

^HİŞYERİNİN VEYA BİR BÖLÜMÜNÜN DEVRİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

*Prof. Dr. Ali GÜZEL**

*Arş. Gör. Deniz UGAN ÇATALKAYA***

I. GİRİŞ

İş ilişkisinin temel özelliği, işçinin işverene bağımlı olarak çalışmasıdır. İş ilişkisinin bu özelliği ve tarafları arasında tam bir eşitliğin bulunmayışı söz konusu hukuki ilişkinin temelini oluşturan iş sözleşmesini diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden ayırmaktadır. İşçinin, işverene hukuki açıdan bağımlılığı, onun emir ve talimatları altında iş görme edimini ifa etmesi, salt ücret geliriyle geçimini sağlaması nedeniyle, işveren tarafından kendisine sağlanan söz konusu işe ihtiyaç duyması; kısacası sözleşmenin diğer tarafı olan işveren karşısında eşit bir konumda olmaması; tarihsel gelişim içinde, iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçinin korunması amacını taşıyan, bu doğrultuda asgari koruma sağlayan emredici normları getiren iş hukukunun doğmasını sağlamıştır. Söz konusu korumanın, bağımlı çalışmanın etkilerini hafifletme, ekonomik bağımlılığın ise sınırlarını çizme işlevi olduğu söylenebilecektir¹. Çağdaş iş hukukunda, böylece işçinin haklarını ve kişiliğini tanıma ve koruma, mutlak irade serbestisine dayanan kuralları köklü değişikliklere

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

¹ **Peskine, E./Wolmark, C.**, Droit du travail 2013, 7^e édition, Dalloz, Paris 2013, 10.

uğratarak iş ilişkisinde sürekliliği sağlama düşüncesi hakim olmuştur². İş ilişkisinin varlığını koruyarak işçinin işini güvence altına almak³ ve hatta söz konusu iş ilişkisinin koşullarının da işçi aleyhine değişmemesini sağlayarak, işçiye hem iş, hem de içerik güvencesi tanımak⁴, çağdaş iş hukukunun en önemli amaçları arasında yer almaktadır. Zira iş ilişkisinin temelinde, bağımlı çalışma karşılığında, korunma ve güvenceye sahip olabilme düşüncesi yatmaktadır⁵.

Belirtelim ki, çağdaş iş hukukunun oluşumunun temelinde, devletin iş ilişkilerine yasalarla müdahale ederek asgari normları oluşturmasının yanında, işçilerin ve işverenlerin aralarında birleşerek kendi mesleki örgütlerini kurmaları ve bu sayede işçilerin çalışma koşulları açısından işveren ile pazarlık gücüne erişmeleri de yatmaktadır⁶. Bunun kuşkusuz en önemli sonucu, işçi ve işveren taraflarının karşılıklı anlaşarak, aralarındaki ilişkiyi düzenleyecek olan kuralları serbestçe kararlaştırabilmeleri; dolayısıyla toplu iş sözleşmesi özerkliğidir⁷. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi, emek ile sermaye arasında ekonomik bir denge kurma aracı olup; toplu iş sözleşmeleriyle, işçilere, kanunların ve iş sözleşmelerinin üzerinde haklar sağlanmaktadır⁸.

Bu yönüyle, işçilere sağlanan hakların önemli bir kaynağını oluşturan toplu iş sözleşmesinin de, bireysel iş sözleşmelerinde olduğu gibi, iş ilişkisinin sürekliliğini sarsabilecek etkenlerden korunması büyük önem taşımak-

² Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Bası, Beta, İstanbul 2012, 5; Güzel, A., İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987, 2-3.

³ Güzel, 3.

⁴ Alp, M., İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara 2005, 23 vd.

⁵ Peskine/Wolmark, 10.

⁶ Çelik, 5; Süzek, S., İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta, İstanbul 2012, 9; Verdier, J-M./Couret, A./Souriac, M-A., Droit du travail, Volume 1 Rapports collectifs, 16^e édition, Dalloz, Paris 2011, 48 vd.; Peskine/Wolmark, 457 vd.

⁷ Çelik, 521 vd.; Sur, M., Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, 35 vd.; Şahlanan, F., Toplu İş Sözleşmesi, Acar Matbaacılık, İstanbul 1992, 3 vd.; Tuğ, A., Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Minpa Matbaacılık, Ankara 1996, 57 vd.; Tuncay, A. C., Toplu İş Hukuku, 2. Bası, Beta, İstanbul 2010, 132 vd.; Engin, M., Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999, 133 vd.

⁸ Güzel, 406; Peskine/Wolmark, 52; Verdier/Couret/Souriac, Rapports collectifs, 202 vd.

tadır. Zira, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla taşıyan; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içeren toplu iş sözleşmesi, özellikle ücret, ücret zamları, fazla çalışma ücreti, ek ödemeler, sosyal yardımlar, çalışma süreleri ve izinler gibi esaslı çalışma koşullarını düzenlemektedir. Bu nedenle, çağdaş iş hukukunun, iş güvencesini sağlama kaygısı sonucu, bireysel iş sözleşmelerinin ve içeriğinin korunması ile yetinilemeyecek; toplu iş sözleşmelerinin de, işveren tarafının değişmesi olgusundan etkilenmesinin önüne geçmek; işveren değişikliğine rağmen yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden kaynağını alan çalışma koşullarından işçilerin yararlanmaya devam etmesini sağlamak gerekecektir. Nitekim, işverenlik sıfatındaki hukuki değişikliklerin iş sözleşmelerini etkilemeyeceği yönündeki ilkenin anlam ifade edebilmesi, önemli ölçüde, toplu iş sözleşmesiyle elde edilen hakların da sürekliliğini korumasına bağlıdır⁹.

Çalışmamızda, Türk Hukuku, AB Yönergeleri ve buna bağlı olarak AB üye devletlerinde, işyeri devri sonucunda işverenin değişmesine karşın, devre konu işyeri ya da bir bölümünde yer alan kolektif düzenin korunması amacıyla getirilen düzenlemeler ele alınacak olup, özellikle 6356 s. Yasanın m.38 hükmünün, önceki dönemde var olan sorunlara cevap verir nitelikte olup olmadığı ve AB normlarına uyumu konusu değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu konuda, öncelikle, mevzuatın izlediği gelişim üzerinde durmak; bir toplu sözleşme düzeni içinde yer alan işyeri ya da bir bölümünün devre konu olmasından ne anlaşılması gerektiğini; diğer bir ifadeyle işyeri ve işyerinin bir bölümü ile devir kavramlarının kapsamını ele almak yerinde olacaktır.

II. İŞYERİNİN DEVRİNE RAĞMEN BİREYSEL VE TOPLU İŞ İLİŞKİLERİNİN SÜREKLİLİĞİNİ KORUMA: KLASİK HUKUK İLKELERİNDEN UZAKLAŞMA...

1. Genel Olarak

Taraflar arasındaki, sürekli edimli ve karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme niteliğindeki iş sözleşmesinin devamlılığına etki edebilecek, tarafları ilgilendiren ya da dıştan gelen sayısız etken olabileceğinden, iş ilişkisinin

⁹ Güzel, 407.

sürekliliğini sağlama adına, çeşitli iş hukuku kuralları geliştirilmiştir. İşverenin değişmesine neden olan işyerinin devredilmesi olgusu ise, iş güvencesini tehlikeye sokabilecek nedenlerin başında gelmektedir. Borçlar hukukunda kural, sözleşmenin yalnızca tarafları açısından borç doğurması, yani sözleşmelerin nisbiliği ilkesi¹⁰ olmakla birlikte; bu ilkenin işyeri devri nedeniyle işverenin değişmesi durumunda da uygulama alanı bulması, iş hukukunun yukarıda belirtilen iş güvencesi sağlama işlevini yerine getirememesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, işçinin iradesi dışında bir etkenin onun işini kaybetmesine neden olmaması için, işverenin işverenlik sıfatındaki değişikliklere rağmen işçilerin işlerini korumaya yönelik olarak iş hukukunda, borçlar hukukunun klasik çerçevesi dışında çözümler üretilmiştir¹¹.

2. Klasik Hukuk İlkelerinden Özgün Hukuki Düzenlemelere...

Bu konudaki en kapsamlı düzenlemeye örnek, Avrupa Birliği'nin 14 Şubat 1977 tarihli, İşletmelerin, İşyerlerinin veya Bunların Bir Bölümünün Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 77/187¹² sayılı Yönergesidir. Belirtelim ki, bu Yönergede 29 Haziran 1998 tarihli 98/50¹³ sayılı Yönerge ile değişiklik yapılmasının ardından, 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23¹⁴ sayılı Yönerge, 77/187 ve 98/50 sayılı Yönergeleri tek bir metinde bir araya getirmiştir¹⁵. Bu Yönergede, işletmelerin, işyerlerinin veya işyeri ya da işletmelerin bölümlerinin devri halinde, işçilerin haklarının korunması amacıyla sözleşmenin nisbiliği ilkesine getirilen istisna dikkat çekicidir.

¹⁰ **Oğuzman**, M. K./**Öz**, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 21-23, 28; **Güzel**, 205 vd.

¹¹ **Güzel**, 7.

¹² *JO L 61*, 5.3.1977.

¹³ *JO L 201*, 17.7.1998.

¹⁴ *JO L 82*, 22.3.2001.

¹⁵ **Teyssié**, B., *Droit européen du travail*, 4^e édition, Litec, Paris 2010, 252 vd.; **Rodière**, P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris 2008, 382; **Hennion**, S./**Le Barbier-Le Bris**, M./**Del Sol**, M., *Droit social européen et international*, Puf, Paris 2010, 423 vd.; **Wylér**, R., *Droit du travail*, Deuxième édition revue et complétée, Stämpfli Editions, Berne 2008, 386.

Gerçekten, 2001/23 sayılı Yönergenin m.3/1 hükmüne göre, devir anında mevcut iş ilişkileri veya iş sözleşmelerinden devreden işveren açısından doğan hak ve borçlar, devir halinde, devralan işverene geçecektir. Yönergenin getirdiği koruma, bireysel iş ilişkileri ile sınırlı kalmamaktadır. İşyerinin veya bir bölümünün devri durumunda, iş güvencesinin sağlanması için, toplu iş sözleşmesi ile getirilen çalışma koşullarının da devre rağmen değişmemesi yönündeki 2001/23 sayılı Yönerge m.3/3 hükmüne göre, devralan işveren, toplu iş sözleşmesinin feshedildiği veya süresinin sona erdiği tarihe kadar ya da bir diğer toplu iş sözleşmesinin yürürlük veya uygulama başlangıcı tarihine kadar, devreden işveren açısından toplu iş sözleşmesinde öngörülen çalışma koşullarını, devirden sonra korumakla yükümlüdür¹⁶. Yönerge, bu konuda üye devletlere, bu süreyi en az bir yıl ile sınırlama olanağı getirmiş bulunmaktadır.

Fransız Hukukunda ise, özellikle, miras, satış, birleşme, tür değiştirme ve işletmenin şirketleşmesi gibi nedenlerle işverenin hukuki durumunda değişiklik meydana gelmesi durumunda, söz konusu değişiklik anında mevcut olan iş sözleşmelerinin, yeni işveren ile işçiler arasında varlığını koruyacağı öngörülmektedir (m. L.1224-1 Code du Travail)¹⁷. 13 Temmuz 1971 tarihli Yasaya kadar, işyerinin devredilmesi durumunda yalnızca bireysel iş ilişkilerinin korunması açısından pozitif düzenlemeye sahip olan Fransız Hukukunda, 1971'den itibaren, İş Kodunun L. 2261-14 maddesiyle, belli bir işyerinde, birleşme, devralma, bölünme veya faaliyet değişikliği halinde, yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin, yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesine kadar ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmazsa 1 yıl süreyle uygulanmaya devam edeceği öngörülmüştür¹⁸.

2001/23 sayılı Yönergeye paralel biçimde iç hukuk düzenlemesi getiren İsviçre de, Borçlar Kanununun m.333/1 hükmünde, işyerinin veya bir

¹⁶ **Rodière**, 396; **Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol**, 440.

¹⁷ **Pélissier**, J./**Auzero**, G./**Dockès**, E., *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris 2013, 337 vd.; **Peskine/Wolmark**, 305 vd.; **Verdier**, J-M./**Coeuret**, A./**Souriac**, M-A., *Droit du travail*, Volume 2 *Rapports individuels*, 16^e édition, Dalloz, Paris 2011, 140 vd.; **Lokiec**, P., *Droit du travail*, Tome I *Les relations individuelles de travail*, Puf, Paris 2011, 206 vd.

¹⁸ **Pélissier/Auzero/Dockès**, 1366-1367; **Verdier/Coeuret/Souriac**, *Rapports individuels*, 148.

bölümünün, işveren tarafından bir üçüncü kişiye devri halinde, işçinin itiraz etmemesi koşuluyla, iş sözleşmelerinin, devir anındaki tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçeceğini öngörmüştür. Ayrıca, Yönergenin, üye devletlere tanıdığı takdir yetkisine benzer biçimde, devralan işverenin toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları ile, sözleşmenin süresinin sonuna dek ya da feshedildiği tarihe kadar bağlı olduğunu ancak bu sürenin en fazla bir yıl olacağını, Borçlar Kanununun m. 333/§1^{bis} hükmü ile düzenlemiştir¹⁹.

Alman Hukukunda da, işyeri devrini düzenleyen ve bir işyerinin işverenin cüzi intikal suretiyle değiştiği her durumda uygulanan §613a BGB hükmünde de, devirle birlikte, iş ilişkisinin devralan işverene, tarafların bu yönde herhangi bir hukuki işlem yapmalarına gerek olmaksızın geçeceği düzenlenmiştir²⁰. Toplu iş sözleşmesinin devirden ne şekilde etkileceği noktasında ise, aynı hüküm, toplu sözleşme normlarının normatif, doğrudan ve zorlayıcı etkilerini kaybederek, iş sözleşmesinin bir parçası haline geleceğini ancak bu hükümlerin bir yıl süresince işçi aleyhine değiştirilmesinin mümkün olmadığını öngörmektedir²¹.

1475 s. Yasa döneminde, devir neticesinde işverenin değişmesi halinde, işçilerin iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamına ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşın, iş mevzuatımızın, konuya tamamen yabancı olduğunu söylemek de yerinde olmayacaktır²². Özellikle, işveren değişikliğine rağmen, işçinin kıdem süresinin bir bütün olarak hesaplanmasına ilişkin 1475 s. Yasa m.14 hükmü; işyerinin el değiştirmesinden, işçilerin yıllık ücretli izin haklarının etkilenmeyeceğini düzenleyen m.53 hükmü; Deniz İş Kanununun, geminin mülkiyetinin kısmen ya da tamamen başka bir şahsa geçmesinin, iş sözleşmesini fesih nedeni olamayacağını öngören m.19 düzenlemesi, bunun önemli örneklerini teşkil etmektedir. 275 s. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 5. maddesi ise, açıkça işverenin değişmesinin, toplu iş sözleşmesinin infisahını gerektirmeyeceğini düzenle-

¹⁹ Wyler, 393.

