

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNDE BAZI SORUNLAR

*Doç. Dr. Mustafa ALP**

1. Giriş

Uygulamadaki adı ile işçinin “*transferyi*” yani iş sözleşmesinde işveren tarafının değişmesinin hukuki karşılığı iş sözleşmesinin devridir. Hemen sadece holdinglerde uygulaması görülen iş sözleşmesinin devri, henüz yasal bir düzenlemeye konu olmamıştır. Bununla birlikte öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul görmektedir. Özellikle holding şirketleri arasında nitelikli işgücünün kalıcı olarak geçişini sağlayan iş sözleşmesi devrinin kabul görmesi yerindedir. İş hukukunun niteliklerine uygun sonuçların bağlanması koşulu ile sözleşme devri, iş ilişkisinin sürekliliğini sağlayarak işçiyi koruduğu için de yerinde bir çözüm olmaktadır. Ancak sözleşme devrine bağlı bazı sorunların olduğu da dikkate alınmalıdır. Çalışmamızın konusu bu sorunların incelenmesi ve çözüm önerileri getirilmesidir. İş sözleşmesinin devrinde ilk sorun sözleşme devrinin hukuki sonuçlarını belirlemektir. İkinci sorun, ödünç iş ilişkisinde azami süre aşılmasına rağmen işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmasını sürdürmeye devam etmesinin sözleşme devri olup olmadığıdır. Üçüncü sorun, iş sözleşmesinin örtülü devrinin geçerli kabul edilip edilmeyeceğidir. Tartışılması gereken dördüncü sorun ise, iş sözleşmesi kurulurken işçinin sözleşme devrine razı olduğuna dair önceden alınan rızanın geçerliliğidir. Diğer bir tartışma konusu da, belirli süreli bir sözleşme devrinin geçerliliği ve sonuçlarıdır. Son olarak incelenecek konu ise, işçinin aynı holding bünyesinde farklı şirketlerde aralıksız olarak çalışmasını sürdürdüğü, fakat bu çalışmanın sözleşme devri ile değil her seferinde sözleşmenin feshi ve yeni bir iş sözleşmesi kurulması ile gerçekleştiği durumlardır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

2. Sözleşme Devrinde Devreden ve Devralan İşverenlerin Sorumlulukları

İş sözleşmesinin tüm hak ve borçları ile bir bütün olarak başka bir işverene sürekli ve kesin olarak devredilmesi mümkündür. Sözleşme devri kendine özgü üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşme devreden ve devralan işveren ile işçinin birlikte katılması veya devreden ile devralan arasındaki sözleşmeye işçinin onay vermesi ile kurulur. İşçinin sözleşme devrine onay vermesi anlaşmanın zorunlu kurucu unsurudur. İşçinin rızası olmadan sözleşme devri gerçekleşmez. İşçi sözleşme devrine karşı çıkarsa bu durum işveren açısından sözleşmenin feshi için haklı veya geçerli sebep oluşturmaz. Açık bir yasal düzenlemeye kavuşmamasına rağmen iş sözleşmesinin devri sözleşme özgürlüğü kapsamında geçerlidir¹. Sözleşme devrinde iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin birbirlerinden ayrıldığı görülür. Devir sonucunda işçi ile devreden işveren arasındaki hukuki ilişki yani iş ilişkisi sona erer. Ancak iş sözleşmesi yeni işveren ile bir kesintiye uğramadan devam eder. Sözleşmenin feshi ve yeni bir iş ilişkisi kurulması söz konusu değildir. Böylece devreden işveren feshe bağlı sonuçlara katlanmadan, işçi de kıdem süresine bağlı haklarını kaybetmeden iş ilişkisinin sürekliliği korunarak devralan işverenin tecrübeli iş gücü ihtiyacı karşılanmış olmaktadır. Sözleşme devri ile sözleşmeye bağlı tüm hak ve borçlar bir değişikliğe uğramadan devralan işverene geçer. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik için devralan işveren İK 22 uyarınca işçinin rızasını almakla yükümlüdür.

Hukukumuzda tartışmalı olan husus, iş sözleşmesini devrin mümkün olup olmadığı değil, sözleşme devrinin hukuki sonuçlarıdır. Bu sonuçların sözleşme devrine dair yasa çalışmalarında da düzenlenmediği görülmektedir².

¹ **Ekonomi**, Münir/Eyrenci, Öner: Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, 1199, İstanbul, 2001; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008, 295; **Çankaya**, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, 244; **Güzel**, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987, 266; **Engin**, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, 211; Yarg. 9 HD 14.3.2001, 225/3914 ve **Akyiğit**, Ercan'ın İncelemesi, Tühis, Kasım 2001, 40; **Arslanoğlu**, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD, S. 10, 543; **Ayrancı**, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003.

² Bilim komisyonu tarafından hazırlanan 4857 sayılı İş Kanunu önerinde iş sözleşmesinin devrine özel olarak yer verilmişti. Yasaya alınmayan bu hükümde, iş sözleşmesi devredildiğinde devralan işverenin tüm hak ve borçları ile birlikte işveren tarafı sıfatını kazanacağı ve işyeri devrinde olduğu gibi, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda,

Sözleşme devri ile devreden işveren ile işçi arasında iş ilişkisi sona ereceğinden, devreden işveren devir tarihinden sonraki alacak ve borçlardan sorumlu olmaz. Bu tarihten itibaren doğan hak ve borçların sahibi sözleşmeye taraf olan devralan işverendir. Ancak bu esaslar bazı sorunların çözümlenmesine yetmemektedir. Öncelikle işçinin hizmet süresine bağlı olan kıdem, ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin hakkı bakımından devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının kapsamı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kıdem tazminatından sorumluluk bakımından Yargıtay, devreden işveren yanında geçen sürenin de dikkate alınmak suretiyle iş sözleşmesinin toplam süresi üzerinden kıdem tazminatının hesaplanacağına ve bu kıdem tazminatının tümünden devralan son işverenin sorumlu olacağına karar vermektedir. 1475 sayılı İK 14'de işverenlerin birlikte sorumluluğuna dair düzenleme ise işyeri devrine özgü olup sözleşme devrini kapsamadığından devreden işverenin kendi dönemi için birlikte sorumluluğu talepleri reddedilmektedir³. Öğretide ise, İK 14'ün işyeri devrine dair birlikte sorumluluk düzenlemesinin kıyasen sözleşme devrinde de uygulanması önerilmektedir⁴. İhbar tazminatı konusunda Yargıtay kararları ve öğretide fikir birliği bulunmakta, devralanın ihbar tazminatından sorumlu olacağına karar verilmektedir. Bildirim süresi ve ihbar tazminatının hesabında da işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır⁵. Yıllık ücretli izin hakkı konusunda ise Yargıtay'ın devreden işvereni kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tuttuğu bir kararı bulunmaktadır⁶. Oysa yıllık ücretli izin alacağı ancak iş sözleşmesi son bulduğunda doğacağına ve sözleşme devrinde sözleşme son bulmadığına göre, bu alacaktan da son işveren sorumludur⁷.

işçinin devreden yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu öngörülmekteydi. Ancak devreden işveren açısından herhangi bir yükümlülüğe yer verilmemiştir. Yeni Borçlar Kanunu Taslağı'nın hizmet akdine dair hükümlerinde benzer içerikte bir hükme yer verilmektedir. Taslak m. 428 uyarınca, "Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır."

