeterliğinden ve davranışlarından" gibi işçinin kendisinden kaynaklanan nedenler ile "işlet-

Serbest piyasa ekonomisine sahip her ülkede iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, ekonomik nitelikli, belirli, objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının kalmadığı durumlarda; işyerindeki işçi sayısını, işgücü ihtiyacına uyarlama yetkisine sahip olup, bu nedenle yaptığı fesihler işletme gereği yapılmış fesihler olarak kabul edilecektir.

menin, işyerinin veya işin gereklerinden" gibi işverenin işyerinden veya işletmesinden kaynaklanan nedenler olarak genel tanımlar yapmıştır.

Bu tanımların somut içeriği, iş hukuku öğretisindeki görüşler ve özellikle de yargı içtihatları ile oluşmaktadır. Ancak konumuz açısından yasa "işçinin davranışlarından" veya "işçinin yetersizliğinden" kaynaklanan geçerli sebeplerin ne olduğu değil; "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden" kaynaklanan geçerli sebeplerin ne olduğu önem taşımaktadır. Zira iki işverenin tek bir tüzel kişilik şeklinde birleşmesi, ya da her iki işveren şirketin aynı sermaye grubuna bağlı olarak mevcut tüzel kişilikleri ile faaliyetlerini sürdürmeleri halinde yukarıda belirtilen ekonomik ve teknolojik olarak daha verimli çalışabilmelerine yönelik iş organizasyonunda yapılacak değişikliklerin (örneğin kapatma/birleştirme, teknolojik alt yapının teke indirilmesi, bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verebilecek şekilde yeniden yapılandırılması, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin işletme dışı kişi ve kurumlardan satın alınması gibi) gerekli kılacağı iş akdi fesihlerinin hepsinin bir yeniden yapılanmanın sonucu olduğundan işletme gerekleriyle yapılan fesih çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle İş Kanunu'nun açısından önemli olan ve üzerinde özellikle durulması gereken kanunun iş akdinin fesih için geçerli sebep olarak kabul ettiği "işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep" kavramının anlamıdır.

Geçerli bir fesih için işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri içi veya işyeri dışı nedenlerin; işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, onun, işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldıracı nitelikte olması gerekir.

Serbest piyasa ekonomisine sahip her ülkede iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren ekonomik nitelikli belirli objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının kalmadığı durumlarda işyerindeki işçi sayısını işgücü ihtiyacına uyarlama yetkisine sahip olup, bu nedenle yaptığı fesihler işletme gereği yapılmış fesihler olarak kabul edilecektir. Kanununun 18. maddesinde belirtilen işletme gereklerinin anlamı yasa metninde açık değilse de maddenin gerekçesinde, bu gruba giren nedenler iki grupta sayılmakta, birinci gruba giren nedenler "sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, iç ve dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işyeri dışında ortaya çıkan ve işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız kılan sebepler olarak belirtilmekte, ikinci grupta ise işyeri içi geçerli nedenler, "yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması" olarak belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi verilen bu örnekler incelendiğinde hemen hemen tümünün ekonomik ve teknolojik nitelikli olduğu görülür. Bu nedenle 18. maddedeki nedenleri işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı ekonomik ve teknolojik nedenler şeklinde yorumlamak söz konusu kavramlara somut bir anlam kazandırmak ve sınırlarını çizmek açısından isabetli olacaktır. Öte yandan belirtilen nedenlerin varlığı tek başına fesih için yeterli değildir. Geçerli bir fesih için işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri içi veya işyeri dışı nedenlerin işçinin işini doğrudan

veya dolaylı olarak etkileyerek onun işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldıracı nitelikte olması gerekir.