²⁰ Ayrıntı için bkz. Özkaraç, E., İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2008, 137 vd.

²¹ Doğan Yenisey, K., İş Hukukunda İşyeri ve İşletme -Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme-, Legal, İstanbul 2007, 359.

²² Güzel, 248; Alpagut, 20.

yerek bir adım daha ileri gitmiş olmasına karşın; 4857 s. Yasa m.6 hükmüne dek, mevzuatımızda, devir durumunda bireysel iş ilişkilerinin devamlılığını sağlayan özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Borçlar Kanunu m.179/180 kapsamında işyerinin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınmasında da, devralan işverenin iş sözleşmelerine taraf olmasının öngörülmemesi ve açık ya da örtülü irade beyanına bağlı olması, devir halinde iş güvencesinin yeteri kadar sağlanamadığının bir göstergesidir. Bu sonucun, çağdaş iş hukukunun amaç ve ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır²³. Hukukumuzdaki bu temel eksikliğin giderilmesi gereği, ekonomik koşullar nedeniyle işyeri devirlerinin artması sonucu ve AB normlarına uyum sağlanması ihtiyacı kapsamında daha da belirgin hale gelmiştir. Nitekim, işyeri veya bir bölümünün, hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceğini öngören 4857 s. Yasa m.6 hükmü, AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesinin esasları dikkate alınarak kaleme alınmış ve yasalaşmış olmakla, mevzuatımızdaki boşluğu gidermiştir. Böylece bu düzenleme ile bireysel iş sözleşmelerinin sürekliliğinin sağlanması, işyerinin ya da bir bölümünün devri durumunda iş sözleşmesinin varlığının ve içeriğinin korunması, pozitif bir temele dayandırılmış bulunmaktadır²⁴.

Devir durumunda toplu iş ilişkilerinin akıbetine ilişkin olarak ise, günümüze dek, hukukumuz açısından öngörülen tek pozitif düzenlemenin, yürürlükten kaldırılmış olan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 8. maddesi hükmünün olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin işyerinde istikrarı sağlama amacına ilişkin önemli bir esası ortaya koyan ve bireysel iş sözleşmelerine paralel olarak toplu iş sözleşmesinin de sürekliliğini öngören²⁵ bu hükme göre, toplu iş sözleşme-

²³ **Güzel**, 280.

²⁴ Bu konuda pozitif düzenlemeye olan ihtiyaç ve İK m.6 hükmü hakkında bkz. **Güzel**, 1 vd.; **Özkaraca**, 42 vd.; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 174 vd.; **Alpagut**, G., İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul 2010 5 vd.; **Çankaya**, O. G./**Çil**, Ş., İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2009, 375 vd.

²⁵ **Ekonomi**, M., "İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 331-332; **Çelik**, 612; **Güzel**, 307;

sine taraf olan sendikanın feshi veya infisahı yahut faaliyetten men edilmiş olması veyahut yetkisini kaybetmiş olması, toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği gibi; toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi de toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Hükümde yer verilen “işverenin değişmesi” ifadesinin, öğretide, geniş bir anlam taşıdığı belirtilerek; toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu işyerinin işverenin ölümü, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bir ortaklığın bir diğerine katılması ve işyerinin devri gibi hallerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ortaya konmuştur²⁶. Dolayısıyla, 4857 s. İş Kanunu m.6 hükmü kapsamında işyerinin devredilmesi durumu da, bu çerçevede 2822 s. Yasa m.8 anlamında bir işveren değişikliği olarak düşünülmüş; işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin, devirle birlikte sona ermeyeceği ve devralan işverenin, toplu iş sözleşmesinin tarafı haline gelerek, bundan doğan borçlardan sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Söz konusu durum, işyeri toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu bir işyerinin ya da grup toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan bir işyerinin; devre konu işyerinin bulunduğu işkolunda herhangi bir toplu iş sözleşmesine taraf olmayan bir işveren tarafından devralınması ihtimalinde herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak, devralınan işyerinin bir işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunması ya da devralan işverenin, devre konu işyerinin girdiği işkolunda bir toplu iş sözleşmesine taraf olması durumu ise, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte kalıp kalmayacağına ilişkin olarak veya devralınan işyerinin, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin kapsamına girip girmeyeceği hususunda önemli hukuki sorunlara neden olmaktadır. Belirtmek gerekir ki, 2822 s. Yasa döneminde bu konuyu çözüme kavuşturacak bir pozitif düzenlemenin yokluğu, bu konuda öğretide farklı görüşlerin ve yargı içtihadının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Şahlanan, F., “İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, *Tühis*, Kasım 2000-Şubat 2001, 20; **Çankaya/Çil**, 394; **Aykan**, Ö.Y., “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Kazanılmış Haklarının Korunması”, *Legal İHSGHD*, 2006/12, 1273-1274; **Sönmez Tatar**, G., *İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi*, Hermes Ofset, Ankara 2011, 123.

²⁶ **Güzel**, 410; **Çelik**, 612; **Şahlanan**, *Toplu İş Sözleşmesi*, 195; **Doğan Yenisey**, *İşyeri ve İşletme*, 350.

İşte 7.11.2012 tarihinde yürürlüğe girerek, 2821 ve 2822 s. Yasaları yürürlükten kaldırmış bulunan 6356 s. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 38. madde hükmü, bu konuda kapsamlı bir düzenleme getirmiş; öteden beri tartışmalı olan, işyerinin veya bir bölümünün devrinin toplu iş sözleşmesine etkisi hususunu değişik ihtimaller çerçevesinde düzenlemiş; beraberinde yeni tartışmalar getirmekten de uzak kalmamıştır.

İşverenin aldığı devir kararının, işçilerin işini ve çalışma koşullarını etkilememesi amacıyla devralan işverenin, devir anında işyerinde mevcut bireysel iş sözleşmelerine kendiliğinden taraf olması, işçilere belli ölçüde koruma sağlarken; devir öncesi işyerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan kolektif düzenin korunması ya da devralan işverenin sahip olduğu kolektif düzene dahil olunabilmesi ise bu korumayı tamamlayan kilit unsurdur. Bu konuda getirilen düzenlemenin amacı ve sonuçlarının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle işyerindeki kolektif düzenin de tarafı olan işverenin değişmesi sonucunu doğuran devir kavramının ortaya konulması gerekmektedir.

III. BİREYSEL VE TOPLU İŞ İLİŞKİLERİNİN SÜREKLİLİĞİNİ ETKİLEYEN DEVRİN KONUSU: İŞYERİ VEYA İŞYERİNİN BİR BÖLÜMÜ

1. Genel Olarak

İşyerinin ya da bir bölümünün devrinin, işyerinde mevcut iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmesine olan etkisi tartışılmadan önce, bu anlamda devir işleminin ve devre konu olacak birim olan işyeri ya da bir bölümünün ne ifade ettiğinin tespit edilmesi önem taşımaktadır. Özellikle, bir işyerinin bütün olarak devrinde, bu tespitin yapılması sorun teşkil etmezken; işyerinin unsurlarından bazılarının devri halinde, işyeri ya da bir bölümünün devredilip devredilmediği hususunda, açıklığa kavuşturulması gereken bazı sorunlarla karşılaşılabilir²⁷. Sorunun çözümünde, 4857 sayılı İş Kanunumuzun 6. maddesinin de kaleme alınmasında yararlanılan AB 2001/23 sayılı Yönergesi ve Adalet Divanı'nın içtihadı, yol gösterici niteliği sebebiyle önem arz etmektedir. Gerçekten, AB üye devlet mevzuatlarının

²⁷ **Peskine/Wolmark**, 306; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 174; **Alpagut**, 30.

uyumlaştırılması kapsamında, 77/187 ve 98/50 sayılı Yönergeleri tek bir yönergede birleştiren, 2001/23 sayılı Yönerge, işletmelerin, işyerlerinin devri veya işyeri ya da işletmelerin bölümlerinin devri halinde işçilerin haklarının korunmasına ilişkin bulunmaktadır²⁸. Yönergenin, birinci maddesinin 1/a bendinde, bu Yönergenin uygulama alanı, sözleşmesel bir devir ya da birleşme neticesinde, işyeri veya işletmenin, yahut işyerinin veya işletmenin bölümünün bir başka işverene devri biçiminde düzenlenmiş olmakla birlikte; işyeri, işletme ve işyeri veya işletme bölümü gibi kavramları tanımlama yolu tercih edilmemiştir. Ancak aynı maddenin 1/b bendi, devir kavramını tanımlamış; bu yolla bu Yönerge anlamında bir devrin ne zaman söz konusu olacağını ve iş ilişkilerinin korunması gerekliliğinin hangi halde ortaya çıkacağını açıklığa kavuşturmuştur. Gerçekten 2001/23 sayılı Yönergenin m.1/1,b hükmüne göre, "... Bu Yönerge anlamında devir, asıl ya da yardımcı nitelikte bir ekonomik faaliyetin takibi için gerekli unsurların örgütlendiği bir bütün teşkil eden ve kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devridir".

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, Avrupa Birliği düzenlemelerinde, işyeri, işletme ya da bunların bir bölümünün devrinden bahsedilirken, tanım getirilmekten kaçınılmasına karşın; devir açısından önem taşıyan husus, **kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devredilmiş olmasıdır**²⁹.

2. Devre Konu Olabilecek Birim

a. Yasal Düzenleme

4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi, işyeri veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi durumunda, devir

²⁸ Ayrıntı için bkz. **Teysié**, 252 vd.; **Rodiére**, 382 vd.

²⁹ Ayrıntı için bkz. **Teysié**, 255 vd.; **Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol**, 433 vd.; **Péllissier/Auzero/Dockès**, 340 vd.; **Peskine/Wolmark**, 307 vd.; **Verdier/Coeuret/Souriac**, Rapports individuels, 145-146; **Rodiére**, 384 vd.; **Mazeaud**, A., Droit du travail, 7^e édition, Montchrestien, Paris 2010, 518 vd.; **Wylér**, 386 vd.; **Süzek**, 203 vd.; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 218 vd.; **Doğan Yenisey**, K., "İşyerinin Devri Çerçevesinde 'İşyeri' ve 'İşyeri Bölümü' Kavramları", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Sempozyum - 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, 140 vd.; **Özkaraca**, 20-21; **Kılçoğlu**, M./**Şenocak**, K., İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Legal, İstanbul 2008, 183 vd.; **Alpagut**, 28 vd.

tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceğini öngörürken; devrin konusunu, işyeri veya işyerinin bir bölümü olarak belirlemiştir. İşyeri kavramı³⁰ ise, aynı Yasanın m.2/I hükmünde, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” biçiminde tanımlanmakta; maddenin ikinci fıkrasında, işverenin işyerinde ürettiği mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentilerin ve araçların da işyerinden sayılacağı belirtilmektedir. Buna ek olarak, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu vurgulanmaktadır.

Yasanın getirmiş olduğu bu düzenlemeler ışığında işyerinin, mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçiden oluşan bir birim olarak kabul edilmesinin yanında; tüm bu unsurların bir araya gelmesinin, işyeri kavramının ortaya konulması için yeterli olmadığı kabul edilmektedir³¹. Zira işverenin, bu unsurları, belirli teknik bir amaca ulaşmak için sürekli olarak bir araya getirmiş olması da aranmaktadır. O halde işyeri, teknik bir amaca yönelmiş olan bir organizasyon niteliğindedir³². İşyeri (*établissement*) kavramından çok işletme (*entreprise*) teriminin sıkça kullanıldığı Fransız Hukukunda ise, işyeri kavramının yasal bir tanımının yapılmasından kaçınılarak; bu kavramın, içinde değerlendirildiği koşullar kapsamında değişken, görece ve fonksiyonel olduğu vurgulanmaktadır³³. Böylece

³⁰ İşyeri kavramı için bkz. **Çelik**, 57 vd.; **Süzek**, 191 vd.; **Güzel**, 71 vd.; **Eyrenci**, Ö./**Taşkent**, S./**Ulucan**, D., Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Legal, İstanbul 2010, 45 vd.; **Tunçomağ**, K./**Centel**, T., İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul 2008, 63; **Mollamahmutoğlu**, H., İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, 214 vd.; **Taşkent**, S., “Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar ve Bazı Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 602 vd.; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 9 vd.; **Özkaraca**, 7 vd.

³¹ **Çelik**, 58; **Süzek**, 192; **Güzel**, 80; **Mollamahmutoğlu**, 217; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 24; **Özkaraca**, 10.

³² **Güzel**, 80.

³³ **Verdier/Coeuret/Souriac**, Rapports individuels, 339; **Peskine/Wolmark**, 590; **Mazeaud**, 73.

somut olaya uygulanan norm gereği, işyeri farklı yorumlanabilmektedir. Örneğin, işyeri kavramının kullanıldığı, işyeri iç yönetmeliği, işyeri işçi temsilciliği, işyeri sendika temsilciliği, işyerine bağlı olarak yetkili mahkemenin belirlenmesi gibi hususlarda, her defasında “işyeri”, ilgili yasal düzenlemenin amaçsal yorumu çerçevesinde, farklı kapsamda düşünülmektedir³⁴.

Belirtelim ki, işyeri kavramı yanında, işyerinin bir bölümü kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi de önem arz etmektedir. Zira, İş Kanununun 6. maddesi, işyeri veya bir bölümünün, hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi durumunun iş sözleşmelerine etkisini düzenlemekte ve işyeri devri ile işyeri bölümünün devrine aynı hukuki sonuçları bağlamaktadır³⁵. İşyerinin bir bütün olarak devrinde, söz konusu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddüt yaşanmamasına karşın; işyeri bölümünün devrinde, ne zaman bu hükmün devreye girmesini sağlayacak bir birim devredilmektedir sorunu ortaya çıkmaktadır. İşyeri bölümü, esasında işyerinin bir parçasını oluşturması nedeniyle, ayrı bir işyeri olarak nitelendirilemeyecek bir birimdir³⁶. Ancak, işyeri teknik amacının bir kısmını yerine getiren bu bölüm, söz konusu işlevini, ayrıldığı işyerinden bağımsız olarak da sürdürebildiğinde, devrin konusunu oluşturabilecektir. Nitekim öğretide, işyeri bölümü, işyerinin teknik amacının gerçekleştirilmesinde belirli bir işleve sahip olan, diğer bir ifadeyle kısmi bir teknik amacı bulunan ve bu fonksiyonunu, devredilmek suretiyle ayrıldığı işyerinden bağımsız olarak da sürdürebilen organizasyon birimi olarak tanımlanmaktadır³⁷. Dolayısıyla, işyeri bölümü, işyerinin teknik amacının kapsamında, mal veya hizmet üretiminin bir parçasını yerine getiren bir birim olmakla birlikte; aynı zamanda kendi içinde bütünsel bir tutarlılığa sahip, sınırları belirlenebilir bir kısmi organizasyon olma özelliğini taşımaktadır.

Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesi esas alınarak hazırlanan 4857 sayılı İş Kanunumuzun 6. maddesinde ifadesini bulan işyerinin veya bir bölümünün devrinde, işyeri ya da işyerinin bir bölümü kavramlarıyla

³⁴ Verdier/Coeuret/Souriac, Rapports individuels, 339; Peskine/Wolmark, 590.

³⁵ Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 240; Özkaraca, 16.

³⁶ Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 240.

³⁷ Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 241; Özkaraca, 17; Çankaya/Çil, 378.

ifade edilmek istenenin belirlenmesi, hükmün uygulama alanını tespitte temel bir rol taşıdığından; üye devlet hukuklarındaki terminolojik farklılıklara rağmen³⁸, Yönergenin yeknesak biçimde uygulanmasını ve bu sayede üye devlet hukuklarının uyumlaştırılmasını hedefleyen Avrupa Birliği Adalet Divanının bu konudaki yorumunun, uygulamaya yol gösterici niteliği unutulmamalı ve bu nedenle ülkemiz yasal düzenlemesinin yorumlanması açısından da dikkate alınmalıdır. Nitekim, her ne kadar İş Kanunumuzda işyeri kavramı, unsurlarıyla birlikte tanımlanmış olsa da; özellikle işyerinin bir bölümünün devrinde, devredilen birimin taşınması gereken nitelikler zaman zaman tartışmaya neden olabilmektedir.

b. Yasal Düzenlemenin Yorum ve Uygulanmasına Işık Tutan ATAD İçtihadı

Bilindiği gibi 2001/23 sayılı Yönerge, işletme, işyeri veya bunların bir bölümünün devri halinde iş sözleşmelerinin devamlılığını düzenlemekle birlikte, üye devlet hukuklarının arz ettiği farklılıkları da dikkate alarak, bu kavramları tanımlamamıştır. Ancak Yönergenin iç hukuklara aktarılması sonrasında üye devlet mahkemelerinin karşılaştığı uyuşmazlıklarda, söz konusu Yönerge anlamında, iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamını sağlayacak bir devrin mevcut olup olmadığı noktasında yaşanan tereddütler sonucunda, Adalet Divanı, bu konuda zamanla, yol gösterici bazı önemli kriterler belirlemiş bulunmaktadır.

Gerçekten, 2001/23 sayılı Yönergenin birinci maddesinin 1/a bendi, Yönergenin, sözleşmesel bir devir ya da birleşme sonucu, işletmenin, işyerinin veya bunların bir bölümünün bir diğer işverene intikali durumunda uygulama alanı bulacağını düzenlemiş ancak işyeri, işletme, işyerinin veya işletmenin bir bölümünden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmamıştır. Ancak Yönergenin uygulama alanını belirleyen bu hüküm, Adalet Divanının büyük önem arz eden içtihadını geliştirmesini sağlamış; Yönergenin uygulama alanının, hükümde kullanılan işyeri ve işletme gibi ifade-

³⁸ Yönergede ifade edilen, işyeri ve işletmenin bütünü ya da bir bölümü gibi kavramların, AB üye ülkelerinin mevzuatında da yeknesak olmadığı ve 2001/23 sayılı Yönergenin farklı dillerdeki metinlerinin dahi, devrin konusu olacak birimin ne olacağı konusunda kullanılan terimlerde farklılık arz ettiğine ilişkin olarak bkz. **Doğan Yenisey**, İşyeri Devri, 140 vd.; **Alpagut**, 29.

lerin ötesine taşınması sonucunu doğurmuştur³⁹. Gerçekten, Adalet Divanı, iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamını gerektiren devrin tespitinde, **ekonomik birlik** ölçütünü getirmiş; böylece, Yönergenin, **kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin** devri halinde uygulanmasını sağlamıştır. Diğer bir ifadeyle Divan, bu konuda başvurulması gereken soyut kurallar yaratmak yerine, ulusal mahkemelere yol gösterecek bir yöntem geliştirmeyi tercih etmiştir. Nitekim bu içtihat, Fransız İş Kodu m. 122-12/2 hükmüne dayanan Fransız Yargıtayı kararlarını da etkilemiştir⁴⁰. Önceleri, İş Kodu m.122-12/2 (şimdi L. 1224-1) hükmünün getirilmesindeki amacın, iş sözleşmelerinin devamlılığını sağlamak olduğu düşüncesinden hareketle, Fransız Yargıtayı, basit bir sonuca ulaşmaktaydı: İşçinin yapmakta olduğu işin, bir başka işverene devredildiği her durumda, iş sözleşmesi devam etmeliydi; bu durumda yapılan faaliyetin özellikleri veya devredilen organizasyonun üzerinde durulmasına ihtiyaç bulunmamaktaydı⁴¹. Ancak zamanla, söz konusu hükmün uygulama alanı kısıtlanmış ve Fransız Yargıtayı, işletmenin ya da bir bölümünün devrinden söz edilebilmesi için, devre konu birimin, *devirle birlikte kimliğini koruyabilen bir ekonomik birlik olması ve ayrıca burada yürütülen faaliyetin, devir sonrasında da sürdürülmesi* gerektiği yönünde kararlar vererek, Adalet Divanı kararlarına paralel bir içtihat geliştirmiştir⁴².

Adalet Divanının içtihadında esas aldığı “ekonomik birlik” kavramından anlaşılması gereken nedir? Esasında, Yönergenin ilk maddesinin 1/b bendinde, devrin tanımı yapılırken, ekonomik birlik kavramı, asıl ya da yardımcı nitelikte bir ekonomik faaliyetin takibi için gerekli unsurların örgütlendiği bir bütün olarak tanımlanmıştır. Divanın yerleşik içtihadına göre, söz konusu Yönerge anlamında bir devirden söz edilebilmesi için temel kriter, ekonomik birliğin, kimliğini devre rağmen korumasıdır. Bunun en önemli göstergesi ise, devralan işverence yürütülecek faaliyetlerin, *aynı ya da benzer nitelikte ekonomik faaliyetler* olmasıdır⁴³. Divanın bir başka kararında kullandığı bir diğer ifadeyle, birimdeki faaliyetin aynen sürdürülmesi

³⁹ Teyssié, 254; Rodière, 383; Pélissier/Auzero/Dockès, 338 vd.

⁴⁰ Teyssié, 254; Peskine/Wolmark, 306-307.

⁴¹ Peskine/Wolmark, 306.

⁴² Peskine/Wolmark, 307; Pélissier/Auzero/Dockès, 340-342; Lokiec, 208 vd.; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 177.

⁴³ ATAD, 18 Mart 1986, 24/85, *Spijkers*, para. 12, <http://eur-lex.europa.eu>

ya da tekrar başlatılması, kimliğin korunduğunun göstergesi sayılmalıdır⁴⁴. Adalet Divanının içtihadında, Yönergenin uygulanması sonucunu doğuran ekonomik birliğin kimliğini koruması durumunun tespitinde rol oynayan en temel kriter, devir öncesi ve sonrası yürütülen faaliyetin benzerlik derecesidir⁴⁵. Belirtelim ki, Fransız⁴⁶, Alman⁴⁷ ve İsviçre Hukukunda⁴⁸ devir açısından belirleyici nitelik taşıyan bu kriter, hukukumuza da yabancı değildir⁴⁹. Faaliyetin kesintiye uğramış olması ve bu kesintinin süresi de, ekonomik birliğin kimliğinin korunmasında bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira faaliyete belirli bir süre ara verilmesinin ardından, söz konusu ekonomik birlik, aynı teknik amaçla başka bir işveren tarafından işletilmeye başlarsa, Yönergenin bu durumda uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Öncelikle belirtilmelidir ki, devir anında işyerinin geçici olarak kapalı bulunması; *Ny Molle Kro* kararına konu uyuşmazlıkta olduğu gibi, mevsimlik faaliyet gösteren bir otelin sezon dışı dönemde kapalı olması, Yönerge anlamında bir devrin varlığına engel teşkil etmeyecektir⁵⁰. Konuya ilişkin Adalet Divanının, *Bork* kararına konu uyuşmazlıkta ise, Bork işletmesi, bir işyerini kiralamış; kiralayan işveren, kira sözleşmesinin sona ermesinin ardından bu işyerini bir diğer işverene

⁴⁴ ATAD, 19 Mayıs 1992, 29/91, *Stichting*, para. 23; aynı yönde, ATAD, 7 Mart 1996, 171/94 ve 172/94, *Merckx ve Neuhuys*, para. 16, <http://eur-lex.europa.eu>

⁴⁵ ATAD, 18 Mart 1986, 24/85, *Spijkers*, para. 12; ATAD, 19 Mayıs 1992, 29/91, *Stichting*, para. 23; ATAD, 14 Nisan 1994, 392/92, *Schmidt*, para. 17; ATAD, 7 Mart 1996, 171/94 ve 172/94, *Merckx ve Neuhuys*, para. 1.

⁴⁶ **Peskine/Wolmark**, 307; **Verdier/Coeuret/Souriac**, *Rapports individuels*, 144; **Mazeaud**, 522; **Pélissier/Auzero/Dockès**, 344 vd.; **Lokiec**, 211 vd.

⁴⁷ **Doğan Yenisey**, *İşyeri ve İşletme*, 195; **Özkaraca**, 33-37.

⁴⁸ **Wyler**, 398 vd.; **Brunner, C./Bühler, J.-M./Waeber, J.-B./Bruchez, C.**, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e édition mise à jour et complétée, Editions Réalités sociales, Lausanne 2010, 208.

⁴⁹ **Güzel**, 82 vd.; **Ekonomi**, *Kısmi Devir*, 341 vd.; **Şahlanan**, *İşyeri Devri*, 16; **Süzek**, 205; **Doğan Yenisey**, *İşyeri ve İşletme*, 212-214; **Kılıçoğlu/Şenocak**, 191-192. Ayrıca, Adalet Divanı içtihadında belirtilen kriterleri esas alan ve aynı faaliyetin sürdürülmesine ilişkin Yargıtay'ın bir kararı için bkz. Yarg. 9HD, 6.4.2009 t., 13501/9655, **Çil, Ş.**, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, 143.

⁵⁰ ATAD, 17 Aralık 1987, 287/86, *Ny Molle Kro*, para. 19-20, <http://eur-lex.europa.eu>

devretmiş; yeni işveren de kira sözleşmesinin sona ermesinden bir süre sonra, aynı faaliyete, o birimde çalışan eski işçilerin yarısından fazlası ile devam etmiştir⁵¹. Divan, somut olayın koşullarının, ekonomik birliğin kimliğinin korunup korunmaması yönünden değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, *Ny Molle Kro* kararına da atıf yaparak, aynı esasları tekrar etmiş ve somut olayda da, kira sözleşmesinin sona ermesinden, işyerinde yeniden faaliyete başlanmasına kadar kısa bir süre faaliyete ara verilmiş olmasına karşın Yönergenin uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir⁵².

Bunun yanında, Adalet Divanı, her somut olaydaki devir işleminin Yönerge kapsamına girip girmediğinin tespitinde, işletme ya da işyerinin türü; maddi unsurların devredilip edilmediği; devir anında var olan maddi olmayan unsurların değeri; işçilerin önemli bir bölümünün, müşteri çevresinin devredilip edilmediği; devir öncesi ve sonrası gerçekleştirilen faaliyetlerin benzerlik derecesi; faaliyetlerin askıya alınması durumunda bunun süresi gibi kriterlere başvurulması gerektiğinin altını çizmektedir⁵³. Ayrıca, bu kriterlerin her biri, bir bütün olarak değerlendirilmesi gereken somut olaydaki işlemin, Yönerge anlamında bir devir niteliği taşıdığına ilişkin kısmi işaretler olup; birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidirler⁵⁴. Ancak elbette, her somut olayda, bu kriterlerin tümünün gerçekleşmesi aranmayacaktır⁵⁵.

Divanın belirttiği kriterlerden, işyeri ya da işletmenin türü, işyerinin kimliğini kaybetmeksizin devri için gereken unsurların belirlenmesinde önem taşımaktadır. Gerçekten, *Merckx* kararına konu somut olayda olduğu gibi, maddi olan ve olmayan unsurların devredilmemiş olması, kimi zaman,

⁵¹ ATAD, 15 Haziran 1988, 101/87, *Bork*, <http://eur-lex.europa.eu>

⁵² ATAD, 15 Haziran 1988, 101/87, *Bork*, para. 20; Hukukumuzda da, faaliyete ara verilme süresinin uzunluğunun, işyeri devrinin tespitinde etkili olduğuna ilişkin olarak bkz. **Ekonomi**, Kısmi Devir, 342; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 216 vd.; **Özkaraca**, 37 vd.; **Alpagut**, 61 vd.

⁵³ ATAD, 18 Mart 1986, 24/85, *Spijkers*, para. 13; aynı yönde, ATAD, 19 Mayıs 1992, 29/91, *Stichting*, para. 24; ATAD, 7 Mart 1996, 171/94 ve 172/94, *Merckx* ve *Neuhuys*, para. 17.

⁵⁴ ATAD, 18 Mart 1986, 24/85, *Spijkers*, para. 9, 13.

⁵⁵ **Süzek**, 204; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 182; **Özkaraca**, 22-23; **Kılıçoğlu/Şenocak**, 184; **Alpagut**, 49.

somut olayın koşulları kapsamında, Yönergenin uygulama alanı bulmasına engel teşkil etmeyecektir⁵⁶. Zira işyerinde yürütülen faaliyetin niteliği - olayda bir otomobil firmasının, bölge mümessilliği- gereği, aktif malvarlığının devredilip devredilmemesi, ekonomik birliğin kimliğini korumasında etkili olmayabilir⁵⁷. Nitekim Divan, bu uyuşmazlıkta, malvarlığı devri olmaksızın, işçilerin bir kısmının yeni işverenle çalışmaya devam etmesini ve müşterilerin devrine ilişkin bir anlaşmayı, otomobil pazarlama faaliyeti açısından, işyeri devrinin varlığını ortaya koyabilecek bir kriter olarak dikkate almıştır.

Bununla birlikte, maddi unsurların devrinin de, kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devrine işaret edebilmesi mümkündür. Bir işyeri ya da işletmenin sadece maddi unsurlarının devri, işyeri devri için yeterli görülmemekle birlikte⁵⁸, bu kriter, Divan tarafından belirlenen kriterler arasında önemini korumaktadır. Adalet Divanı, bu konuda, işyerindeki faaliyetin taşıdığı teknik amacın gerçekleştirilmesinde esaslı rol oynayan, *esaslı unsur* ölçütünü geliştirmiş bulunmaktadır. Divan tarafından, *Abler* kararında, *Süzen*⁵⁹ kararına da atıf yapılarak, belirtildiği üzere, Yönerge anlamında işyeri devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde dikkate alınacak kriterlere atfedilecek önem, söz konusu işyerinde yürütülen faaliyet, işletme ve üretim yöntemlerine göre farklılık arz edecektir⁶⁰. Söz konusu faaliyet uyarınca, kimi zaman, maddi unsurların devrine gerek olmaksızın, iş gücü ya da müşteri çevresinin devri yeterli olabilecek iken; kimi zaman, faaliyetin icrasında esaslı sayılacak maddi unsurların devri, Yönergenin uygulanmasını sağlayabilecektir. Nitekim, *Abler* kararına konu somut olayda, bir hastanenin yemek hizmetlerini sunan firma ile sözleşmenin sona ermesi üzerine, bu işi üstlenen yeni firma; öncekinin herhangi bir maddi malvarlığını ya da işçilerini devralmamış olmasına karşın; Divan, hastanenin bu hizmetin

⁵⁶ ATAD, 7 Mart 1996, 171/94 ve 172/94, *Merckx ve Neuhuys*, para. 20-21; aynı yönde, Divan, *Stichting* kararında da, taşınır malların devredilmemiş olmasının, Yönergenin uygulanmasına engel olmayacağına karar vermiştir (ATAD, 19 Mayıs 1992, 29/91, *Stichting*, para. 29).