³ 9. HD 29.9.2005, 309/31664 ve 10.11.2005, 361/35713, **Çankaya/Çil**, 244, 259, 253.

⁴ **Ekonomi/Eyrenci**, 1222, **Çankaya/Çil**, 249, 250; **Güzel**, Ali: Yargıtay'ın Bireysel İş İlişkisinin Kurulmasına Dair 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 36.

⁵ Yarg. 9. HD 29.9.2005, 309/31664, **Çankaya/Çil**, 259; **Ekonomi/Eyrenci**, 1222; **Güzel**, Değerlendirme, 36, 37.

⁶ 9. HD 8.6.2004, 2004/3862-14291, **Güzel**, Değerlendirme, 35.

⁷ **Ekonomi/Eyrenci**, 1223; **Çankaya/Çil**, 250; **Güzel**, Değerlendirme, 37.

Devreden işveren döneminde doğmuş fakat ödenmemiş işçilik alacakları bakımından ise durum biraz daha karışıktır. Öğretide bir görüş, açık bir yasal düzenleme bulunmaması nedeni ile her bir işverenin sadece kendi dönemlerine ilişkin işçilik haklarından sorumlu olacakları yönündedir. Bu durumda devreden işveren kendi dönemiyle ilgili işçilik alacaklarından sorumlu kalmaya devam ederken, devralan işveren sadece devir tarihinden itibaren yani kendi döneminde doğan işçilik alacaklarından sorumlu olacak, geçmişte doğmuş bulunan alacakları devralmayacaktır⁸. Öğretide savunulan diğer görüş ise iş sözleşmesinin devrinde benzer bir üçlü ilişkiyi düzenleyen İK 6'nın kıyasen uygulanması yönündedir. Böylece devir anında doğmuş bulunan tüm işçilik hakları devralan işverene geçecek, devralan işveren devreden işveren döneminde doğmuş alacaklardan da sorumlu olacaktır. Devreden işverenin sorumluluğu açısından da birlikte sorumluluk esası uygulanacak, devreden işverenin sorumluluğunun İK 6'da olduğu gibi devirden itibaren iki yıllık süre ile sınırlandırılması veya hiçbir süre sınırlaması getirilmemesi düşünülebilecektir⁹.

Gerek kıdeme bağlı hakların hesabı ve ödenmesi gerek doğmuş haklardan sorumluluk konularında bir sonuca varabilmek için, öncelikle borçlar hukukunda sözleşme devrinin sonuçlarının nasıl düzenlendiğini incelenmelidir. Borçlar hukukunda sözleşme devrinin bir halefiyet işlemi olduğu kabul edilmektedir. Halefiyet, bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin yerine başka birinin geçmesi, ancak bu ilişkinin yeni tarafının aynı içerikte bir hukuki ilişki ile muhatap olmasıdır. Sözleşme devri bir halefiyet işlemi olduğu için, sözleşmeyi devralan devreden halefi olarak sözleşmeye taraf olur. Bu nedenle devralan, gelecekte doğacak olan hak ve borçlar yanında, var olan hakların sahibi ve borçların da sorumlusu haline gelir. Ancak devralanın devreden borçlarından sorumlu olmayacağı da kararlaştırılabilir¹⁰. Sözleşmeyi devreden ise taraf sıfatını kaybeder ve sözleşme borçlarından doğan sorumluluğu da devralana geçerek son bulur. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise durumun farklı olduğu, sözleşmeyi devreden kendi döneminde doğmuş borçlardan sorumlu olmaya devam edeceği, sözleşmeyi devralanın da aksi

⁸ **Ekonomi/Eyrenci**, 1222; **Ayrancı**, 544.

⁹ **Çankaya/Çil**, 250, 251; **Güzel**, Değerlendirme, 37; **Şahlanan**, Fevzi: Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, 24 Ocak 2007, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/444/48/>; **Akyiğit**, Ercan, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, Ankara, 2008, 340.

¹⁰ **Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, 616; **Ayrancı**, 56, 57, 117.

kararlaştırılmamış ise sadece devirden sonra doğacak borçlardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹¹.

Bu esaslara uygun olarak öncelikle devralan işverenin sorumluluğu açıklanabilir. İş sözleşmesinin devrinde de öncelikle halefiyete dayanan esasların uygulanması gerekir. Sözleşme devri sadece taraf değişikliği sonucunu doğurur. Borç ilişkisinin içeriği ve kapsamı ile hukuki ayniyetinde ise bir değişikliğe yol açmaz. Devralan işveren sözleşme ilişkisi hangi durumda ise o hali ile sözleşmeyi devralır¹². Bu nedenle kıdeme bağlı haklarda işçinin devreden işverende geçen hizmet süresi de dikkate alınarak işlem yapılır. Bildirim süresinin, kıdem tazminatının, yıllık ücretli izin hakkının ve iş güvencesine esas sürenin hesabında işçinin devreden ve devralan işverenler yanında geçirdiği toplam süre dikkate alınır. Devralan işveren toplam hizmet süresi ve işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacak kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinin tamamından sorumlu olur¹³. Yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında da devralan işveren işçinin önceki hizmet süresini de dikkate alarak işlem yapmakla yükümlüdür. Devir anında henüz doğmamış bu haklarda devreden işverenin bir sorumluluğu olmayacaktır. Bu durumda işçinin kıdeme bağlı devam eden ve gelecekte doğacak haklarından işveren sıfatını kazanan devralan sorumlu olacaktır.

Fakat genel esaslara göre sözleşme devrine bağlanan sonuçlar bazı hassas sorunları çözmektedir. Bunlar, devreden ve devralan işverenlerin, devirden önce doğmuş borçlardan sorumlulukları ile kıdem tazminatında devreden işverenin kendi dönemine karşılık gelen tutardan birlikte sorumluluğudur. Eğer borçlar hukukundaki çözüm kabul edilecek olursa, devralan işveren devreden borçlarından aksi kararlaştırılmadıkça sorumlu olmayacaktır. Kıdem tazminatı bakımından da devreden hiçbir sorumluluğu kalmayacaktır. Bu sonuçların iş hukukunun amaç ve ilkelerine uymadığı açıktır. İş sözleşmelerinin topluca başka bir işverene devri anlamına gelen işyeri devrinde yasa koyucu farklı esasları benimsemiş, İK 6 ile devralanın tüm borçlardan sorumlu olması ve devreden de iki yıl birlikte sorumluluğunu, kıdem tazminatında da 1475 sayılı İK 14 ile işyerini devreden kendi dönemi ile sınırlı olarak birlikte sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu şekilde işçinin haklarının olabilecek en etkin şekilde korunması amaçlanmış, onun işveren değişik-

¹¹ Larenz, 618.

¹² Ekonomi/Eyrenci, 1221 vd.