Şirket birleşmeleri nedeniyle ortaya çıkan fesih sebepleri işyeri içi nedenler olup kısaca "iş organizasyonundaki değişiklik" olarak özetlenebilir. İşyeri dışı nedenlerden farklı olarak burada feshe neden olacak olan olgu; işveren şirketin ya da şirketlerin yeni iş organizasyonu ile ilgili olarak alacağı "işletmeye ilişkin icrai bir karar" ve kararın uygulanmasıdır. Amacı işletmenin verimliliğini sağlamak olan yeni iş organizasyonu ile ilgili işveren şirketin "işletmeye ilişkin icrai karar", yukarıda da belirttiğimiz gibi anayasal temelini işverenin girişim özgürlüğünde bulur. İşletme verimliliğine yönelik icrai işveren kararı iki aşamalı bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Birinci aşama yeniden yapılanmanın gerektirdiği yeni iş organizasyonunun nasıl olması gerektiğine ilişkin işletmeye ilişkin icrai kararın kendisidir. İkinci aşama ise bu karara uygun olarak alınan tedbirler sonucunda bir işgücü fazlasının ortaya çıkardığı fesih kararı alınmasıdır.¹

İşçinin iş akdinin feshine yol açan yeniden yapılanmanın gerekli kıldığı yeni iş organizasyonunun gerektirdiği işletmeye ilişkin icrai kararında, işverenin saiki ekonomik güçlükler, gerçekleşen işletme riskleri olabileceği gibi verimlilik ve rekabet gerekleri de olabilir. Birleşen işveren şirketlerin, hangi üretim ve satış politikasını izleyeceği, genel olarak belirlediği veya değiştirdiği işletme politikasının amacı; işletmesel karar özgürlüğü alanında bir karar olup yargı tarafından yerindelik ve amaca uygunluk denetimine tabi tutulamaz. Kural olarak bir işletmenin rekabet yeteneğinin ve gereklerinin ekonomik önceliklerinin yargıç tarafından takdirli söz konusu olamaz. Yargıç hukuken doğru

Amacı işletmenin verimliliğini sağlamak olan yeni iş organizasyonu ile ilgili işveren şirketin "işletmeye ilişkin icrai kararı", anayasal temelini işverenin girişim özgürlüğünde bulur.

olan ile olmayanı ayırt etmeye yetkili ise de, ekonomik ve işletmecilik yönünden neyin doğru neyin yanlış olduğunun takdiri yargıcın görevi dışındadır. Buna karşılık işletmeye ilişkin icrai kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmeye ilişkin icrai kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını ispatlamak zorundadır. Buradan hareketle feshin kaçınılmaz olup olmadığını tespit için işverenin işletmeye ilişkin icrai kararının içeriğine ve varmak istediği sonuca bakılarak işverenin yaptığı fesihlerle bu amaca uygun ve tutarlı hareket edip etmediği denetlenecektir. İş Kanunu'nun üç yılı aşkın uygulamasında ortaya çıkan Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğu söylenebilir. Örneğin Yüksek Mahkeme bir bankada istihdam fazlası personel bulunduğu gerekçesiyle yapılan fesihlerde kısa süre önce yeni işçi alınmasına karar verilmesinin bir çelişki olduğuna ve işverenin iş sözleşmesini feshinin geçerli bir nedene dayanmadığına karar vermiştir.¹ Aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, bir kamu kuruluşunda işçi çıkartılırken davalı işverenin istihdam fazlası personel olduğunu savunmasına karşı, yönetim kurulunun feshine yakın tarihte alınan bir karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verildiği, davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğu için, feshin işletme gereklerine dayandığının söylenemeyeceğine karar vermiştir.²

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıkça yer verilmemekle beraber, "feshin son çare olması" (ultima ratio) ilkesi işletme gerekleri ile yapılan fesihlerin geçerli olup olmadığının denetiminde

**Birleşen işveren şirketlerin,
hangi üretim ve satış politikasını
izleyeceği, genel olarak belirlediği
veya değiştirdiği işletme
politikasının amacı;
işletmesel karar özgürlüğü alanında
bir karar olup yargı tarafından
yerindelik ve amaca uygunluk
denetimine tabi tutulamaz.**

önemli bir ölçüdür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında da yer alan bu ölçüye³ göre feshin kaçınılmazlığından söz edebilmek için işletmesel kararlarla öngörülen amaca fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün ve faydalı olmamalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir tedbirle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise feshi geçerli kılan bir işletme gereği yoktur. Ancak önemle belirtelim ki feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel kararın amacı çizer. Bu amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olmayan tedbirleri almamış olması nedeniyle işverenin feshin son çare olması ilkesine aykırı davrandığı söylenemez.