⁵⁷ ATAD, 7 Mart 1996, 171/94 ve 172/94, *Merckx ve Neuhuys*, para. 21.

⁵⁸ ATAD, 18 Mart 1986, 24/85, *Spijkers*, para. 12.

⁵⁹ ATAD, 11 Mart 1997, 13/95, *Süzen*, <http://eur-lex.europa.eu>

⁶⁰ ATAD, 20 Kasım 2003, 340/01, *Abler*, para. 35, <http://eur-lex.europa.eu>

sunulmasında önceki firmaya sağladığı su, enerji, sabit araç ve gereçler ile bulaşık makinalarının yeni firma tarafından da kullanılması durumunu, bir işyeri devrinin varlığı için yeterli görmüştür⁶¹. Divana göre, bu durumda, hastane personeli ve hastalara yemek hazırlanması ve dağıtılması açısından vazgeçilmez nitelikteki araç ve gereçler ile sabit teçhizatın devri, ekonomik birliğin devredilmiş sayılması için yeterlidir⁶². Divan ayrıca, işyeri devrinin varlığını kabul açısından, söz konusu esaslı araçların mülkiyeti devredilmeksizin, yeni işverenin kullanımına sunulmasını da yeterli görmektedir.

Ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığı noktasında etkili olan ve Divanın da içtihadına konu olan bir diğer kriter, iş gücünün devridir. Bu konuda Divanın, tartışmalara neden olan *Schmidt* kararında, bir işverenin, başka bir işveren tarafından işyerinde yürütülmekte olan faaliyetlerden sadece birini devralmasının işyerinin bir bölümünün devri niteliği taşıyıp taşımadığı ve devredilen işin daha önce sadece bir tek işçi tarafından yapılmakta olmasının bu niteliğin tespitinde etkili olup olmayacağı tartışılmıştır⁶³. Divana göre, Yönergenin taşıdığı amaç, işverenin değişmesi durumunda, işçilerin sahip olduğu hakların korunması olduğundan; işveren değişikliğini doğuran devir, işyerinin mülkiyetinin devrine neden olmasa ya da yeni işverene devredilen faaliyetin, işletme için tali bir önemi de olsa, Yönergenin uygulama alanı içinde kalmacaktır. Ayrıca, devir işleminden etkilenen işçi sayısı ya da bu işin daha önce kaç işçi ile görüldüğü hususu da Yönergenin uygulama alanı bulmasına etki etmeyecektir⁶⁴. Dolayısıyla, Yönergenin, işçilerin sahip oldukları hakların korunması yönündeki amacı da dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünün devrinden etkilenen tek bir işçi dahi olsa, Yönerge kapsamında, haklarının korunması gerekecektir.

İş gücü devrine ilişkin bir diğer önem taşıyan karar olan Süzen kararına konu uyuşmazlık, bir işyerinin temizlik işlerini üstlenen bir firma ile sözleşmenin sonlandırılmasının ardından, bu işi üstlenen ikinci firma, ilk firmaya ilişkin hiçbir maddi olan ya da olmayan unsur devralmamış olsa dahi, bu durumda Yönergenin uygulanmasını gerektiren bir işyeri devrinin

⁶¹ ATAD, 20 Kasım 2003, 340/01, *Abler*, para. 36.

⁶² ATAD, 20 Kasım 2003, 340/01, *Abler*, para. 36.

⁶³ ATAD, 14 Nisan 1994, 392/92, *Schmidt*, para. 9, <http://eur-lex.europa.eu>

⁶⁴ ATAD, 14 Nisan 1994, 392/92, *Schmidt*, para. 12, 14, 15.

söz konusu olup olmadığına ilişkin bulunmaktadır⁶⁵. Divan, bu soru karşısında, yine ekonomik birliğin devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğine, yani yeni işverence aynı ya da benzer faaliyetlerin sürdürülüp sürdürülmediğine bakılması gerektiğinden yola çıkarak; bu kez, ekonomik birliğin sadece bir faaliyet olarak anlaşılması gerektiğini, önceki ve sonraki işverenlerce yerine getirilen hizmetlerin benzerliğinin tek başına yeterli olmayacağını belirtmiş ve ekonomik birliğin kimliğinin, iş gücü, yönetim kadrosu, iş organizasyonu, işyeri metodları ve bazı hallerde işyeri araçları gibi unsurlardan oluştuğunu açıklamıştır⁶⁶.

Bu nedenle, sadece bir ihalenin başka bir işveren tarafından alınması, tek başına Yönerge anlamında bir işyeri devri sayılmayacaktır. Bununla birlikte, ihaleyi alan işveren, benzer faaliyeti yürütürken, bu faaliyetin icrasında önceki işverenin işçilerinin sayısı ve uzmanlık açısından önemli bir bölümünü de devralmışsa, bu durumda Yönergenin uygulanması söz konusu olabilecektir⁶⁷. Divana göre, bazı sektörlerde, maddi olan ya da olmayan unsurlar, bir ekonomik birliğin tespitinde, belirleyici olamayabilir, bu nedenle kimliğin korunması, bunların devrine bağlı değildir⁶⁸. Ancak iş gücüne dayalı bazı sektörlerde, ortak bir faaliyetin, sürekli olarak bir araya getirdiği bir işçi topluluğu, bir ekonomik birlik teşkil edebilecektir⁶⁹. Belirtmek gerekir ki, Adalet Divanı içtihadının bu yönü, halen Fransız Yargıtayı tarafından birebir benimsenebilmiş değildir; zira Fransız Hukukunda kimliğin korunmasında, faaliyetin sürdürülmesi için gerekli maddi olan veya olmayan unsurların devri koşulu aranmaktadır⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, bir faaliyetin esasen iş gücüne dayandığının ve yalnızca iş gücünün devri neticesinde, İş Kodu m. L.1224-1 anlamında bir işyeri devrinin var olduğunu kabul ancak çok istisnai hallerde mümkün olabilecektir⁷¹. Hukukumuz açısından ise, İş Kanunu m.2/I hükmünde işyerinin, işveren tarafından mal

⁶⁵ ATAD, 11 Mart 1997, 13/95, *Süzen*, para. 9.

⁶⁶ ATAD, 11 Mart 1997, 13/95, *Süzen*, para. 10, 13, 15.

⁶⁷ ATAD, 11 Mart 1997, 13/95, *Süzen*, para. 20.

⁶⁸ ATAD, 11 Mart 1997, 13/95, *Süzen*, para. 18.

⁶⁹ ATAD, 11 Mart 1997, 13/95, *Süzen*, para. 21.

⁷⁰ **Peskine/Wolmark**, 307.

⁷¹ **Pélissier/Auzero/Dockès**, 342.

veya hizmet üretmek amacıyla, maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin de birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanması neticesinde; iş gücünün devrinin işyeri devrinde belirleyici kriter olarak benimsenmesi ve Yargıtay tarafından, Divan içtihadına uygun kararlar verilebilmesi mümkün olabilmiştir⁷².

Sonuç olarak, ekonomik birlik, bir faaliyet olduğu kadar, bu faaliyetin gerçekleştirilmesinde kullanılan araçlardır⁷³. Bu araçlar, maddi olan veya olmayan unsurlardan oluşabilmektedir. Bunun da ötesinde, yürütülen faaliyetin bir hizmet olması ya da özellikle iş gücüne dayanması durumunda, maddi olan veya olmayan unsurların devri gerçekleşmeksizin, faaliyetin yürütülmesi için esaslı nitelik taşıyan iş gücünün de tek başına devri, ekonomik bir birliğin, kimliğini koruyarak devredildiği anlamına gelebilir⁷⁴. Ekonomik birliğin, devirle birlikte kimliğini korumaması ise, Yönergenin uygulanmasını dışlayacaktır⁷⁵.

Hukukumuz açısından da, İş Kanununun 6. maddesi kapsamında bir işyerinin ya da özellikle işyerinin bir bölümünün devri durumunda, ne zaman devredilmiş bir işyeri vardır sorusuna yanıt aranırken, Adalet Divanınca getirilen kriterler esas alınmalıdır. Dolayısıyla, 6. maddenin uygulamasında, devredilen işletme ya da işyerinin türüne göre, maddi unsurların ve özellikle -tüm maddi unsurların değil⁷⁶- işyerinin teknik amacının gerçekleşmesine hizmet eden esaslı maddi unsurların; işyeri devrinin göstergesi sayılabilecek, marka, patent, müşteri çevresi, ticaret unvanı gibi maddi olmayan unsurların⁷⁷; iş gücünün, üretimin esaslı unsuru olduğu durumlarda işçilerin devredilip devredilmediği hususu dikkate alınmalıdır. Ayrıca, devir sonrası, devre konu birimin teknik amacının korunması; Adalet Divanının ifadesiyle, aynı ya da benzer bir faaliyetin sürdürülmesi ölçütünden de, 6. maddenin uygulamasında temel ölçüt olarak yararlanılmalıdır.

⁷² Yarg. 9HD, 6.4.2009 t., 13501/9655, **Çil**, İlke Kararları 2011, 141-146.

⁷³ **Peskine/Wolmark**, 307; **Pélissier/Auzero/Dockès**, 341; **Rodièrre**, 385.

⁷⁴ ATAD, 24 Ocak 2002, 51/00, *Temco*, para. 25-26, <http://eur-lex.europa.eu>

⁷⁵ **Teyssié**, 256.

⁷⁶ **Ekonomi**, Kısmi Devir, 344.

⁷⁷ Gazete işyeri bakımından, marka, logo ve yayın imtiyaz hakları gibi maddi olmayan unsurların, devir açısından belirleyici olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 9HD, 19.1.2010 t., 42958/354, **Çil**, İlke Kararları 2011, 136-138.

IV. BİREYSEL VE TOPLU İŞ İLİŞKİLERİNİN SÜREKLİLİĞİNİ ETKİLEYEN HUKUKİ İŞLEM: İŞVERENİN DEĞİŞMESİ SONUCUNU DOĞURAN İŞYERİ DEVRİ

1. Genel Olarak

İş Kanunumuzun 6. maddesi, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçmesi sonucunu, işyeri veya bir bölümünün, “hukuki bir işleme dayalı olarak” devri durumuna bağlamıştır. Kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devri durumunda uygulama alanı bulacak olan 2001/23 sayılı Yönerge açısından, devre konu birimin hangi koşullarda kimliğini koruduğunun tespiti gibi, m.1/1,a bendinde ifade edilen “sözleşmesel bir devir ve birleşme”den ne anlaşılması gerektiğinin tespiti de, aynı şekilde Yönergenin uygulanması açısından açıklığa kavuşturulması gereken bir durum olup; önem arz etmektedir. Bu konudaki Adalet Divanı kararları, bizim yasal düzenlememizin yorumunda da etkili olacaktır.

2. 2001/23 Sayılı Yönerge: “Sözleşmesel Bir Devir ya da Birleşme”

Gerçekten, 2001/23 sayılı Yönergenin ilk maddesinin 1/a bendi, sözleşmesel bir devir ya da birleşme neticesinde işyeri veya işletmenin, yahut işyerinin veya işletmenin bölümünün bir başka işverene devri durumunda Yönergenin uygulanacağını öngörmüş olmasına karşın; Adalet Divanı, “sözleşmesel devir” kavramını esnek bir biçimde yorumlamaktadır⁷⁸. Nitekim, Yönergede yer verilen bu ifadenin, Yönergenin farklı dillerdeki versiyonlarında değişik anlamlara gelişi, Divanı bu konuda hükmün lafzından çok, amacından hareket ederek karar vermeye itmiştir⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, hükümde yer verilen “sözleşmesel” (*conventionnelle*) ifadesi ve devreden ile devralan işveren arasında bu tip bir hukuki bağ aranması koşulu, Divanın *Dady’s Dance Hall*⁸⁰ kararında, hafifletilmiştir. Bu karara konu uyumsuzlukta, bir işyerinin restoranını hasılat kirası ile işletmekte olan bir işveren ile bu sözleşmenin sona ermesinden itibaren, ikinci bir işverenle

⁷⁸ Teyssié, 258; Rodière, 389; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, 426.

⁷⁹ ATAD, 7 Şubat 1985, 135/83, *Abels*, para. 11-13, <http://eur-lex.europa.eu>

⁸⁰ ATAD, 10 Şubat 1988, 324/86, *Dady’s Dance Hall*, <http://eur-lex.europa.eu>

hasılat kirası sözleşmesi yapılmış; yeni işveren, eski işverenin işçilerini iş olarak bu işi sürdürmüştür. Adalet Divanı, kararında, devre konu ekonomik birimin kimliğini koruması koşuluyla, birbirini takip eden işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmasa dahi Yönergenin uygulanacağına hükmetmiştir⁸¹. Aynı gerekçelerle, *Bork* kararında, kiralayan işverenin, kiracı işveren ile kira sözleşmesinin sona ermesinin ardından, söz konusu birimi bir başka işverene devretmesi durumunda, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, Yönerge kapsamında bir devir olduğuna karar verilmiştir⁸². Daha yeni tarihli bir diğer kararında ise Adalet Divanı, Yönergenin ilk maddesinin, açıkça, işverenler arasında doğrudan bir sözleşmesel bağ bulunmasa dahi Yönergenin uygulama alanı bulabileceği yönünde yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir⁸³. Önemle belirtelim ki, hukukumuzda da devreden ve devralan arasında doğrudan bir hukuki ilişki aranmamaktadır⁸⁴. Yargıtay uygulaması da, Adalet Divanı içtihatlarıyla aynı yönde olup⁸⁵; işçilerin korunması amacıyla, “hukuki bir işleme dayalı olarak” ya da “sözleşmesel” gibi kavramların, teknik anlamıyla ve dar yorumlanması yerine, sosyal gerçekleri kapsayacak biçimde geniş değerlendirilmesi nedeniyle modern iş hukukunun gereklerine de uygundur⁸⁶. O halde, işyeri devrine ilişkin normlar yorumlanırken, iş sözleşmelerinin devamını meşru kılacak bir ekonomik birliğin devrinin ne zaman söz konusu olduğu tespit edilmelidir⁸⁷. Zira, işyeri devrine ilişkin normların amacı, bu yerdeki iş sözleşmelerinin sürekliliğini sağlamaktır.