¹³ Ekonomi/Eyrenci, 1223; Çankaya/Çil, 249, 250; Ayrancı, 543.

liğinden zarar görmesi önlenmek istenmiştir. Bu esasların kıyasen sözleşme devrine de uygulanması mümkün olabilir. Gerçekte işyeri devri ile iş sözleşmesi devri aynı hukuki sonucu doğurmaya yöneliktir: Sözleşme sona ermeden işveren tarafının değişmesi. İşyeri devrinde tüm işçilerin sözleşmeleri topluca yeni işverene devredilirken, sözleşme devrinde sadece bir işçinin sözleşmesi yeni işverene devredilmektedir. Ancak ikisinde de işveren değişikliği olgusu ortaktır. İşyeri devri halindeki işveren değişikliğini düzenleyen hükümlerin, sözleşme devri ile gerçekleşen işveren değişikliğinde uygulanmamasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır. Aynı koruyucu düşünce sözleşme devri için de geçerlidir: İşçinin işveren değişikliğinden bir zarar görmesi önlenmelidir. İşyeri devri ve sözleşme devrindeki hukuki işlemin benzerliği yabancı hukuk sistemlerinde de fark edilmiştir. Alman hukukunda Larenz, borç ilişkilerinin yasa gereği tüm hak ve borçları ile bir kişiye devrini mümkün kılan işyeri devri karşısında, aynı sonuca varmanın hukuki işlemle yani sözleşme devri ile mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴. İsviçre hukukunda ise işyeri devrine bağlı olarak devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğunun iş sözleşmesi devrinde de geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁵.

Sonuç olarak, işverenlerin sorumluluklarına dair İK 6 ve 1475 sayılı İK14 hükümlerinin iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanması kabul edilmelidir. Bu durumda devralan işvereni sadece kendi dönemindeki borçlarla sınırlı olarak sorumlu tutmak kabul edilemez. Sözleşme devrinden önce doğmuş borçlardan da devralan işveren sorumlu olur. Kıyasen uygulama birlikte sorumluluk bakımından da işyeri devri ile aynı sonuçları doğuracaktır: Devreden işveren de devralanla birlikte kendi döneminde doğmuş borçlardan iki yıl süre ile birlikte sorumlu olur. Kıdem tazminatı bakımından da devreden işveren, kendi dönemi için hak kazanılan kıdem tazminatından birlikte sorumlu olacaktır. İşyeri devrinde devreden işverenin de işçilik alacaklarından müteselsil sorumlu kalmaya devam etmesinin nedeni, işçiyi mali durumu ve ödeme gücünü bilmediği yeni işvereni karşısında güvenceye almaktır. İşverenlerin kararı ve menfaati doğrultusunda gerçekleşen bir iş sözleşmesi devrinde de işçi aynı güvenceye muhtaçtır¹⁶. Öğretide İK 6'nın kıyasen uygulanması ile devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının belirlenmesi esasına bazı sınırlamalar getirilebileceği görüşü de savunulmaktadır. Örneğin,

¹⁴ Larenz, 617.

¹⁵ Heiz, Roman: Das Arbeitsverhaeltnis im Konzern, Wallisellen, 2004, 205.

¹⁶ Heiz, 204, 205.

işyeri devrinde devralanın geçmiş dönemden sorumlu olmayacağı yasa karşısında geçerli olarak sözleşme ile kararlaştırılmazken, hukuki işlemle gerçekleşen sözleşme devrinde devralanın sorumluluğunun işçiye karşı da geçerli olacak şekilde sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁷. Ancak bu durumda İK 6 ve 14'ün kıyasen uygulanmasını sözleşmeler ile tamamen bertaraf edebilmenin yolu açılmış olacaktır. Kıyasen uygulama halinde uygulanan kuralların emredici etkisinin de geçerli olacağını kabul etmek daha yerinde olur. Fakat bu görüşe hak verilmesini gerektiren durumlar da düşünülebilir. İşçinin girişimi ile gerçekleştiği açık olan sözleşme devrinde işçinin daha fazla korunmasına gerek olmadığı, tarafların anlaşması ile işverenlerin sorumlulukları bakımından işyeri devrindekinden farklı bir çözüm yoluna gidilmesi kabul edilebilir.

3. Ödünç İş İlişkisinin Sürdürülmesi

Ödünç iş ilişkisi İK 7'de geçici iş ilişkisi başlığı altında düzenlenmektedir. Ödünç iş ilişkisinde işveren aynı kalmakta, sadece iş görme ediminin alacaklısı geçici olarak farklı bir işveren olmaktadır. İşçinin açık yazılı rızası olmadan kurulamayan ödünç iş ilişkisi yine işçinin rızasına bağlı olarak en çok on sekiz ay sürebilir. Ancak bazı durumlarda azami süre aşılmasına rağmen işçinin asıl işyerine geri çağrılmadığı ve ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasını sürdürdüğü görülmektedir. Öğretide bu duruma farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Bir görüş uyarınca ödünç iş ilişkisinin yasal sürenin aşılmasına rağmen devamı halinde ödünç iş ilişkisi son bulur ve sözleşme devri gerçekleşir¹⁸. Diğer bir görüş ise, ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin birlikte işveren haline geldikleri yönündedir¹⁹. Görüşlerin ortak noktası ödünç alan işverenin gerçek işveren niteliğini kazanmasıdır. Bu bakımdan savunulan görüşlerin ikisi de yerindedir; işçiden yararlanmasını uzun süre devam ettiren işverenin, kendisine karşı iş ilişkisinden doğan hakların ileri sürülemediğini iddia etmesi kabul edilemez.

¹⁷ Şahlanan, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, 24 Ocak 2007, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/444/48/>

¹⁸ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2008, Cilt I, 381; Çankaya/Çil, 246; karşı. Odaman, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Geçici İş İlişkisi, İstanbul, 2007, 247.

¹⁹ Engin, Murat: Ödünç İş İlişkisi, İHD Cilt I, 335, 353; Demir, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, 58.

Sorun daha çok ödünç veren işverenin durumu ve sorumluluğu konusundadır. Tartışılması gereken husus, ödünç veren işverenin işveren sıfatının sona mı erdiği (örtülü sözleşme devri) veya ödünç veren işveren ile iş ilişkisinin devam mı ettiği (birlikte işveren veya sözleşmeye katılma) sonuçlarından hangisinin somut duruma ve hukuka daha uygun olacağıdır. Ödünç iş ilişkisi süresinin aşılması halinde tarafların gerçek iradelerinin tespiti ve yorumlanması özel bir önem kazanmaktadır. Bu durumda devreden işverenin işçiyi işyerine geri çağırması, devralan işverenin işçiyi iş vermeye devam etmesi sonucu devreden ve devralan işverenler arasında iş sözleşmesinin devrine dair bir anlaşmaya varıldığı kabul edilebilir. Ancak işverenler arasındaki bu anlaşmayı işçiye bildirmedikleri sürece işçinin sırf ses çıkartmadan devralan işverenin işyerinde çalışmasını sürdürmesinin, sözleşme devrine örtülü rıza olduğunu kabul etmek güçtür. Sözleşme devri, devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisini sona erdiren önemli bir işlemdir. Bazen yasal düzenleme ile öngörülen süreden haberi dahi olmayan işçinin, salt 18 ay dolduğunda itiraz etmemesi onun sözleşme devrine örtülü rızası olarak yorumlanamaz.