Şirket birleşmelerinin, ya da aynı sermaye grubuna bağlı olarak (holding veya şirketler topluluğunda tüzel kişilikleri devam eden) ortak hareket eden tüzel kişiliklerin ortaya çıkan yeni iş organizasyonları çerçevesinde yapabilecekleri operasyonel iş hukuku faaliyetlerinin, iş güvencesi ve işletme gerekleri açısından değişik olasılıklara göre değerlendirilmesi gerektiğinde aşağıdaki sonuçlara varılacaktır.

1. Yukarıda iş akdinin işletme gerekleri ile feshinde geçerli sebep kavramına ilişkin genel açıklamalarımız, şirket birleşmelerinde ya da aynı sermaye grubu çatısı altında tüzel kişiliklerini devam ettiren şirketlerin ortak departmanlar oluşturulması şeklindeki uygulamalarında da göz önünde tutulması gereken hususlardır. Öncelikle ve önemle belirtelim ki, yapılan yeni iş organizasyonunun yaratabileceği iş akitlerinin feshinin işletme gerekleri ile yapılmış geçerli bir nedene dayandığını iddia ve ispat etmek; her iki işverenin birleşerek tek bir tüzel kişilik haline gelmesi halinde çok daha kolay ve inandırıcı olabilecektir. Buna karşılık her iki işverenin ayrı ayrı tüzel kişiliklerinin devam etmesinde yapılacak iş akitleri feshinin geçerli bir sebebe dayandığının iddia ve ispatı, daha güç olup inandırıcılığı birinci ihtimaldeki kadar güçlü olmayabilecektir.

2. Her iki işverenin devir veya birleşme sonucu tek tüzel kişilik haline gelmesine ilişkin hukuki işlemler, her ne kadar yeni bir iş organizasyonunun ortaya çıkmasına neden olsa da, iş hukukunun ve iş güvencesine ilişkin kuralların dışında bir konu olduğuna kuşku yoktur, ancak böyle bir birleşmenin yaratacağı yeni iş organizasyonuna ilişkin karar veya kararlar icrai nitelikte işletmesel bir karar olacak ve yukarıda da belirtildiği üzere; işverenin girişim özgürlüğüne dayanarak aldığı bu karar veya kararların

İşletmeye ilişkin icrai kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmeye ilişkin icrai kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını ispatlamak zorundadır.

doğurabileceği iş akdi fesihlerinde, bir kısım işçilerin işyerinde çalışma olanağının fiilen kalıp kalmadığı, işverenin bu kararın amacına uygun davranıp davranmadığı (örneğin yeni işçi alıp almadığı), işyerinde gerçekten işverenin işletmesel kararlar varmak istediği amaca; fesihden başka bir yolla ulaşmasının mümkün olup olmadığı (feshin son çare olması ilkesi) açılarından yapılan fesihlerin geçerli olup olmadığı değerlendirilecektir.

3. Muhtemel iş akdi fesihlerine neden olabilecek işyeri kapatma / birleştirme, bağımsız işyeri niteliğinde olmayan bölümlerin kapatılması, teknolojik alt yapının teke indirilmesi, asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin şirket dışı kişi veya kurumlardan temini veya satın alınmasına ilişkin verimliliği ve kârlılığı artırma amacına yönelik yeni iş organizasyonuna ilişkin uygulamalar, işveren tüzel kişiliğinin yetkili organınca her bir konu için ayrı ayrı ya da hepsi için tek bir kararla öncelikle işverenin işletmesel bir kararı haline getirilmelidir, yetkili organın bu yolda alacağı kararda sebepler, amaç, verimlilik, maliyet ve rekabet unsurları net ve açık bir şekilde belirtilmelidir. Bu işletmesel kararlar, bu kararların sonucunda yapılabilecek iş akdi fesihlerinin, işletme gereklerine dayanan geçerli bir fesih olarak yapıldığı konusunda inandırıcı bir dayanak oluşturacaktır. Yeter ki yapılacak iş akitleri feshinin alınan bu kararların amacına uygunluğunu gölgeleyecek uygulamalar içine girilmemiş olsun.