Aynı amaç doğrultusunda, Adalet Divanı, işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için, mülkiyet hakkının devrini aramamış, örneğin hasılat kirası sözleşmesi sonucu işverenin değişmesi durumunda da işçilerin Yönergenin

⁸¹ ATAD, 10 Şubat 1988, 324/86, *Dady's Dance Hall*, para. 10-11.

⁸² ATAD, 15 Haziran 1988, 101/87, *Bork*, para. 13-14.; ayrıntı için bkz. **Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol**, 426 vd.

⁸³ ATAD, 25 Ocak 2001, 172/99, *Liikenne Ab*, para. 44, <http://eur-lex.europa.eu>

⁸⁴ **Ekonomi**, Kısmi Devir, 347-348; **Şahlanan**, İşyeri Devri, 15.

⁸⁵ Yarg. 9HD, 25.09.2008 t., 2007/26304 E., 2008/24980 K.; Yarg. 9HD, 18.09.2008 t., 2007/26306 E., 2008/23980 K., Yarg. 9HD, 11.07.2008 t., 2007/23953 E., 2008/19878 K., **Çil**, İlke Kararları 2011, 149-152, 153-155, 157, 161.

⁸⁶ **Güzel**, 30.

⁸⁷ **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 251.

getireceği korumaya ihtiyaç duyacağını vurgulamıştır⁸⁸. Aynı husus, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: “... hukuki işlem sonucu, işyeri veya bölümünün bir satış sözleşmesinde olduğu üzere kesin ve sürekli biçimde devrinde olduğu gibi, bir kira sözleşmesine göre geçici ve süreli olarak başkasına devri halinde de uygulanabilecektir”.

Fransız İş Kodu'nun L.1224-1 maddesinde de özellikle, miras, satış, birleşme, tür değiştirme ve işletmenin şirketleşmesi gibi nedenlerle işverenin hukuki durumunda değişiklik meydana gelmesi durumunda, söz konusu değişiklik anında mevcut olan iş sözleşmelerinin, yeni işveren ile işçiler arasında varlığını koruyacağı öngörülmektedir. Hükümde, işverenin hukuki durumunda değişiklik yaratan bazı haller sayılmış olmasına karşın, “özellikle” ifadesinin kullanılmış olması, bunların sınırlı sayıda olmadığı ve bunlara benzer hallerde de, işverenin hukuki durumunun değişmesi durumunda, iş sözleşmelerinin devralan işverenle devam edeceğinin göstergesi sayılabilecektir⁸⁹. Hükümün lafzı, iş sözleşmelerinin devamının, sadece işverenler arasında hukuki bir bağ bulunması durumuna özgülenmiş olduğu izlenimini verse de, Fransız Yargıtayı, içtihadındaki değişkenlik gösteren gelişiminin ardından⁹⁰, Adalet Divanı içtihadına uygun olarak, hükmü

⁸⁸ ATAD, 17 Aralık 1987, 287/86, *Ny Molle Kro*, para. 12.

⁸⁹ **Pélissier/Auzero/Dockès**, 343; **Lokiec**, 208.

⁹⁰ Fransız İş Kodu m. L.1224-1 hükmünün temelini oluşturan 19 Temmuz 1928 tarihli Yasanın kabulünden sonra, 1934 yılından itibaren, Fransız Yargıtayı, hükmü geniş yorumlayarak, hükmün amacının, işçilerin iş sözleşmelerinin sürekliliğini korumak olduğunu dikkate almak suretiyle, işverenler arasında hiçbir hukuki bağ bulunmasa dahi, işveren değişikliğine rağmen işletmenin varlığını sürdürdüğü her halde, bu hükmün uygulama alanı bulacağına hükmetmekteydi (27 Şubat 1934 tarihli *Goupy* kararı). Ancak 1986 yılında, Yüksek Mahkeme, içtihadından dönerek, 12 Haziran 1986 tarihli *Dusquenne et Giral* kararında, devreden işverenle devralan arasında, doğrudan bir hukuki bağ aranacağına karar vermiştir. Bununla birlikte, bu yöndeki karara karşı verilen tepkiler ve Fransız Yargıtayının, hükmün yorumunda ATAD'ın kararlarında benimsediği bakış açısına aykırı bir sonuca varamayacak olması, içtihadında ikinci önemli değişikliğin gerçekleşmesine neden olmuştur. Bu değişiklikte birlikte, ATAD kararlarıyla uyumlu bir içtihat oluşturulmuştur. Ayrıntı için bkz. **Verdier/Couret/Souriac**, 142 vd.; **Lokiec**, 208.

genişletici bir yorumla değerlendirmektedir⁹¹. Buna göre, 1990 yılından bu yana yerleşik hale gelen Fransız Yargıtayı içtihadı uyarınca, kimliğini koruyan, aynı ya da benzer faaliyetin yeniden başlatıldığı veya sürdürüldüğü ekonomik bir birimin, işverenler arasında herhangi bir hukuki bağ bulunmaksızın gerçekleşen devri, İş Kodu m. L. 1224-1 hükmünün uygulanması sonucunu doğuracaktır⁹².

3. 4857 S. İş Yasası: “Hukuki Bir İşleme Dayalı Olarak” Yapılan Devir

İş Kanunumuzun 6. maddesi ise, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile devralana geçmesi sonucunu, işyeri veya bir bölümünün “hukuki bir işleme dayalı olarak” bir başkasına devredilmesi koşuluna bağlamış bulunmaktadır. İK m.6/son fıkra hükmü ile de, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri hali, bütünüyle bu madde kapsamı dışında bırakılmıştır. Öğretide, Yasada ifade edilen “hukuki bir işleme dayalı olarak” devir koşulunun, külli halefiyet veya kanundan doğan nedenlere dayananlar dışında, işveren değişikliği doğuran tüm işyeri devirlerini kapsayacak biçimde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁹³. Nitekim, 6. maddenin gerekçesinde, “Madde, gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras hükümlerine göre mirasçılara geçmesi ve buna göre sonuçlarını doğurması dışında ‘hukuki işleme dayalı olarak’ işyerinin ve bir bölümünün başka bir işverene geçtiği bütün halleri kapsar niteliktedir. Ancak işlemin özelliğine göre sonuçlarındaki farklılıklar maddede ayrıca ele alınmış ve istisnalar gösterilmiştir.” denilerek, hükmün, gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras yoluyla, külli halefiyet ilkesi uyarınca devri dışında, hukuki işleme dayalı olarak gerçekleşen tüm devirlerde uygulama alanı bulacağıın altı çizilmiştir⁹⁴.

⁹¹ Pélissier/Auzero/Dockès, 343.

⁹² Peskine/Wolmark, 307; Pélissier/Auzero/Dockès, 344; Verdier/Coeuret/Souriac, 143.

⁹³ Güzel, A., İşyeri Devrinin Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.1, S.1, 1996, 29; Özkaraca, 44; Alman Hukuku açısından da aynı değerlendirmenin yapıldığına ilişkin olarak ayrıca bkz. Özkaraca, 46 vd.; Alpagut, 44.

⁹⁴ Çelik, 62; Özkaraca, 44 vd.; Alpagut, 67; Kökkılınç Eraltuğ, A., “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku’nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması”, İş

Dolayısıyla, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, devredici tür değiştirmesi ve bölünmesi gibi külli halefiyet sonucu doğuran haller, hem maddede, hem gerekçesinde ayrı tutulan haller arasında sayılmamış olduğundan, bunların maddenin uygulama alanı dışında bırakılmadığı söylenebilecektir. İK m.6/IV hükmünde, tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağına öngörülmüş olması da bu sonucu destekler niteliktedir. Nitekim, külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu ve tüzel kişiliğin sona erdiği bu hallerde, birlikte sorumluluk esasının uygulanamaması, birleşme, katılma ve tür değiştirmenin doğasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu haller, bütünüyle hükmün kapsamından çıkarılmamış olduğundan, birlikte sorumluluk esasındaki fıkralar, ticaret ortaklıklarının birleşme, katılma ve tür değiştirmesinde de uygulanacaktır⁹⁵. Bu nedenle, İK m.6’da yer alan “hukuki işlemle devir” ifadesini, işverenin ölümü ile işyerinin mirasçılara geçmesi dışındaki tüm işveren değişikliği hallerini içerdiği yönünde yorumlamak yanlış olmayacaktır⁹⁶.

Belirtelim ki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesinin iş ilişkilerine etkisi konusunu düzenleyen hükümler getirmiş bulunmaktadır⁹⁷. Yasanın m.158 ve 190 hükümlerinin atfı neticesinde, bölünmeye ilişkin m. 178 hükmü, ticaret

Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 114.

⁹⁵ **Güzel**, A., “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmeleri, Bölünmeleri Ve Tür Değiştirmelerinin İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı Günü, 6 Nisan 2012, yayınlanmamış tebliğ, 1; **Ulucan**, D., “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları”, Sicil, Haziran 2009, 34-35. İsviçre Hukukunda da, ticaret ortaklıklarının birleşmesi ve bölünmesinin, İsviçre Borçlar Kanunu m.333 anlamında işyeri devri sayılacağına ve nitekim 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunun yaptığı atfı neticesinde, bu hallerde de İBK m. 333 hükmünün uygulanacağına ilişkin olarak bkz. **Wyler**, 396 vd. ve 421 vd.

⁹⁶ **Özkaraca**, 46; **Alpagut**, 68.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kendigelen**, A., Gerekeçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, 301 vd.; **Keşli**, Ahmet, Şirketler Hukuku (editör: Sami Karahan), 1. Baskı, Mimoza, İstanbul 2012, 157 vd.

ortaklıklarının birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerinin iş ilişkilerine etkisi açısından uygulama alanı bulacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun bu konudaki hükmü düzenlenirken, İsviçre'nin 3.10.2003 tarihli, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan yararlanılmıştır. İsviçre Birleşme Kanunu, birleşme, bölünme ve malvarlığı devri halinde, iş ilişkilerinin geçişini, sırasıyla, 27, 49 ve 76. maddelerinde öngörmüş olmasına karşın, bu konuda yeni bir düzenleme getirilmek yerine, iş ilişkilerinin devri konusunu esasen düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesine atıf yapılarak; iki yasa arasında uyum sağlanmış, bağlantı kurulmuştur⁹⁸. Birleşme Kanunu'nun söz konusu atfı nedeniyle, işyeri devrinde iş ilişkilerinin geçişini düzenleyen ve işyerinin devri durumunda, devir anında mevcut iş sözleşmelerinin, devirle birlikte kendiliğinden devralana geçeceğini öngören Borçlar Kanunu'nun 333. maddesi, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve malvarlığı devri halinde de uygulama alanı bulacaktır.

Ne var ki, bu konuda İsviçre düzenlemesi dikkate alınarak kaleme alınmış bulunan TTK m. 178 hükmü, İsviçre'deki uygulamaya benzer şekilde, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesinde iş ilişkilerinin akıbetine ilişkin olarak, İK m.6 hükmüne atıf yapmak yerine, bundan farklı ve m.6 ile çelişen bir düzenleme getirmektedir⁹⁹. Bu hükme

⁹⁸ Wyler, 421 vd.; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, 215.

⁹⁹ 4857 s. İş Kanunumuzdan sonra ve İş Kanunundaki düzenlemeden ayrı olarak, işyeri devrinin düzenlendiği 6098 s. Türk Borçlar Kanununun 428. maddesinde, İş Kanunu m.6 hükmü dikkate alınarak, buna paralel bir düzenle getirilmiş olmasına karşın, önemle belirtilmelidir ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kaleme alınmasında aynı özen gösterilmemiş ve İş Kanunu m.6 ile çelişen ve hangi Yasa hükmünün uygulanacağına ilişkin tereddütler doğuran bir düzenlemenin getirilmiş olması isabetli olmamıştır. TTK m. 178 ve özellikle işçiye tanınan devre itiraz hakkı gibi, bu hükmün İK m. 6 ile çeliştiği noktalar ve eleştirisi için bkz. **Ekmekçi**, Ö., "Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu / Türk Borçlar Kanunu - Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi", Sicil, Aralık 2011, 154 vd.; **Alp**, M., "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", Çalışma ve Toplum, 2012/1, 55 vd.; **Güzel**, Şirket Birleşmeleri (yayınlanmamış tebliğ), 2 vd.; **Özkaraca**, E., "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Birleşmesi Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri", Kadir Has

göre, “Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer”.

İK m.6 hükmü ile olduğu gibi, TTK m. 158, 190 ve 178 ile de, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ya da tür değiştirmesi halinde iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceğinin öngörülmesi, TTK anlamında birleşme, bölünme ve tür değiştirmeden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmasını gerektirmektedir.

TTK 136. madde hükmüne göre, “Şirketler; a) Bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” veya b) Yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, yoluyla birleşebilirler”. Dolayısıyla, Yasada, iki tip birleşme öngörülmüş bulunmaktadır: *Devralma şeklinde* birleşmede, devralan ve devrolunan olmak üzere iki şirket mevcut olup, devralan şirket varlığını sürdürürken, birleşmeyle birlikte, devrolunan şirket sona ererek, ticaret sicilinden silinir; *yeni kuruluş şeklinde* birleşmede ise, şirketler birleşerek, yeni bir ticaret şirketi oluşturur ve birleşme tamamlandığında ticaret sicilinden silinerek ortadan kalkarlar¹⁰⁰. TTK m. 159 ise, üç tip bölünme öngörmüştür: Tam bölünme, kısmi bölünme ve yavru şirket kurma biçiminde kısmi bölünme. Madde gerekçesinde verilen tanım uyarınca bölünme, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmî küllî halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu ipso iure elde etmeleridir¹⁰¹. TTK’nın, 180. madde hükmü uyarınca, “Bir şirket hukuki şeklini değiştirebilir. Yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır”. Dolayısıyla, tür değiştirme, bir ticaret şirketinin hukuki şeklini değiştirmesi, tasfiye edilmeksizin ekonomik ayniyetini ve devamlılığını koruyarak dönüşmesidir. Ticaret hukukunda, tür değiştirmenin, “devredici tür değiştirme” ve “biçim değiştirici tür değiştirme” olarak iki

Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer 25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, 103 vd.

¹⁰⁰ **Kendigelen**, 260-261; **Keşli**, 194 vd.

¹⁰¹ 6102 s. TTK Madde Gerekçeleri, Bölünme (Genel Olarak).

farklı biçimde olabileceği kabul edilmektedir. Bunlardan ilkinde göre, eski türdeki şirket tasfiye edilmeksizin bütün malvarlığı ile yeni kurulan yeni tür şirkete devredilir; işveren değişikliğine neden olan bir devir bu halde söz konusu olmaktadır. Ancak biçim değiştirici tür değiştirmede, bir şirket bazı işlemler sonucu yeni bir tür haline dönüşür, aynı tüzel kişilik biçim değiştirdiği için ortada tek bir tüzel kişilik bulunduğundan, bu halde işveren değişikliği söz konusu olmamaktadır.