Ödünç veren işverenin sözleşmenin feshi veya işçinin kabulüne dayanan şekilde sözleşmenin devri işlemlerinden birine başvurmadıkça iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerinden kurtulmasını haklı gösteren bir durum yoktur. İşçinin rızası olmadıkça işverenler arasındaki açık veya örtülü anlaşma da sözleşme devri sonucunu doğurmaz. Bu nedenle kural olarak ödünç iş ilişkisinin geçici süresi aşıldığında, ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin birlikte işveren haline geldikleri kabul edilmelidir. Ödünç iş ilişkisinde sürenin aşılması konusu üzerinde tartışılmamış olmakla birlikte, Alman ve Avusturya hukuklarında da işçinin holding bünyesinde bir şirketten diğerine nakli veya tayini halinde yeni işverenin sözleşmeye katılması yolu ile tek bir sözleşmede birden çok işverenin olacağı kabul edilmektedir²⁰. Somut olayın özelliklerinin sözleşme devrini kabul etmeyi gerektirdiği, örneğin işçinin işverenler arasındaki anlaşmadan haberdar olup itiraz etmediğinin anlaşılabilirliği durumlar saklıdır. İşçinin bu durumda iki işvereni birden bulunmakta, iki işverende iş hukuku kurallarının ve sözleşmeden doğan hakların muhatabı haline gelmek-

²⁰ **Hensler**, Martin: Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin, 198355 vd.; **Windbichler**, Christine: Arbeitsrecht im Konzern, München, 1989, 71, 115; **Kreil**, Linda: Arbeitsverhältnisse im Konzern, Wien, 1996, 75; Fransız hukukundan örnekler ışığında Türk hukukunda da aynı sonuca varılması yönünde **Engin**, Ödünç İş İlişkisi, 352 vd.

tedirler. Sonuçları bakımından birlikte işverenliğin kabul edilmesinin sözleşme devrine göre işçinin daha lehine olacağı da dikkate alınmalıdır.

4. Örtülü Sözleşme Devri

Tarafların sözlü ve hatta örtülü anlaşması ile iş sözleşmesi geçerli olarak devredilebilir. İş sözleşmesinin kurulması yasal olarak bir şekil şartına bağlanmamış ise, bu sözleşmenin devri de bir şekil kuralına tabi değildir²¹. İş sözleşmesinin örtülü devri ile kastedilen işçinin işveren değişikliğine örtülü rızasıdır. Özellikle grup şirketlerinde iş sözleşmesinin örtülü devrini düşündüren uygulamalara rastlanmaktadır. İşçinin işverenin talimatına uyararak diğer bir grup şirketine karşı iş görme edimini ifa etmeye başlaması ve bu durumun uzun sürmesine hiçbir hukuki sonuç bağlanmaması düşünülemez. Bu durumda ilk olasılık, işçinin gerçek işvereni yanında başka bir grup şirketine karşı da aynı anda iş görme edimini ifa etmesidir. Örneğin, bir şirketin muhasebecisinin diğer grup şirketinin de muhasebesine bakmaya başlaması ile bu durum ortaya çıkabilir. İşçinin ilk işvereni ile bağlantısı kopmuyorsa, iş sözleşmesinin devri değil, işveren tarafında bir çoğalma söz konusudur. Bu durumda işçi ile yeni şirket arasında da örtülü olarak bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilebilir. Aksi öngörülmedikçe iş akdinin kurulması özel bir şekle tabi olmadığı gibi, BK m. 314/II uyarınca muayyen bir zaman için hizmet kabul edilir ve işin gereğine göre bu hizmetin ancak ücret karşılığında görülebileceği kabul edilirse, hizmet akdi kurulmuş sayılır. Fiili iş ilişkisi ile de aynı sonuca varmak mümkündür. Bununla birlikte yeni şirket ile ayrı bir sözleşme kurulmadığı, bu şirketin iş sözleşmesine katılması sureti ile işveren tarafında birden çok şirketin yer almaya başladığı da kabul edilebilir²². Yukarıda ödünç iş ilişkisinde sürenin aşılması konusundaki açıklamalar burada da geçerlidir.

İkinci olasılık ise, işçinin işveren talimatına uyararak, başka bir grup şirketine geçmesi ve sadece bu şirkete karşı iş görme edimini ifa etmesidir. Bu durumda işçinin sözleşme ile bağlı olduğu işvereni ile arasındaki iş ilişkisi fiilen sona ermekte ve iş ilişkisi işçiyi devralan işveren ile devam etmektedir. İş sözleşmesinin devri bir geçerlilik şekline bağlı olmadığından bu durumda işçinin fiilen yeni işverende çalışması onun sözleşme devrine örtülü rıza beyanı olarak kabul edilebilir. Bu durumda geçerli bir şekilde sözleşme devri

²¹ **Ekonomi/Eyrenci**, 1221.

²² Dipnot 19.

gerçekleşmiş olacaktır. Ancak işveren değişikliği gibi ağır bir sonucu doğuran örtülü irade beyanının her durumda gerçekleştiği kabul edilmemelidir. İşçi yapılan devrin geçici olduğu ve eski işyerine geri döneceği zannı ile devir işlemine ses çıkartmamış olabilir. Hatta işverenler işçide kasten böyle bir kanaat uyardırılmış olabilirler. Bunun da ötesinde işçi, başka bir işverene devredildiğinin farkında da olmayabilir. İşçinin işyeri ve gördüğü işin değişmediği durumlarda, özellikle holding bünyesinde ortak bir birim veya projede çalışan işçiler bakımından bu olasılık da bulunmaktadır. Her durumda işçinin sözleşme devrini bilmeyebileceği kabul edilmeli, somut olayın özellikleri dikkate alınmalı, işçinin açık rızasını alabilecekken örtülü rızası ile yetinen işverenlerden bu davranışlarının nedenlerini açıklamaları beklenmelidir. Kural olarak iş sözleşmesinin işçinin örtülü rızası ile devredildiğini iddia eden işveren, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Aksi takdirde iş sözleşmesi devrinin işçinin rızası olmadan gerçekleşmeyeceği ilkesini dolanmaya imkân tanınmış olur. İşverenler işçinin örtülü irade beyanı ile sözleşme devrinin gerçekleştiğini kanıtlayamazlarsa, gene ilk işveren ile iş ilişkisinin sürdüğü, yeni şirketin de işveren olarak sözleşmeye katıldığı kabul edilmelidir.

5. İşverenin Sözleşmeyi Devretme Hakkının Saklı Tutulması

İş sözleşmesinde veya holdingin ortak personel yönetmeliğinde, işçinin başka bir holding şirketinde veya sadece başka bir işyerinde geçici ya da kalıcı olarak görevlendirilmeyi kabul ettiğine dair sözleşme kayıtlarına yer verilmektedir. Bu kayıtların içeriğine göre farklı yorumlanması ve farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Eğer sözleşme kaydında sadece işçinin işyeri değişikliğini kabul ettiği ifadesi yer almakta ise, bu kayda dayanarak sözleşme devredilemez. Açıkça işçinin bir diğer holding şirketine devredilebileceğini öngörmeyen bir sözleşme kaydının, işverene bu yetkiyi tanıdığı kabul edilemez. İşçinin aynı şirkete bağlı farklı işyerlerine devrini öngören kayıtlar ise kural olarak geçerlidir. Sadece bu kayıtlara dayanan uygulamaların dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygunluğu bakımından sınırlama getirilebilir.