4. Aynı holding veya şirketler topluluğuna dahil iki ayrı işverenin mevcut tüzel kişiliklerini sürdürerek faaliyetlerini devam ettirmelerinde de yapılacak yeni organizasyonlarının gerektirdiği işletmesel kararlar da her bir işveren için yukarıda belirtilen çerçevede ayrı ayrı alınmalıdır. Buna karşılık "ortak/tek teknolojik alt yapıya geçilmesi" "bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verecek şekilde yeniden yapılandırılması" şeklindeki yeni iş organizasyonlarında, bu yolda yetkili organlarla

alınacak işletmesel kararlardan başka, her iki işveren arasında bu yolda protokoller yapılarak alınan işletmesel kararlar ile her iki işverenin de ortak iradesi olduğu ortaya konulmalıdır.

5. Her iki işverenin birleşerek tek bir tüzel kişilik haline gelmesi sonucu ya da böyle bir olgu söz konusu olmaksızın yapabileceği yeni iş organizasyonlarından en çok rastlanılan; işyerini ya da işyerinin bir bölümünü kapatma veya birleştirme olarak görülmektedir. Kural olarak Türk hukukunda işyerinin kapatılması geçerli bir fesih nedenidir. Feshin geçerliliği bakımından önemli olan, kapatmanın sürekli ve kesin olmasıdır. Nitekim işyerinin kapatılması nedeniyle toplu işçi çıkarmayı düzenleyen İş K. md.29/VI de kapatma; işyerinin faaliyetine kesin ve devamlı surette son verilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle yeni iş organizasyonunun gerektirdiği işyeri kapatma-birleştirmelere dayanan iş akdi fesihlerinin geçerli nedenle yapılmış fesih olarak kabulü gerekir.

6. İki işverenin birleşmesi sonucu teknolojik alt yapının teke indirilmesi, iki ayrı tüzel kişiliğin tek tüzel kişilik haline gelmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve bu departmanda çalışan işçilerin bir kısmının istihdam olanağı ortadan kalkmaktadır. Ortaya çıkan bu durum istihdam olanağı kalmayan işçilerin iş akitlerinin bu konudaki yeni iş organizasyonu gereği feshedilmesinin, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle yapılmış bir fesih olarak kabulü gerekir. Ancak bu durumda söz konusu işçilere başka bölümlerde durumlarına uygun iş verme olanağının da bulunmaması gerekir. Aksi takdirde feshin geçerli nedenle yapıldığından söz edilemez.

7. İki işverenin ayrı ayrı tüzel kişiliğinin sürdürülmesi ihtimalinde "bazı birimlerin her iki işverene de hizmet verebilecek şekilde yeniden yapılandırılması" şeklindeki düzenlemelerden kaynaklanabilecek iş akitlerinin feshinin geçerli sebebe dayandığını söyleyebilmek tartışmaya açık bir konudur. Zira bu durumun gerektirdiği yeni iş organizasyonuna ilişkin karar, bir işverende söz konusu birimin iş yükünü artırırken diğer işverende ilgili birimi işsiz bırakabilecektir. Bu nedenle bu konuda alınacak işletmesel karar, iş akdi fesihlerinden ziyade diğer işveren ve personel ile anlaşarak personel naklini gerektirebilir. Aksi takdirde feshin geçerli nedene dayandığını söylemek mümkün değildir.