İşyeri veya bir bölümünün, yukarıda ele aldığımız biçimlerde ve koşullarla başka birine devri nedeniyle gerçekleşen işveren değişikliği, işyerindeki hem bireysel hem de kolektif iş ilişkilerini etkileyebilecektir. Bu nedenle, devrin, devre konu birimde çalışmakta olan işçilerin işlerini kaybetmelerine ve çalışma koşullarının olumsuz etkilenmesine sebep olmaması için, AB yönergelerinde, AB üye devlet mevzuatlarında ve hukukumuzda getirilmiş bulunan hükümler, yalnızca bireysel iş ilişkileri düzeyinde koruma öngörmekle yetinmeyecek, devre konu işyerindeki kolektif düzenin de korunması veya devralan işverenin kolektif düzenine dahil olup olmayacağını da düzenlemesi gerekecektir.

V. DEVRE KONU İŞYERİNİN SAHİP OLDUĞU/DAHİL OLACAĞI KOLEKTİF DÜZEN

1. Genel Olarak

Devre konu işyerinin, devir anında, bir toplu iş sözleşmesi düzeni içinde yer alması ve bu kolektif düzenin devirden ne şekilde etkileneceği sorunu ortaya çıkabileceği gibi; devralan işverenin bir toplu iş sözleşmesine taraf olması durumunda, devralınan işyerinin bu kolektif düzene dahil edilip edilmeyeceği sorunuyla da karşılaşılabilir. Bu açıdan, yukarıda da ele alındığı üzere, 2001/23 sayılı AB Yönergesi, devralan işverenin, toplu iş sözleşmesinin feshedildiği veya süresinin sona erdiği tarihe kadar ya da bir diğer toplu iş sözleşmesinin yürürlük veya uygulama başlangıcı tarihine kadar, devreden işveren açısından toplu iş sözleşmesinde öngörülen çalışma koşullarını devirden sonra korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir¹⁰². Buna paralel düzenlemeler öngören İsviçre Borçlar Kanununun m.333/§1bis

¹⁰² Rodière, 396; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, 440.

hükmü¹⁰³ ile Fransız İş Kodunun L. 2261-14 maddesiyle¹⁰⁴ de, devralan işverenin, toplu sözleşmeyle bağlılığı en az bir yıl süreyle sınırlandırılmıştır. Önce 275 s. Yasa m.10 hükmünün, daha sonra yürürlükten kaldırılmış bulunan 2822 s. Yasanın 8. maddesi hükmünün getirdiği, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi durumunun toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmayacağı yönündeki hükümden farklı olarak, 6356 s. Yasanın 38. madde hükmü, bu konuda kapsamlı bir düzenleme getirmiştir. Bu doğrultuda, bu başlık altında, devrin toplu iş sözleşmesine etkisini, devredilen işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması ve bulunması biçiminde iki ana ihtimal altında incelemek ve 6356 s. Yasa m.38 hükmünün, AB Yönergesine uyum sağlayıp sağlamadığını değerlendirmek; buna ek olarak, devre konu birimin, işyerinin bir bölümü olması ve özellikle, bu birimin devriyle birlikte işkolunun değişmesi olasılığını, ayrı bir başlık altında ele almak yerinde olacaktır.

2. Toplu Sözleşme Kapsamında Yer Almayan İşyerinin, Devralan İşverenin Kolektif Düzenine Dahil Olabilmesi Sorunu

Herhangi bir toplu iş sözleşmesinin kapsamında yer almayan bir işyerinin, yeni bir işverene devrinde de; üç temel ihtimal söz konusu olabilecektir.

a. Devralan İşverenin Herhangi Bir Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olmaması

İlk ihtimal çerçevesinde, devralan işverenin, devre konu işyeri ile aynı işkolunda başka bir işyeri yoksa ya da aynı işkolunda başka işyeri/işyerleri bulursa dahi işveren, yetki süreci başlamış/yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesine taraf değilse, işyerinin devri, toplu iş ilişkileri düzeyinde bir sorun teşkil etmeyecektir. Ancak, devre konu işyerinin devralan işverene geçmesi ile birlikte, bu işverenin aynı işkolunda bulunan işyerlerinin sayısı birden fazla oluyorsa, ilerleyen dönemlerde, bu işyerlerinde, ancak bir bütün

¹⁰³ Wylter, 393 vd.; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 210-211.

¹⁰⁴ Pélissier/Auzero/Dockès, 1366-1367; Verdier/Coeuret/Souriac, Rapports individuels, 148.

olarak, işletme toplu iş sözleşmesi yapılabileceği, hem 2822 s. Yasa m. 3/II açısından, hem de yürürlükteki 6356 s. Yasa m. 34/II hükmü gereği açıktır.

b. Devralan İşverenin Bir İşletme Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması

Bu kapsamda karşılaşılabilecek ikinci ihtimal, bir işletme toplu iş sözleşmesine taraf bir işveren tarafından, bu işletmedeki işyerleri ile aynı işkolunda bulunan ve herhangi bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir işyerinin devralınmasıdır.

aa. 2822 Sayılı Yasa Dönemi: Öğreti Görüşleri ve Yargı İçtihadı

2822 s. Yasa, bu konuda bir düzenleme öngörmemekteydi. 2822 s. Yasanın, işverenin değişmesinin, toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği yönündeki 8. madde hükmü, bu ihtimalde toplu iş sözleşmesinin, devralınan işyerine de uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap verir nitelikte değildi. 2822 s. Yasa m.8 hükmü, sadece “toplular iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi” durumunu öngörmekte; toplu iş sözleşmesi bulunmayan ve devre konu olan işyerinin, devralan işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinin kapsamına girip girmeyeceği meselesini düzenlememekteydi. Öğretide, 2822 s. Yasanın yürürlükte olduğu dönemde, herhangi bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir işyerini devralan işverenin, taraf olduğu bir işletme toplu iş sözleşmesinin bulunması durumunda, devre konu işyerindeki işçilerin, işletme toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının arzu edilir bir sonuç olduğu, ancak mevcut pozitif düzenlemelerle buna ulaşmanın olanaklı olmadığı belirtilmiştir¹⁰⁵. Çünkü, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki kuralları uyarınca, yetki başvurusu anında işletme kapsamındaki işyerleri ve işçiler dikkate alınmakta; yetki alınan işyerlerine daha sonra eklenen işyerleri, toplu iş sözleşmesi kapsamına girememektedir. Öğretide de belirtildiği gibi¹⁰⁶, bu halde, devralınan işyerinde

¹⁰⁵ Çelik, 540-541; Alpagut, G., “Karar İncelemesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2001, 41-42; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 353; Taşkın Başkan, E., “2822 sayılı Yasa Çerçevesinde Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta, İstanbul 2011, C. II, 1815.

¹⁰⁶ Alpagut, karar incelemesi, 42.

çalışan ve işletme toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçilere, işveren, toplu iş sözleşmesinden doğan hakları sağlaması mümkün olmakla birlikte; bu haklar iş sözleşmesine dayanan haklar olacağı için; bu durum, bu işçilerin, işletme toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı gerçeğini değiştiremeyecektir. Yargıtay'ın 12.10.1999 tarihinde vermiş olduğu bir karar¹⁰⁷ ise, bu noktada dikkat çekicidir. Kararda, işletme toplu iş sözleşmesine taraf bir işverenin, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu esnada, yeni bir işyeri açması ve yeni işyerinin de işletmenin dahil olduğu işkolunda yer aldığı tespit halinde; bu yeni işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceği belirtilmiştir. Yargıtay, kararında, açıkça, “bu ünitenin sonradan kurulmuş olmasının sonuca etkili olmadığı”nın kabulü gerekeceğini vurgulamıştır.

bb. 6356 Sayılı Yasanın Öngördüğü Çözüm

6356 s. Yasa, 2822 s. Yasa m.8 hükmü ile paralel olarak, m. 37 hükmünde, işverenin değişmesinin, toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğini düzenlemiştir; buna ek olarak, sözü edilen sorunu çözüme kavuşturacak bir düzenleme de öngörmüş bulunmaktadır. Gerçekten, 6356 s. Yasa m.38/II uyarınca, “Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer”. Böylece, getirilen yasal düzenleme ile, 2822 s. Yasa döneminde arzu edilen ancak pozitif düzenleme bulunmaması nedeniyle benimsenemeyen hukuki sonuca ulaşılabilmesi olanaklı kılınmıştır. İşletmeye daha sonradan katılan işyeri işçilerinin de işletme toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesinin, diğer bir ifadeyle işletmenin kolektif düzenine dahil olabilmesinin, işçilerin yararına bir sonuç olması ve öğretilerdeki tartışmaları sona erdirecek nitelik taşıması nedeniyle, getirilen hükmün isabetli olduğu söylenebilecektir.

c. Devralan İşverenin Bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması

Karşımıza çıkabilecek üçüncü ihtimal ise, devre konu işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunmamasına karşın, devralan işverenin, devraldığı işyeriyle aynı işkolunda bulunan ve bir toplu iş sözleşmesinin yürürlükte

¹⁰⁷ Yarg. 9HD, 12.10.1999 t., 10855/5674, (www.hukukturk.com).

bulunduğu bir tek işyerinin mevcut olması durumudur. Bu durum da, 2822 s. Yasa döneminde, bu konuda öğretilerde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bir görüş, bu ihtimalde, devredilen işyerindeki işçilerin, devralan işverenin, aynı işkolundaki bir işyerinde yapılmış olan bu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağını ileri sürmüştür¹⁰⁸. Ancak öğretilerde, bu ihtimal, *Şahlanan* tarafından, toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyeri ile toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyerinin birleşmesi durumu açısından değerlendirilmiş ve ilk görüşün aksine, birleşmenin, toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği ve mevcut toplu iş sözleşmesinin, birleşmiş yeni işyerinin tümünü kapsayacağı sonucuna varılmıştır¹⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, 6356 s. Yasada, bu son ihtimal açısından bir düzenleme getirilmemiştir. Diğer bir deyişle, bir işyeri toplu iş sözleşmesine taraf olan bir işveren tarafından, aynı işkolunda, toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin devralınması ihtimalinde, devralınan işyerindeki işçilerin, işyeri toplu iş sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği sorusuna, m.38 hükmünde de çözüm getirilmemiştir.

İşyeri devrinin toplu iş sözleşmesine etkisini düzenleyen m.38 hükmünün, uygulamada öteden beri sorun teşkil eden işletme toplu iş sözleşmesi konusunda çözüm getirme odaklı olduğu; ancak devralan işverenin işletme toplu iş sözleşmesi değil de, işyeri toplu iş sözleşmesine taraf olması ihtimalinde, devralınan işyerindeki işçilerin bu toplu sözleşmeden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda sessiz kaldığı anlaşılmaktadır. Mevcut durum karşısında, kanımızca, kanun koyucunun, m.38/II düzenlemesini getirmesindeki amacı dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

6356 s. Yasada, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki sürecinde, işletme kapsamındaki işyerlerinin bir bütün olarak ele alınacağı (m.41/II) ve başvuru tarihindeki işçi sayısının dikkate alınacağı (m.41/I) konularında, 2822 s. Yasa döneminden farklı bir usul öngörülmemiş olmasına rağmen; yetkinin belirlenmesi aşamasında işletmeye dahil olmamakla birlikte, daha sonra işletmeye katılan işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına

¹⁰⁸ Tuğ, 171; Alpagut, Karar İncelemesi, 41. Bu dönemde, Yargıtay'ın da görüşünün aynı yönde olduğunu ortaya koyan bir karar için bkz. Yarg. 9HD, 8.7.1987 t., 6580/7114, (www.hukukturk.com).

¹⁰⁹ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 196.

dahil olacağına ilişkin hüküm; adeta toplu iş sözleşmesi yetkisinin kazanılması ve toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından uygulanma alanı hususlarında istisna getirmektedir.

Önceden işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemeler karşısında ulaşılmaması mümkün olmayan ve bununla birlikte işçi lehine olması nedeniyle ulaşılmak istenen sonuca, pozitif bir düzenleme ile kavuşulmasını; böylece işletmeye daha sonradan katılan işyerindeki işçilerin de işletme toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesini sağlayan bu hükmün getirilmesindeki amaç, elbette, aynı işverenin, aynı işkolunda bulunan birden fazla işyerindeki çalışma koşullarında yeknesaklığın sağlanmasıdır. İşverenin, devir öncesinde, ilgili işkolunda sadece bir tek işyerinin bulunması ve bu nedenle işyeri toplu iş sözleşmesine taraf olması ihtimalinde; bu işverenin, aynı işkolunda yeni bir işyerini devralmasıyla, söz konusu işyerlerinin, devirden itibaren, bir işletme teşkil edeceği ortadadır. Bu ihtimalde de, işverenin, aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması ve çalışma koşullarında yeknesaklığın sağlanması yönündeki amaç izlenerek; devralınan işyerindeki işçilerin, devralan işverenin önceden taraf olduğu işyeri toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerekeceği sonucuna varılmalıdır. Aksi yöndeki düşünce, devralan işverenin, devir öncesinde, ilgili işkolunda sahip olduğu işyeri sayısının bir veya birden fazla olmasının, devre konu işyerindeki işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği hususunda belirleyici kriter sayılmasına neden olacaktır; bu durumun, yasa koyucunun amacı karşısında kabul edilemez olduğu açıktır.

Ayrıca, bu noktada, 38. maddenin gerekçesine de dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır. Madde gerekçesinde, yasa koyucu, 6356 sayılı Yasadan önceki dönemde yaşanan sorunlara değinerek, “işletme toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinden ayrılan veya işletme toplu iş sözleşmesinin uygulandığı bir işletmeye dahil olan, **ya da yeni işyeri devralınması ile birlikte işletme niteliği kazanan işyerleri** açısından günümüze kadar önemli sorunlar” yaşandığının altını çizmiş; hükmün bu sorunları çözmeye yönelik olduğunu belirtmiştir. Görüldüğü gibi, hüküm ile çözüme kavuşturulmak istenen hallerden bir tanesi de, yeni işyeri devralınması ile birlikte işletme niteliği kazanan işyerleridir. Oysa, maddede bu hale ilişkin hüküm getirilmediği gibi; madde gerekçesinin devamında, hangi hallerin düzenlemeye konu olduğu sırasıyla belirtilirken, toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir

işyerinin, bir işverence devralınması ile birlikte, işverenin aynı işkolundaki işyerlerinin bir işletme niteliği kazanması seçeneği sayılmamıştır. Gerekçeye göre, “Hükümde işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri ya da işyerinin bir bölümünün devri, toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan veya olmayan bir işletmeye katılması veya devir ile birlikte işletme niteliğini kazanması, toplu iş sözleşmesi olmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan bir işyerine dahil olması, bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri veya işyerinin bir bölümü devredildiğinde devralan işverenin aynı işkoluna göre işyeri veya işyerlerinde toplu iş sözleşmesi bulunması veya bulunmamasına göre sonuçları düzenlenmiştir”¹¹⁰. Bu bağlamda, gerekçenin, kendi içinde çeliştiği; gerekçede çözüm getirilmek istenen ihtimaller arasında sayılmasına rağmen, söz konusu durumun, Yasada düzenlenmemiş olması nedeniyle, madde gerekçesi ile madde metninin de çelişik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan işyerinin, devralan işverenin taraf olduğu kolektif düzene dahil olabilmesine ilişkin karşılaşılabilecek sorunlar bu şekilde iken; devre konu işyerinin, devir anında bir toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunuyor olması ihtimali, aşağıda değinileceği üzere, çözüm aranması gereken sorunlara yanilerini de eklemektedir.