Açıkça işçinin başka bir holding şirketine devri kabul ettiğine dair kayıtların ise geçerliliği sorgulanmalıdır. Bu kayıtlar iki türlü yetkiyi içerebilirler: Birinci olasılık, işçinin başka bir işverene geçici olarak devredilmesi yetkisidir. Bu olasılıkta işçi geçici süre sonunda işverenine geri döneceğinden devir, ödünç iş ilişkisi olarak kabul edilmelidir. Ancak Türk hukukunda İK m. 7'nin açık hükmü gereğince böyle bir kayıt geçerli olamaz. Zira yasa işçinin "devir sırasında" yazılı rızasının alınmasını şart koşmaktadır. Bu açık düzen-

leme karşısında iş sözleşmesinde önceden saklı tutulan işçiyi ödünç verme yetkisi geçersizdir. İşçi bu kayda dayanan talimatlara uymama yetkisine sahiptir. Sadece İş Kanunu kapsamı dışındaki iş ilişkilerinde BK 320/II hükmüne de dayanarak bu yöndeki sözleşme kayıtları geçerli kabul edilebilir²³.

İşçinin kalıcı olarak başka bir işverene devrini öngören sözleşme kaydı ise iş sözleşmesinin devri kapsamında değerlendirilebilir. Burada işveren, işçinin önceden aldığı onayına dayanarak başka bir işveren ile sözleşme devrinde anlaşmak ve devri gerçekleştirmek yetkisini saklı tutmaktadır. Öğretide sözleşme özgürlüğüne ve BK 320/II'ye dayanarak sözleşme devri hakkını önceden işverene tanıyan kayıtların geçerli olacağı kabul edenler bulunduğu gibi aksi görüşte olanlar da bulunmaktadır²⁴. Borçlar Hukukunda da sözleşme devrine önceden açıklanan rızanın geçerliliği tartışmalıdır. İş ilişkisi dışındaki borç ilişkilerinde de bu önceden açıklanan rızayı geçerli saymama veya koşullu olarak geçerli sayma eğilimi mevcuttur. Bir görüş uyarınca, rızasını önceden beyan eden sözleşme tarafının süresiz ve geri alınmaz bir icapta bulunduğu kabul edilemez. Diğer sözleşme tarafına tek yanlı olarak üçüncü kişiyi kendi yerine geçirme yetkisi verilmişse, buradan ancak sözleşmenin devredilebilir nitelikte olduğu sonucu çıkartılabilir²⁵. Ayrıca sözleşme devrine rızasını önceden açıklayan tarafın bu rızasını işlemin yapılmasına kadar her zaman geri alabileceği de savunulmaktadır²⁶. Konu farklı açılardan tartışmaya açıktır. Gerçi BK 320/II'den sözleşme ile işverene iş görme edimini talep hakkını bir başkasına devretme yetkisi tanınabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak İK 7 düzenlemesi yürürlüğe girmeden önce ve halen İş Kanunu kapsamı dışındaki iş ilişkilerinde BK 320/II'nin ödünç iş ilişkisi için dayanak kabul edildiği dikkat çekmektedir. Aynı normun sözleşme devri için de dayanak olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir²⁷. Hatta tam aksi yönde, geçici iş ilişkisinde işçinin devir anında açıklanan yazılı rızasını arayan İK 7 düzenlemesinin evleviyetle iş sözleşmesinin devrinde de geçerli olduğu kabul edilebilir. Aza getirilen yasağın çok için de geçerli olması şeklindeki bir kıyaslama, işçinin geçici devrinde götürü rıza nasıl yasak ise, iş sözleşmesi devrine önceden açıklanan rızanın da yasaklanması

²³ **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 375.

²⁴ **Ekonomi/Eyrenci**; Aksi görüş: **Çankaya/Çil**, 246; **Arslanoğlu**, 545.

²⁵ **Ayrancı**, 107.

²⁶ **Ayrancı**, 108.

²⁷ **Alpagut**, Gülsevil, Ferdi İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, 87, 131.

sonucunu doğurmaktadır. İşçinin başka bir işverene geçici olarak ödünç verilmesi yetkisi bile önceden sözleşme ile saklı tutulamıyorsa, işçiyi kalıcı devir yetkisinin de önceden saklı tutulmasının geçersiz olması, yasa koyucunun amacına evleviyetle uygundur²⁸.

İş sözleşmesinin devrinde tarafların kişiliği önem kazanmakta, işçinin rızası olmadan tanımadığı veya istemediği bir işverene devri uygun görülmemektedir²⁹. Oysa sözleşmeyi devir hakkının önceden saklı tutulması halinde işçiye sağlanan bu güvence tamamen ortadan kalkmakta, işçi önceden bilmediği veya istemediği herhangi bir işverenin işçisi olmaya hukuken zorlanabilmektedir. İşçinin gelecekte işverenin kim olacağına önem vermeden bu olguyu serbestçe belirleme ve değiştirme yetkisini işverene bırakması, onu aşırı bir bağımlılık altına sokacaktır³⁰. Bu ve benzeri görüşler Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında da ileri sürülmüş ve tartışılmıştır. Alman hukukunda öğretide sözleşmeyi devir hakkını saklı tutan sözleşme kayıtlarının tamamen geçersiz olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi³¹, ancak işçiyi koruyucu bazı sınırlamalar ve yeterli açıklık içermesi kaydı ile bu kayıtları geçerli kabul etme eğilimi de görülmektedir³².

Fakat bunun yanında farklı bir yaklaşım ile sözleşme devri kayıtlarını geçerli kabul edenler de bulunmaktadır. Bu görüşte olanlar da sözleşme devri kayıtlarını sadece belirli bir şirket topluluğunun şirketleri arasında geçerli olmak üzere kabul etmektedirler. Zira böylece işçi hangi işverene devredilebileceğini önceden öngörme şansına sahiptir. Açıklık ilkesine uygun olarak sözleşme devri kaydı sadece işçi işe girerken mevcut olan holding şirketleri ile de sınırlıdır. Sonradan kurulan şirketler bakımından işverenin devir yetkisi yoktur³³. Bu sınırlar içinde kalınmak kaydı ile holding içi sözleşme devri kayıtları işçiye önemli bir avantaj sağlamaktadır. Bu durumda işçinin holding bünyesindeki tüm şirketlerde çalışmak üzere işe alınmış olması ile işçinin holding bünyesinde tek yanlı olarak işverenin değişmesine

²⁸ Çankaya/Çil, 246.

²⁹ Vischer, Frank: Teilband 3, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht (Traité de droit privé suisse) 7. Band, 1. Halbband, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Hrsg. von Wolfgang Wiegand, Basel, 157

³⁰ Uçum, 41; Arslanoğlu, 541

³¹ Windbichler, 95, 114, 115; Kreil, 61, ise böyle bir sözleşme kaydının icap olarak yorumlanabileceğini savunmaktadır.

³² Preis, Ulrich: Der Arbeitsvertrag, Köln, 2002, 770 vd.

³³ Heiz, Roman: Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Wallisellen, 2004, 143.

yetki vermesi bakımından bir fark yoktur. Eğer işçi holding içinde sözleşme devri kaydı ile işe alınmış ise, feshin son çare olması ilkesi kapsamında işverenin işçiyi önce uygun başka bir işe verme yükümlülüğü tüm holding şirketlerini kapsayacak şekilde genişlemektedir. Bu şekilde iş güvencesinin işverenle sınırlı değil, holding şirketlerinin tümü için geçerli olacak şekilde genişletilmesi, sözleşme devrinin olumsuz özelliklerini telafi eden önemli bir unsurdur. Bu nedenle holding içi sözleşme devri kayıtları geçerli kabul edilmelidir³⁴.