8. Asli üretim faaliyeti dışındaki bazı faaliyetlerin -özel güvenlik, yemek, nakliye, servis, vs. gibi- işletme dışı kişi veya kurumlardan temini veya satın alınmasına ilişkin yeni iş organizasyonuna ilişkin işletmesel karar bir yeniden yapılanma tedbiridir. Bu uygulama söz konusu konularda İş K. md. 2 anlamında gerçek bir alt işveren uygulamasını başlatmak şeklinde olabileceği gibi, İş K. md. 2'deki alt işveren tanımına girmeyen bir hizmet satın alma şeklinde de olabilir. Burada önemli olan alt işverene devredilebilecek işin İş K. md. 2 anlamında işyerinin asli işine yardımcı iş niteliğindeki işlerin olması halinde, bu devir nedeniyle yardımcı işte çalışan işyeri personelinin iş akdinin feshi geçerli nedenle yapılmış bir fesih olacaktır. Yeter ki olayda muvazaa bulunmasın, esasen alt işveren ilişkisine yönelik muvazaa iddiaları, daha ziyade asıl işin bir bölümünün devrinde, devredilen iş uzmanlık da gerektirmiyorsa ve devredilen işte alt işverenin işçileriyle birlikte asıl işverenin işçileri de çalışıyorsa gündeme gelmektedir. Muvazaalı bir şekilde yapılmayan, ya da muvazaa iddiasının ileri sürülemeyeceği yardımcı işlerin alt işveren yoluyla, ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi nedeniyle daha önce o işte çalışan işçilerin iş akdinin feshinde işletme gerekleriyle yapılmış geçerli nedene dayanan bir fesih olduğunun kabulü gerekir.

Nitekim konuyla ilgili isabetli bir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında şu görüşlere yer verilmiştir. "Davalı işvereni temizlik, kalorifer bakımı, bahçe bakımı gibi yardımcı işleri taşeronla devretme kararı aldığı bu karar gereği bu işlerde çalışan davacı ve arkadaşlarının hizmet akitlerini ihbar kıdem tazminatı ve işçilik haklarını ödemek koşulu ile fesih ettiği ve bu işleri usulünce yapılan ihale ile İSO Kalite Belgesi sahibi taşeronla devrettiği anlaşılmaktadır. Taşeronla devir işleminin muvazaalı bir işlem olduğu yeterli delillerle kanıtlanabilmiş değildir. Taşeronla verilen işlerin yapıldığı işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olması muvazaanın kabulü için tek başına yeterli delil sayılamaz. Nitekim Bölge Çalışma Müdürlüğü iş müfettişlerinin tespitleri de bu doğrultudadır. İşyerinin bir bölümünün alt işverene devri yeniden yapılanma tedbiridir. Yasanın tanıdığı olanaktan yararlanan işverenin yardımcı işleri alt işverene devri hukuki bir yeniden yapılanma tedbiridir ve

Muvazaalı bir şekilde yapılmayan, ya da muvazaa iddiasının ileri sürülemeyeceği yardımcı işlerin alt işveren yoluyla ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi nedeniyle daha önce o işte çalışan işçilerin iş akdinin feshinde, işletme gerekleriyle yapılmış geçerli nedene dayanan bir fesih olduğunun kabulü gerekir.

işletme gereğidir. Bu bakımdan söz konusu işte çalışan davacının sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden mevcut olduğunun kabulü gerekir..."

DİPNOTLAR

- 1 M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul, 2003, s.26 vd.
- 2 a.g.e. Engin, s.27-28.
- 3 a.g.e. Engin, s.9.
- 4 Y.9.HD., 27/3/2006, 5584/7867, Legal İHSGD, 2006, sayı 11, sh. 977/976, ayrıca bak. Y.9.HD., 15/12/2003, 19696-21888.
- 5 Y.9.HD., 10/11/2003, 1816/18920.
- 6 Y.9.HD., 7/2/2005, 2004/1609-2005/3300.
- 7 Y.9.HD., 14/10/2004, 22472/23187, Legal İHSGD, 2005, sayı 6 s.771.