3. Toplu Sözleşme Kapsamındaki Devre Konu İşyerinin Kolektif Düzeninin Korunması Sorunu

Bir toplu iş sözleşmesinin mevcut olduğu bir işyerinin, başka bir işverence devralınmasında da, başlıca üç ihtimal söz konusu olabilecektir. Ancak bu ihtimaller dahilinde de, devre konu işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin türüne dikkat edilmelidir.

a. Devralan İşverenin Aynı İşkolunda Başka İşyerinin Bulunmaması

İlk ihtimal, bu işyerini devralan işverenin, aynı işkolunda başka bir işyerinin var olmaması durumudur. Bu halde, devre konu işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi, gerek 2822 s. Yasa m.8, gerek yürürlükteki 6356 s. Yasa m. 37/I hükmünün açık düzenlemesi neticesinde, işverenin

¹¹⁰ 6356 sayılı Yasa, 38. maddeye ilişkin madde gerekçesi.

değişmesi ile sona ermeyecektir. Bu konuda 2822 s. Yasa m.8 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde kabul edildiği üzere, toplu iş sözleşmesinin bulunduğu bir işyeri, bir bütün olarak devredilirse, bu toplu iş sözleşmesi, yeni işvereni de bağlayacaktır¹¹¹. Ayrıca, devre konu işyeri, bir grup toplu iş sözleşmesi kapsamında ise, bu durumda da devralan işveren, toplu iş sözleşmesi ile bağlı kabul edilecektir¹¹². Ancak, 2822 s. Yasa döneminde öğretide, grup toplu iş sözleşmesinden farklı olarak, bir işverenin, aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsamına alan işletme toplu iş sözleşmesinde, işletme bünyesindeki her bir işyeri için ayrı bir toplu iş sözleşmesinin varlığından söz etmenin mümkün olmadığı; işverenin ancak aynı işkolundaki tüm işyerlerinin bir arada, bir başka işverene devri durumunda, 2822 s. Yasa m. 8'in uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir¹¹³. Bununla birlikte, 8. maddenin amacı, işletme kapsamında yer alan işyerlerinden birinin, bir başka işverene devri durumunda da, söz konusu işyerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının korunmasını gerektirebilecektir. Öğretide de, bu çözüm zorlama olarak nitelendirilmiş olmakla birlikte, işletme toplu iş sözleşmesinin, devralan işvereni, devraldığı işyeri ile sınırlı olarak bağlayacağı kabul edilmiştir¹¹⁴. Ayrıca, bu konuda getirilen AB Yönergelerinde de, toplu sözleşme türü bakımından herhangi bir ayırıma gidilmemiştir¹¹⁵. Nitekim, 6356 s. Yasanın m.37/I hükmünde olduğu gibi, 2822 s. Yasanın m.8 hükmünde de, işveren değişikliği halinde, toplu sözleşmenin sona ermeyeceği düzenlenirken, toplu iş sözleşmesi türü ya da düzeyi açısından ayırım yapılmamıştır.

Buna ek olarak; işletme toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınmasından sonra fakat toplu iş sözleşmesinin bağtlanmasından önce, işletmeye dahil bir

¹¹¹ **Çelik**, 612-613; **Tunçomağ/Centel**, 415; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, 195; **Tuncay**, 195; **Tuğ**, 171; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 350; **Taşkın Başkan**, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 1813 vd.; 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.5 hükmünden de aynı sonucun çıkarılmasına ilişkin olarak bkz. **Esener**, T., İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964, 104; **Akı**, E., Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Karınca Matbaacılık, İzmir 1975, 116; **Güzel**, 306 vd.

¹¹² **Ekonomi**, Kısmi Devir, 359.

¹¹³ **Ekonomi**, Kısmi Devir, 359.

¹¹⁴ **Şahlanan**, İşyeri Devri, 20.

¹¹⁵ **Güzel**, 409.

işyerinin devri de mümkün olup, devralan işverenin bu yetki ile bağlı olup olmayacağı da tartışma konusu olmuştur. Yargıtay, 1989 yılında verdiği bir kararında, devrolunan işyerinin bu koşullar altında, bağitlanan işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olamayacağına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır¹¹⁶. Öğretide de, işletmeye bağlı işyerlerinden birinin devri halinde, işletme için alınmış bulunan yetkinin, yeni işvereni bağlamayacağı görüşü ileri sürülmüştür¹¹⁷. Ancak, Yargıtay'ın daha sonra verdiği bir kararda, önceki içtihadına aykırı olarak, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinin, niteliği değişmeksizin başka bir işverene devri durumunda, işletme toplu iş sözleşmesi yetkisinin ortadan kalkmayacağı sonucuna varılmıştır¹¹⁸. Yargıtay'ın bu kararı, işletme toplu iş sözleşmesi ile ilgili Yasada yer alan kuralların (2822 s. Yasa m.3/II) kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, işyerlerinden birinin, yetkinin kesinleşmesinden sonra devrinin, bu emredici kuralı bertaraf edemeyeceği belirtilerek, öğretide eleştirilmiştir¹¹⁹.

b. Devralan İşverenin İşyer(ler)inde Toplu İş Sözleşmesi Bulunmaması

Toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan işyerinin devre konu olabileceği ikinci ihtimale göre ise, devralan işverenin aynı işkolunda başka işyeri veya işyerleri olmasına karşın, bu işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmayabilecektir. Bu varsayımda, herhangi bir toplu iş sözleşmesine taraf olmayan işverenin, önceden sahip olduğu işyeri ya da işyerleri ile aynı işkolunda faaliyet gösteren, toplu iş sözleşmeli bir işyerini devralması halinde, söz konusu işyerleri, 2822 s. Yasa veya 6356 s. Yasa anlamında işletme teşkil ettiğinden¹²⁰; burada işletme toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınabilmesi, devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin sona

¹¹⁶ Yarg. 9HD, 26.5.1989 t., 4303/4815, **Çelik**, 541, dn.28.

¹¹⁷ **Çelik**, 541; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 351.

¹¹⁸ Yarg. 9HD, 30.9.2003 t., 15026/15834, (www.hukukturk.com).

¹¹⁹ **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 351.

¹²⁰ Buradaki "işletme" kavramının, iktisat ve işletme bilimlerinde ele alındığı gibi ya da ticaret hukuku anlamında bir ticari işletme olmadığı; yalnızca bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. **Çelik**, 538; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, 33; **Alpagut**, karar incelemesi, 39.

ermesine bağlı olacaktır. Bir işverene ait, aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabileceği kuralı karşısında, artık her bir işyeri için ayrı ayrı yetki alınması mümkün olamayacaktır¹²¹.

Belirtelim ki, 6356 sayılı Yasanın mevcut haliyle yürürlüğe girmesinden önce, bu konudaki tartışmanın yasal bir düzenleme ile çözüme kavuşturulması ihtiyacı nedeniyle, 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda bazı maddelerin değiştirilmesine ilişkin olarak ön tasarılar mevcuttu¹²². “2822 sayılı

¹²¹ Bununla birlikte, Yargıtay’ın 2000 yılında vermiş olduğu bir karar (Yarg. 9HD, 9.3.2000 t., 2910/2863) dikkat çekici olup, öğretide de yoğun olarak eleştirilmiştir. Kararda, Yargıtay, bir işverenin aynı işkolunda bulunan işyerlerinin, işletme niteliği dikkate alınmaksızın yalnızca işyerlerinden bir tanesinde yetki alınması ve işyeri toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olması nedeniyle, diğer işyerlerine de, söz konusu toplu sözleşmenin süresiyle sınırlı olmak üzere yetki verilebileceği yönünde hüküm kurmuş bulunmaktadır. Oysa öğretide de belirtildiği üzere, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girmesi gereken bir işyeri için yapılmış bulunan bir işyeri toplu iş sözleşmesi, emredici kurallara aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılmalıdır (**Çelik**, 541-542; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, 40; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 353). Kararın incelemesi için bkz. **Alpagut**, Karar İncelemesi, 37 vd. *Alpagut*, söz konusu kararın değerlendirmesinde, işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturan işyerlerinden birinde yürürlükte toplu iş sözleşmesinin bulunması sırasında, yeni kurulan veya devralınan işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi bağtlanabilmesi açısından bir kanun boşluğunun var olduğunu kabul ederek, Yargıtay’ın da kararda vardığı sonuca paralel biçimde, mevcut sözleşmenin süresiyle sınırlı bir toplu iş sözleşmesi yetkisi verilmesinin, toplu sözleşme hakkının korunması için isabetli olduğunu belirtmiştir (**Alpagut**, Karar İncelemesi, 43). Aynı yöndeki görüş için bkz. **Taşkın Baskan**, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 1816. Aynı şekilde Yargıtay, aynı işverene ait ve aynı işkolundaki üç işyerinden ikisinin, devir yoluyla alındığı bir uyumsuzlukta; devralınan işyerinde, yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin, işverene ait diğer işyerinde yetki tespiti yapılması için engel teşkil etmeyeceğine; sonradan devralınan işyerindeki toplu sözleşmenin sona ermesini beklemenin, yetki tespitine konu işyerini toplu sözleşmesiz bırakmak anlamına geleceği gerekçesiyle hükmetmiştir (Yarg. 9HD, 11.7.2006 t., 19490/20645). Bu karar isabetli bulunarak, karşı oy yazısındaki görüşe katılan değerlendirme için bkz. **Sur**, M., “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2009, 235.

¹²² Söz konusu ön tasarı metinleri ve değerlendirmelerine ilişkin olarak bkz. **Uçum**, M./**Okcan**, N., “2821 sayılı Sendikalar Kanununda Değişiklik İçeren Ön Tasarının

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yasa Tasarısı Taslağı"nın 2. maddesi, 2822 s. Yasanın 8. maddesine ikinci bir fıkra eklenmesini öngörmekte ve devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmaması durumunda, *"devralınan işyerinin devrinden önce kapsamına girdiği işletme toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesini düzenleyen hükümleri, o işyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar en az bir yıl süreyle iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder ve işçi aleyhine değiştirilemez. Bir yıllık süre geçtikten sonra tarafların anlaşması veya işverenin değişiklik feshi yoluyla iş sözleşmesinde değişiklik yapılabilir"* düzenlemesini getirmekteydi. Ancak söz konusu değişiklik önerisi, yukarıda yer verilen ifadenin, esasında 8. madde hükmü ile çeliştiği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir¹²³. Zira, m.8 hükmü, açıkça, işveren değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğini öngörmesine karşın; eklenmek istenen fıkra, devir sonucu, işverenin değiştiği devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi sonucunu doğurmaktaydı. Yine öğretilde, isabetli olarak savunulduğu üzere, 2822 s. Yasa m.7'ye göre, bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesinin, tarafların anlaşmasıyla dahi süresinden önce sona erdirilememesi karşısında, işverenin tek taraflı olarak karar verebileceği bir devir işlemiyle toplu iş sözleşmesinin sona ereceğini kabul etmek, m.7 ile de uyumsuzluk arz edeceği gibi; aynı zamanda, devir öncesi, toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikanın, devir sonrasında bu işyerinde işyeri sendika temsilcisi atama, üyelik ve dayanışma

Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi", Legal İHSGHD, 2004/1, 81-118; **Uçum, M./Okcan, N.**, "2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi", Legal İHSGHD, 2004/2, 401-430.

¹²³ **Uçum/Okcan**, 2822 Ön Tasarı, 406; **Taşkent, S.**, "Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasasında Yapılması Öngörülen Değişiklikler", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, 260-262; **Şahlanan, F.**, "2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 2004/4, 1284.

aidatı toplama hakları da zedelenecektir¹²⁴. Nitekim söz konusu Tasarı Taslağının ilgili düzenlemesi, aşağıda değinileceği üzere, değişmiş ancak daha sonra yasalaşamamıştır.

6356 s. Yasanın m.38/I, c.2 hükmünde, bir toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan işyerinin, herhangi bir toplu iş sözleşmesine taraf olmayan işveren tarafından devralınması hususunda getirdiği düzenlemeye göre, “*Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder*”. Bu hükümlerle, 2822 s. Yasada değişiklik yapılmasının gündemde olduğu dönemde, getirilmek istenen düzenlemelere ilişkin eleştirilerin dikkate alınmış ve 6356 s. Yasa m.37/I’deki (önceden 2822 m.8’deki), işveren değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği yönündeki hüküm ile uyumlu bir düzenleme getirilmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca, hükmün, Ön Tasarı düzenlemesinden farklı olarak, devre konu işyerinin kapsamında bulunduğu toplu iş sözleşmesi açısından bir ayırım yapmamış olması; sadece işletme toplu iş sözleşmesinin var olduğu durumu değil de, düzenlemeyi her tür toplu iş sözleşmesini kapsayacak biçimde getirmesi de yerinde görülmelidir. Bu yönüyle hükmü isabetli bulduğumuzu söyleyebiliriz. Ne var ki hüküm yeni tartışmalar doğurmaktan da uzak değildir. Zira, esasında amaç, hem devre konu işyerindeki işçilerin, toplu sözleşmeden doğan haklarından mahrum kalmamaları, hem de devrele birlikte meydana gelen işletmenin, bütününe kapsayacak tek bir işletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasını sağlamak iken; yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar, devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların “toplu iş sözleşmesi hükmü” olarak devam edeceği ifadesi, toplu sözleşmenin ard etkisi¹²⁵ açısından

¹²⁴ **Uçum/Okcan**, 2822 Ön Tasarı, 407; **Taşkent**, TİSGLK’da Öngörülen Değişiklikler, 261.