Kanaatimizce Türk hukukunda da sözleşme devrini saklı tutan kayıtlar, bu kayıtların feshin son çare olması ilkesini tüm holding şirketleri için uygulama sonucunu da doğurduğunun kabul görmesi şartı ile geçerli sayılmalıdır. Ancak bu kayıtların bazı sınırlamalar içermesi ve kayda dayanan kullanımın hakkaniyete uygun olması gerekir. Öncelikle sözleşme devri kaydı sadece önceden bilinen, belirlenebilen işverenler ile sınırlıdır. Kural olarak bu duruma uygun olan holding şirketleri dışında devir kaydı geçerli olmaz. Yeni kurulan holding şirketlerine devir de bu kayda dayanarak sadece işverenlerin anlaşması ile yapılamaz. Mevcut holding şirketleri arasında sözleşme devri kaydı da, bu şirketlerin temel niteliklerinin, maddi güçlerinin ve işyerlerinin değişmemiş olması şartı ile geçerlidir. Eğer iş sözleşmesi yapıldıktan sonra arada geçen süreçte işçinin devredilmek istendiği holding şirketinin faaliyet konusu veya yeri değişmiş ya da şirket ödeme gücü yaşamaya başlamış ise, işçinin devir anında tekrar rızası alınmalıdır. Bunun da ötesinde devreden işveren, işçinin özel durumunu ve özel hayat ilişkilerini de dikkate almalı, aynı statüde olan işçilerden biri devredilecek ise önce gönüllü olanları, evli ve çocuklu işçi yerine bekâr ve çocuksuz işçiyi öncelikle devretmelidir. Ayrıca uzun bir süre başvurulmayan sözleşmeyi devir yetkisinin artık etkisini yitirdiği de kabul edilebilir. Örneğin 10 yıl hep aynı işverene bağlı olarak çalışan işçinin bu süre sonunda artık ayrıca rızası alınmadan başka bir işverene devri mümkün olmamalıdır³⁵.

6. İş Sözleşmesinin Belirli Süreli Olarak Devri Mümkün Müdür?

Öğretide savunulan bir görüş uyarınca iş sözleşmesinin belirli bir süre ile sınırlı olarak devredilmesi ve süre dolunca işçinin devreden işverene geri

³⁴ Hensler, Martin: Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin, 1983, 129 vd.; Preis, 772, 773.

³⁵ Heiz, 145; değişiklik kayıtlarının geçerlilik koşulları için genel olarak: Alp, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, 330 vd.

döneceğinin kararlaştırılması mümkündür³⁶. Konunun çeşitli yönlerden tartışılması gereklidir. Belirli bir süre ile sınırlı olarak sözleşmenin devredilmesi ve süre sonunda işçinin devreden işverenin yanına dönmesi aslında sözleşme devrinin değil, ödünç iş ilişkisinin yapısına uygundur. Taraflar geçici bir iş gücü ihtiyacını öncelikle ödünç iş ilişkisi ile giderirler. Bunun yerine devreden işveren ile sözleşme ilişkisine son veren sözleşme devrine başvurulmasını yerinde gösteren bir sebep bulunmamaktadır. Sadece ödünç iş ilişkisinin süresi bakımından sözleşme devrini yeğlemek haklı görülebilirdi. Ancak İK 7 ile ödünç iş ilişkisinin azami süresi de sınırlanmıştır. Bu süreden daha uzun ve belirli süreli olarak işçi devrine olanak sağlanması, İK 7'nin dolanılması ve etkisizleştirilmesi anlamına geleceği için kabul edilmemelidir. Diğer bir husus ise, işçinin belirli süre sonunda ne şekilde devreden işveren yanına döneceğinin ve işverenin onu kabul etmemesi durumunda ne yapılabileceğinin belirsiz olmasıdır.

Eğer gerçekten işçinin, başka işverenin işyerinde ödünç iş ilişkisini aşan bir süre çalışması zorunlu olmakla birlikte, sonuçta ilk işverene geri dönmesi isteniyorsa başka bir yola başvurulabilir: İş sözleşmesinin askıya alınması. İş sözleşmesinin tarafların anlaşması ile askıya alınması her zaman mümkündür³⁷. Devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi tarafların anlaşması ile süreli olarak askıya alınır. Devralan işveren ile işçi arasında da bu askı süresi için belirli süreli bir iş sözleşmesi kurulur. Böylece iş ilişkisi sona ermeden, işçiye geri dönüş garantisi sağlanarak, ödünç iş ilişkisini aşan bir süre için işçinin başka bir işverende çalışması sağlanmış olacaktır³⁸. Bu şekilde sözleşmenin askıya alınması ve yeni bir sözleşme kurulması tarafların ortak yararına daha çok hizmet edecektir. Örneğin holding bünyesindeki şirketlerden birinin diğerine kuruluş safhası veya belirli bir projenin yürütülmesi amacı ya da bir krizin aşılması amaçları ile sınırlı olarak bir işçiyi devretmesi veya işçinin yurt dışında faaliyet gösteren bir şirkette görevlendirilmesi istendiğinde bu yola başvurulabilecektir. İşçi bakımından bu yola başvurulması sözleşme devrinden daha avantajlıdır. Zira gerçek işveren ile iş sözleşmesi korunarak işçiye geriye dönüş garantisi sağlanmaktadır. Ayrıca işçi böylece yeni bir işi denemek, kendini geliştirmek gibi riskleri daha kolay üstlenebilecektir. Her durumda işçinin hem iş akdinin askıya alınmasına hem

³⁶ Çankaya/Çil, 246, 247.

³⁷ Süzek, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989, 47.

³⁸ Windbichler, 73, 74.

de belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasına açık rızası aranacağı için işçi aleyhine durumlar önlenebilecektir. Çoğunlukla sözkonusu iş gücü ihtiyacı objektif olarak belirli süreli olacağından, yeni işveren ile belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesi de bir güçlük doğurmayacaktır. Gerçek işveren ile işçi arasında askı süresi boyunca iş ilişkisi varlığını korur; yan edimler olan işçiyi gözetme ve sadakat borçları devam eder. Belirli süreli iş sözleşmesi ile işçiyi işe alan işveren ise bu sözleşmeden doğan haklara sahip ve borçlardan sorumludur. Belirli süreli sözleşme ve askı hali için belirlenen süre dolduğunda, belirli süreli sözleşme sona erer ve işçi gerçek işverenin işyerine geri döner. Şirketler arası işçi devrinin alternatif bir şekli olarak düşünülebilecek bu önerinin tartışmaya açılması yararlı olacaktır.

7. İş Sözleşmesinin Feshi ve Başka Bir Holding Şirketi ile Yeni İş Sözleşmesi

İş sözleşmesinin devrinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin sona ermiş olması gerekir³⁹. Şirket topluluklarında görülen ve Yargıtay kararlarına konu olan bir durum ise, işçinin çalıştığı bağlı şirket tarafından sözleşmesinin feshedilmesi veya işçiden bir dilekçe ya da fesih belgesi alınarak, aynı veya yakın bir tarihte başka bir bağlı şirket ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasıdır. Yargıtay önceleri, işçinin holdinge bağlı bir şirketten diğerine geçirilmesi için yapılan fesih işleminin şekli bir işlem olduğunu kabul etmiş, asıl irade ve uygulamanın işveren değişikliği sonucuna varmıştır. Karara konu olayda işverenin, işçiye aynı belgede sözleşmesinin feshedildiğini ve diğer işverende göreve başlamasını duyurması da karara etkili olmuş gözükmektedir⁴⁰. Fakat yeni tarihli kararlarında Yargıtay görüşünü değiştirmiş gözükmektedir. Karara konu olayda, işçi aynı holding bünyesindeki bir şirkette çalıştıktan birkaç yıl sonra kıdem tazminatı ödenerek işten çıkartılmış ancak ertesi gün başka bir bağlı şirketle iş sözleşmesi kurulmuştur. Birkaç yıl da bu şirkette çalıştıktan sonra yine sözleşmesi kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş ve ertesi gün bu sefer de diğer bir holding şirketi ile sözleşme yapmıştır. Aradaki fesihler hep ihbar tazminatı ödenmeden, bildirim süresine uyarak yapılmıştır. İşçinin toplam çalışma süresi 18 yılı aşmasına rağmen son işveren sadece kendisinde geçen sürenin karşılığı olan kıdem tazminatını ödemiştir. Yerel mahkeme, fesih ve yeni sözleşmeye rağmen işçinin fasılasız olarak aynı iş ve işyerinde

³⁹ **Ekonomi/Eyrenci**, 1216.

⁴⁰ 9. HD 25.6.1998, **Ekonomi/Eyrenci**, 1209, 1210.

çalışmasını sürdürmesini de gerekçe göstererek gerçek işlemin sözleşme devri olduğuna karar vermiştir⁴¹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise bu olguları hiç dikkate almadan, sadece işverenlerin ayrı tüzel kişilikler olduğu, bu durumda ayrı iş sözleşmelerinin kabul edileceği gerekçesi ile kararı bozmuş, Hukuk Genel Kurulu da gerekçe göstermeden bozmayı uygun bulmuştur⁴². Buna çok benzeyen bir olayda, işçi yine fasılasız çalışmasını sırayla üç holding şirketinde sürdürmüştür. Tek fark işçinin işyerinin her seferinde değişmiş olmasıdır. Bununla birlikte işçinin daha bildirim süresi devam ederken ve yeni sözleşme kurulmadan fiilen diğer işverende görevlendirildiği dikkati çekmektedir. Buna rağmen Yargıtay sözleşme devrini kabul etmemiştir⁴³.

Sözleşmenin feshi ve yeni sözleşme akdedilmesi şeklinde gerçekleşen işlemlerin pratikte işçinin bir holding şirketinden diğerine devri olarak görülebilmesi mümkündür. Özellikle feshin bildirim süresine uyularak ihbar tazminatı verilmeden yapılması, işçinin feshe rağmen fasılasız çalışmasını sürdürmesi, hatta bazen yeni iş ilişkisine rağmen aynı işyerinde ve aynı işte iş görme edimini ifa etmeye devam etmesi söz konusu olduğunda, bu şekilde gerçekleşen bir “*transfer*” düşündürücü olmaktadır. İşçi bu şekilde iş ilişkisinin sürekliliğinden doğan bazı haklardan yoksun bırakılmaktadır. Bunlar kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkı gibi kıdeme bağlı haklardır. İş ilişkisi sona erdiğinde kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas alınan süre, son işverende geçen hizmet süresi ile sınırlanmakta, önceki işverenlerde geçen sürenin son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesabına katılması önlenmektedir. Önceki işverenler fesih sırasında kıdem tazminatı ödemiş olsalar da işçi bir maddi kayba uğramaktadır. Yıllık ücretli izin hakkı bakımından ise hukukumuzda kural, yıllık izne hak kazanma bakımından iş sözleşmesi süresinin dikkate alınmasıdır. İş sözleşmesi devrinde işçinin geçmiş hizmet süresi de dikkate alınarak yıllık ücretli izin hakkı tanınmaktadır. İş sözleşmesi feshedilerek başka bir grup şirketi ile iş sözleşmesi kurulduğunda ise, farklı bir işveren yanında yeni bir iş sözleşmesi söz konusu olduğundan, yıllık ücretli izin hakkı sıfırlanmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan sonuç, aynı grup şirketlerinde sırayla ve aralıksız çalışan işçinin toplam hizmet süresi 5 yılı aşıya bile hiçbir zaman kıdemine uygun yıllık ücretli izne hak kazanamaması, hep beş yıla ulaşmayan

⁴¹ İzmir 3. İş Mahkemesinin 6.11.2006 Tarih, 2006/307-905 Sayılı Direnme Kararı, Özel arşiv.

⁴² E. 2007/9-9 K. 2007/16 T. 17.1.2007, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁴³ Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.2006 ve 2006/9-770-782 tarihli kararı, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

sözleşme süreleri ile yıllık izin hakkının düşük tutulmasıdır. İşçinin sözleşme veya işyeri uygulaması gereği belirli bir sözleşme kıdemine bağlı olarak hak kazanacağı prim veya ikramiyelere hak kazanması da bu şekilde engellenebilmektedir.

Şirket topluluklarında genellikle ortak bir insan kaynakları yönetimi bulunmakta, personelin kariyer ve çalışma planlaması topluluk bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle tek elden yapılmaktadır. Buna uygun olarak, *“kariyer planlamasında personel sadece bulunduğu işyeri veya şirket değil, çoğu zaman topluluk bir “bütün” olarak dikkate alınmakta, işçi birinden diğerine geçici veya sürekli verilmek suretiyle diğer şirketlere devredilmektedir. Nihayet holdingde ve yavru şirketlerde iş organizasyonuna göre insan kaynaklarına ihtiyaç topluluk bir bütün olarak göz önünde tutularak giderilmektedir”*⁴⁴. Bir şirket topluluğunun oluşturulmasının başta gelen amaçlarından biri de her konuda olduğu gibi personel yönetiminde de azami verimlilik ve tasarruf sağlanması olduğuna göre, personelin nasıl değerlendirileceğinde ortak bir planlamaya gitmek ve koordinasyon sağlamak normaldir. Ancak bu durum Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda farklı bir sonuca varmayı haklı kılmaktadır. Personel yönetiminde ve işgücü ihtiyacının giderilmesinde bir *“bütün”* oluşturan holding şirketleri arasında işçi transferi yapılmış ise, bu işlemin görünürde bir fesih ve yeni bir sözleşme ile yapılmasına itibar etmemek gerekir. Kural olarak işçinin başka bir işverene geçişi işverenlerin menfaatine ise ve yapılan işlemlerde işverenlerin işbirliği ve koordinasyon içinde hareket ettikleri anlaşılabilirse, gerçek işlem sözleşme devridir. İşçinin korunması bakımından konuya yaklaşıldığında, işverenlerin aralarındaki işçi transferine hangi adı verdikleri veya bu transferi hangi hukuki yolla gerçekleştirdikleri önemli değildir. İşveren şirketler ortak insan kaynakları yönetimi ve aralarındaki işbirliği uyarınca bir işçiyi transfer etmek isterlerse, bu işlemi işçinin kıdeme bağlı haklarını kısıtlayarak yapmak hakkına sahip değildirler⁴⁵.

İşgücünün değerlendirilmesinde bir *“bütün”* olarak davrandığı kabul edilen şirket topluluklarında, işçinin bir şirketteki sözleşmesinin feshedilmesi ve yeni bir iş sözleşmesi kurularak fasılasız şekilde diğer bağlı şirkette çalışmaya devam etmesi de çoğunlukla planlı bir işlemdir. Buradaki fesih ve yeni sözleşme kurulması işlemleri topluluğun ortak insan kaynakları politikası

⁴⁴ **Ekonomi/Eyrenci**, 1203, 1204.

⁴⁵ **Heiz**, 162 vd.

ve yönetiminin kararı doğrultusunda, bağlı şirketler arasındaki bir anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşmektedir. Gerçekte yapılan işlem, iş ilişkisinin ara vermeden, sadece iş sözleşmesine taraf olan işveren değiştirilerek sürdürülmesidir. Sadece yeni işverenin başta kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin gibi kıdeme bağlı tüm haklarda yükümlülüğünü sınırlamak için transfer işlemine sözleşme devrinden farklı bir görünüm kazandırıldığı açıktır. Bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurmak da yersiz ve gereksiz olur. Gerçekte işçinin bir şirketten diğerine devrini amaçlayan işlemin, fesih ve yeni iş akdi olarak gösterilmesi kötüniyetli, işçinin kıdeme bağlı haklarını dolanma amacı güden bir davranıştır. Tam da yeni işverenin işçiye ihtiyaç duyduğu gün eski işverenin sözleşmeyi sonlandırdığını kabul etmek normal hayat şartlarına aykırıdır. Yargıtay'ın geçmiş kararında vardığı sonuca uygun olarak fesih bildiriminin gerçek irade beyanını yansıtmayan şekli bir işlemden ibaret olduğu kabul edilmelidir. Formaliteden ibaret olan ve gerçek irade beyanını yansıtmayan fesih işlemine değer verilmeyerek, hangi ad ve görünüm altında yapılsa yapılsın, işçinin aynı şirket topluluğuna bağlı bir şirketten diğerine geçerek fasılasız veya çok kısa bir ara ile çalışmasını sürdürmesi kural olarak iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmelidir. İşçinin kıdeme bağlı haklarında sözleşme devrine göre işlem yapılmalı, işçinin ilk işverende işe başladığı tarihe göre kıdemi esas alınarak sonuca varılmalıdır. Bu durumda devralan işveren işçinin tüm kıdem süresine göre hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu olacak, geçiş sırasında ilk işveren tarafından yapılan ödeme avans kabul edilerek toplamdan düşülecektir. İşçinin iş güvencesine ve yıllık ücretli izin hakkına esas hizmet süresi de sıfırlanmayacak, grup şirketlerindeki toplam hizmet süresi esas alınarak işlem yapılacaktır.

Şüphesiz her somut olayda bu sonuca varılamayabilir. İşçinin kendi girişimi ile başka bir grup şirketindeki işe başvurup kabul edilmesi üzerine işten ayrıldığı durumlarda iş sözleşmesi devrinin gerçekleşmediği çok açıktır. Aynı şekilde işçinin haklı nedenle işten çıkartılması, fakat nitelikleri nedeni ile başka bir grup şirketinden teklif alması ve işe başlaması halinde de iş sözleşmesinin devredildiği ve kıdem süresinin birleştirilmesi gerektiği söylenemez. İş sözleşmesi feshedilirken işçiye ihbar tazminatı ödenmiş olması da farklı bir değerlendirmeyi haklı kılabilir. Ancak bu olasılıklar dışında iş sözleşmesi feshedilip işçinin ertesi gün diğer bağlı şirkete işe başlatılmasına ise şüphe ile yaklaşılmalıdır. Özellikle işçinin feshe rağmen aynı işyerinde aynı işi görmeye devam etmesi halinde fesih bildirimine değer vermek güçtür.

Kural olarak, şirket toplulukları arasında işçi transferinin olduğu her durumda bunun bir sözleşme devri olmadığını işveren kanıtlamalıdır.

8. Sonuç

İş sözleşmesinin devri, sözleşmede işveren tarafının değişmesini ve sözleşmenin sürekliliğini sağlayan bir işlemdir. Kural olarak sözleşme devri, sözleşmenin feshine kıyasla işçinin lehine olmakla birlikte ağır bir sonuçtur. İşçinin sözleşme devri ve farklı adlarla gerçekleşen işveren değişikliklerinde haklarının korunması sağlanmalıdır. Bu konuda ilk problem, sözleşme devrinde devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Bu hususta öncelikle borçlar hukuku esaslarının uygulanması ancak bu esasların işyeri devrine dair İK 6 ve 1475 sayılı İK 14 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile tamamlanması zorunludur. Sözleşme devrinin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda otomatik olarak örtülü bir sözleşme devrinin gerçekleştiği kabul edilmemelidir. Geçici iş ilişkisinin yasal süresinin aşılması halinde de kural olarak bir sözleşme devrinin gerçekleştiği kabul edilmemeli, ödünç alan işveren ile de bir iş sözleşmesi kurulduğu veya bu işverenin de iş sözleşmesine dâhil olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin örtülü olarak devri halinde ise işçinin örtülü rızası kanıtlanmalı, aksi takdirde yine devralan işverenin de sözleşmeye katıldığı kabul edilmelidir. İşverenin sözleşmeyi devretme hakkının işçiden önceden alınan rızası ile saklı tutulması, bazı sınırlamalara tabi tutulmakla birlikte kural olarak geçerlidir. Sözleşmenin belirli bir süre ile sınırlı olarak devri, devreden ile olan iş sözleşmesinin askıya alınması ve devralan ile belirli süreli bir sözleşme kurulması şeklinde gerçekleşebilir. İşçinin bir holding şirketinde sözleşmesi feshedilip başka bir holding şirketinde ara vermeden çalışmasını sürdürmesi durumunda ise asıl işlemin sözleşme devri olduğu kabul edilmelidir.

K a y n a k l a r

- Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2008 (Şerh).
- Akyiğit**, Ercan: Karar İncelemesi, Tühis, Kasım 2001, 40.
- Alpagut**, Gülsevil, Ferdi İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, 87.
- Arslanoğlu**, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD, S. 10, 543.
- Ayrancı**, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003.
- Çankaya**, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006.
- Demir**, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, 58.
- Ekonomi**, Münir/Eyrenci, Öner: Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, 1199-1223.
- Engin**, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993 (İşveren).
- Engin**, Ödünç İş İlişkisi, İHD Cilt I, 335, 353 (Ödünç İş İlişkisi).
- Güzel**, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987.
- Güzel**, Ali: Yargıtay'ın Bireysel İş İlişkisinin Kurulmasına Dair 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Değerlendirme).
- Heiz**, Roman: Das Arbeitsverhaeltnis im Konzern, Wallisellen, 2004.
- Henssler**, Martin: Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin, 1983.
- Kreil**, Linda: Arbeitsverhaeltnisse im Konzern, Wien, 1996.
- Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987.
- Odaman**, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Geçici İş İlişkisi, İstanbul, 2007, 247.

Preis, Ulrich: Der Arbeitsvertrag, Köln, 2002.

Rehbinder, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern, 2002.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008.

Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989.

Şahlanan, Fevzi: Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, 24 Ocak 2007,
<http://www.tekstilisveren.org/content/view/444/48/>

Vischer, Frank: Teilband 3, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht (Traité de droit privé suisse) 7. Band, 1. Halbband, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhaeltnisse, Hrsg. von Wolfgang Wiegand, Basel.

Windbichler, Christine: Arbeitsrecht im Konzern, München, 1989.