¹²⁵ Ard etki kavramı için bkz. **Doğan Yenisey**, K., “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 611 vd.; **Akın**, L., “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma”, Sicil, Eylül 2008, 104 vd.; **Doğan Yenisey**, K., “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi - Kazanılmış Hakların Korunması”, Sicil, Haziran 2010, 165 vd.

isabetli bulunamayacaktır. Önceden 2822 s. Yasanın 6. maddesinde ifadesini bulan ve ard etki olarak adlandırılan kural; şimdi 6356 s. Yasa m. 36/II'de düzenlenmektedir. Buna göre, “Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder”. Görüldüğü gibi, kural, sona eren bir toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, yenisi yapıncaya kadar geçen süre içinde, işçilerin haklarında ani bir değişim olmaması amacıyla, iş sözleşmesi hükmü niteliğinde olmak üzere varlığını koruması yönünde iken; m.38/I, c.2 hükmü, bu kuralı aşarak, toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların, yenisi yapıncaya dek, “toplular iş sözleşmesi hükmü” olarak devam edeceğini öngörmüştür. Hükmün, lafzının bu yönde olmasına karşın; öğretilde, bu ifadenin, isteneni anlatmaktan uzak olduğu ve bunun, toplu sözleşmenin, süresinin sonuna kadar uygulanacağı, bu tarihten sonra da, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹²⁶. Öğretilde ayrıca, bu ifade sonucu getirilen korumanın, ard etkiyi aşan, aşırı bir koruma olduğu da vurgulanmıştır¹²⁷.

c. Devralan İşverenin de Bir Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması

Yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunduğu işyerinin, başka bir işverence devralınmasında üçüncü ihtimal; devralan işverenin, aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde de yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ihtimalidir. Bu durumda, devirle birlikte, 2822 s. Yasa ya da 6356 s. Yasa çerçevesinde, işletme olarak nitelendirilebilecek bir bütün oluşturan işyerlerinde, ayrı ayrı toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olması sorunuyla karşılaşmaktadır.

aa. 2822 Sayılı Yasa Dönemi: Öğreti Görüşleri ve Yasal Değişiklik Tasarıları

2822 s. Yasa döneminde, öğretilde, birleşen her iki işyerinde de, ayrı ayrı toplu iş sözleşmelerinin bulunması ihtimalinde, birleşme sonucu oluşan yeni işyerinde her iki toplu iş sözleşmesinin de uygulanmasının, çalışma

¹²⁶ **Canbolat**, T., “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler”, *Toprak İşveren Dergisi*, Aralık 2012, S.96, 15-16.

¹²⁷ **Alpagut**, G., *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (3), Seminer 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin, Ankara 2013, genel görüşme, 180.

düzeni ve 2822 m.3/son hükmü ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir¹²⁸. Bu halde, toplu sözleşmenin sona erdiğini ve toplu sözleşmenin normatif hükümlerinin ard etkisinin devreye gireceğini kabul etmenin, o dönemde yürürlükteki mevzuat çerçevesinde ulaşılabilecek tek çözüm yolu olduğu ileri sürülmüştür¹²⁹.

Nitekim, bu konuda yasal düzenleme getirme ihtiyacından doğan çabalar neticesinde, yukarıda da ele alınan, “2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yasa Tasarısı Taslağı”, aynı işyerinde, aynı anda iki toplu iş sözleşmesinin bulunmasını önleme amacıyla 2822 s. Yasa m.8’e şu ikinci bir fıkra hükmünün getirilmesini içermekteydi: “*İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri devredildiğinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, bu toplu iş sözleşmesi devralınan işyerinde de uygulanır*”¹³⁰. Ancak devre konu işyerindeki toplu iş sözleşmesini yok sayan ve sadece devre konu işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunması ihtimalini düzenleyen bu hüküm de öğretilde eleştirilmiştir¹³¹.

Bunun üzerine 8. maddeye eklenmek istenen fıkra hükmü, devralan işverenin bir toplu iş sözleşmesine taraf olması veya olmaması ihtimallerini birlikte öngörececek biçimde, değiştirilmiştir. Buna göre, “*işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri devredildiğinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi olsa dahi, devralınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan haklar ve borçlar yeni işverenle işçi arasında iş sözleşmesi olarak devam eder ve devirden itibaren bir yıl geçmedikçe işçi aleyhine değiştirilemez. Söz konusu hak ve borçların yeni bir toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmesi halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bir yıllık süre geçtikten*

¹²⁸ **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, 196.

¹²⁹ **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 359-360.

¹³⁰ **Uçum/Okcan**, 2822 Ön Tasarı, 405 vd.

¹³¹ **Uçum/Okcan**, 2822 Ön Tasarı, 406-407 vd.; **Demir**, F., “2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununu Değiştiren Yasa Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 63; **Taşkent**, TISGLK’da Öngörülen Değişiklikler, 261.

sonra tarafların anlaşması ile veya 4857 sayılı İş Kanununun 22 inci maddesi çerçevesinde değişiklik yapma hakkı saklıdır”.

Tasarının önceki halinde, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin otomatik olarak uygulanmasını öngören hükmün yerine bu düzenlemenin getirilmek istenmesi olumlu karşılanabilecekken; yine yalnızca işletme toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinin devrinin düzenlemeye konu edilmesi eleştirilmeye devam edilmiştir¹³². Zira, bu halde, işyeri toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinin devralınması, m.8 hükmünün ilk fıkrasına tabi olacak; devralan işverenin, işletme teşkil eden işyerlerinde, bir süre, hem devraldığı işyerindeki, hem de diğer işyerlerindeki toplu iş sözleşmeleri aynı anda yürürlükte kalacaktır. Bu da, yeni bir işletme toplu iş sözleşmesine nasıl ulaşılacağı problemini doğuracaktır¹³³. Buna ek olarak, öğretide, öngörülen değişiklik kapsamında, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, iş sözleşmesi olarak devam edeceği bir yıllık süre içinde, devralan işverenin yeni bir toplu iş sözleşmesi yapması durumunda; devirden önceki toplu sözleşme hükümleri, işçilere daha yüksek haklar tanıyorsa, bu hükümlerin uygulanmaya devam etmesi gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür¹³⁴.

Belirtelim ki, devre ilişkin ele aldığımız bu son ihtimal açısından, pek çok kriterin devreye girmesiyle, sorun her yönden karmaşık bir hale gelmektedir. Zira, devre konu işyeri, yine işyeri ya da grup toplu iş sözleşmesi değil de, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında bir işyeri olabileceği gibi; devralan işverenin, önceden sahip olduğu işyeri ya da işyerlerinde, taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin türü de, işyeri, grup ya da işletme toplu iş sözleşmesi olabilecektir.

bb. 6356 Sayılı Yasa ile Öngörülen Çözüm ve İsabetliliğinin Tartışılabilirliği

6356 s. Yasa m.38/I, c.1 hükmü, bu noktada, devre konu işyerinin hangi tür toplu sözleşme kapsamında olduğuna ilişkin bir ayırım yapmaksızın;

¹³² Demir, Yasa Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, 63-64; Şahlanan, Ön Tasarı, 1285.

¹³³ Şahlanan, Ön Tasarı, 1285.

¹³⁴ Kutal, M., “2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, Sicil, Eylül 2008, 85.

devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunması durumunda, devralınan işyeri ya da işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğini öngörmüştür. Düzenlemenin taşıdığı amaç, devirden itibaren, işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerinin oluşturacağı toplu iş sözleşmesi ünitesinde, tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesidir. Zira bu koşullarda, 6356 m.35/son gereği, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesinden önceki 120 gün içinde, işletme toplu iş sözleşmesi için yetki başvurusunda bulunulabilecektir. Bu düzenleme, devirle birlikte, aynı işletme bünyesinde, birden fazla toplu sözleşmenin yürürlükte olması sorununu, 2822 s. Yasa döneminde bu konuda yapılan tartışmaları sona erdirme açısından isabetli olarak nitelendirilebilecek olsa da; devre konu işyerindeki toplu sözleşme hükümlerinin, normatif olma özelliğini yitirerek, iş sözleşmesi hükmü haline geleceklerini kabul etmek, bazı sakıncaları beraberinde getirebilecektir. 4857 s. İş Yasasının 22. maddesi hükmü uyarınca, işçilerin rızası alınarak, söz konusu çalışma koşulları veya haklar açısından, esaslı değişiklik yapılması olanaklı hale gelecek; toplu iş sözleşmesiyle sağlanan hakların korunması amacına karşın, söz konusu hüküm, yeterli korumayı sağlayamayacaktır.

Nitekim bu açıdan, hüküm, AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesinde öngörülen düzenleme ile de uyumsuzluk içindedir. Zira Yönergenin m.3/3 hükmü, devralan işverenin, toplu iş sözleşmesinin feshedildiği veya süresinin sona erdiği tarihe kadar ya da bir diğer toplu iş sözleşmesinin yürürlük veya uygulama başlangıcı tarihine kadar, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olduğunu ve üye devletlerin ayrıca toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların uygulanmasını en az bir yıl süreyle sınırlayabileceğini açıkça öngörmektedir¹³⁵.

Ayrıca, Yönergeye paralel düzenleme getiren İsviçre, devralan işverenin, toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları ile, sözleşmenin süresinin sonuna dek ya da feshedildiği tarihe kadar bağlı olduğunu ancak bu sürenin en fazla bir yıl olacağını, Borçlar Kanununun m. 333/§1^{bis} hükmünde öngörmekle de kalmamakta¹³⁶; bunun da ötesinde; işçilerin daha da lehine

¹³⁵ Rodière, 396; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, 440.

¹³⁶ Wyler, 393.

olacak bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, işverenin, taraf olduğu başka bir toplu iş sözleşmesi varsa ve bu toplu iş sözleşmesi, devralınan işyerindeki toplu sözleşme hükümlerine göre işçiler açısından daha lehe hükümler getiriyorsa, lehe olan hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹³⁷.

Fransız Yargıtayı içtihadı ise, 1971 yılına dek, eski düzenleme olan, İş Kodunun L. 122-12/§2 hükmünün, sadece bireysel iş sözleşmelerini öngörmesi nedeniyle, devir durumunda, devralan işverenin, önceki işverence bağtlanan toplu sözleşme ile bağlı olmadığı yönünde bulunmakla birlikte, 13 Temmuz 1971 tarihli Yasa bu içtihadı nokta koymuştur¹³⁸. Şu an yürürlükteki düzenleme olan, Fransız İş Kodunun L. 2261-14 maddesi, belli bir işyerinde, birleşme, devralma, bölünme veya faaliyet değişikliği halinde, yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin, yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesine kadar ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmazsa 1 yıl süreyle uygulanmaya devam edeceğini öngörmektedir¹³⁹. Bunun yanında, İsviçre Hukukuna benzer biçimde, Fransız Yargıtayı tarafından da, devralan işverenin taraf olduğu başka bir toplu iş sözleşmesi varsa, devre konu işyerindeki işçilere, bu toplu sözleşmenin derhal uygulanacağı; ancak devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesi ile işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yarışacağı kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Mevcut yasal düzenlememiz karşısında, hukukumuz açısından da, devre konu işyerinin, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi kapsamına girip giremeyeceği; iş sözleşmesi hükmü haline gelen düzenlemeler ile işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, yararlılık

¹³⁷ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 210.

¹³⁸ Pélissier/Auzero/Dockès, 1366; Verdier/Coeuret/Souriac, Rapports collectifs, 222-223.

¹³⁹ Pélissier/Auzero/Dockès, 1366-1367; Verdier/Coeuret/Souriac, Rapports individuels, 148.

¹⁴⁰ Cass. soc. 10 févr. 2010, Pélissier/Auzero/Dockès, 1367; Verdier/Coeuret/Souriac, Rapports collectifs, 222-223. Toplu iş sözleşmelerinin yarışması durumunda ise, hangi düzenlemenin işçinin daha lehine olduğu tespit edilirken; sözleşmenin geneline değil, söz konusu işçi açısından durumu somutlaştırarak, her konuda tek tek karşılaştırma yapmak gerekmektedir (Mazeaud, 248).

ilkesi¹⁴¹ çerçevesinde değerlendirilmesi gerekip gerekmediği tartışılabilir. Nitekim öğretide, devrin gerçekleşmesiyle birlikte, devralınan işyerinin bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olup olmadığı hususu etkili olmaz; devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceği ileri sürülmüştür¹⁴². Bu durumda, eğer devralınan işyerinde de toplu iş sözleşmesi mevcut ise, m.38/I gereği iş sözleşmesi hükmü haline gelecek olan bu sözleşmenin hükümleri ile işverenin taraf olduğu toplu sözleşme hükümlerinden hangisi işçi yararına, o hükmün uygulanması gerektiği görüşü savunulmuştur¹⁴³. Buna karşılık, aksi yöndeki görüşe göre ise, m.38/II gereği, devralınan işyerinin, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi kapsamına girebilmesi, devralınan işyerinde, yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması koşuluna bağlıdır. Bu ihtimalde, m.38/I gereği, devralınan işyerindeki toplu sözleşme hükümleri, iş sözleşmesi haline gelecek; bu nedenle burada, yararlılık ilkesine başvurmaya gerek olmayacaktır¹⁴⁴. Söz konusu ikinci görüşün, mevcut yasal düzenleme ile uyum içinde olmasına karşın; olması gereken hukuk açısından, İsviçre ve Fransız Hukuklarında varılan ve işçi lehine olduğu anlaşılan sonucun, Hukukumuz açısından da, bu konuda pozitif bir düzenleme yapılması suretiyle benimsenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca, m.38/I, c.1 düzenlemesinin sağladığı korumanın yeterli olmadığı düşüncesinden hareketle, yasal düzenlememizin değiştirilerek, AB Yönergesinin m.3/3 hükmü ile uyumlu hale getirilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz. AB Yönergesi esas alınarak hazırlanacak bir hüküm, hiç değilse, devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, normatif

¹⁴¹ Yararlılık ilkesi için bkz. **Soyer**, M. P., *Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi*, Ankara 1991, 1 vd.; **Alpagut**, G., “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta, İstanbul 2001, 1493 vd.

¹⁴² **Canbolat**, T., “6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (3), Seminer 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin, Ankara 2013, 74; ayrıca bkz. *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (3), genel görüşme, 170-171.

¹⁴³ **Canbolat**, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (3), 74, 170-171.

¹⁴⁴ **Alpagut**, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (3), genel görüşme, 179.

etkisini kaybetmemesini; yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar -en az bir yıl olmak üzere, kanun koyucu tarafından belirlenecek bir süre boyunca- devralan işverenin bu hükümlerle bağlı olması sonucunu doğuracak; mevcut düzenlememize göre çok daha etkin bir koruma sağlayacaktır.

İşyerinin bir bütün olarak devrinde, devre konu işyerinin kolektif düzeninin korunması veya bu işyerinin devralan işverenin taraf olduğu kolektif düzene dahil olabilmesine ilişkin hukuki sorunlar yukarıda ele alınmış olmakla birlikte; işyerinin bir bölümünün başka bir işverene devredilmesi halinde, özellikle bu birimin girdiği işkolunun da devrele birlikte değişmesi ihtimali gündeme gelebileceğinden, bu konu ayrı bir başlık altında ele alınmayı gerektiriyor.

VI. İŞYERİNİN BİR BÖLÜMÜNÜN DEVRE KONU OLMASI VE İŞKOLU DEĞİŞİKLİĞİ SORUNU

1. 2822 Sayılı Yasa Dönemi: Öğreti Görüşleri ve Yargıtay İçtihadı

2822 sayılı Yasa döneminde, işyerinin bir bölümünün devrinde, 2822 s. Yasa m.8 hükmünün kıyasen dahi uygulanmasının, önemli sorunlara neden olacağı belirtilmiş; kısmi devre konu olan işyerinin bir bölümünün, “işyeri” veya “işletme” gibi, bağımsız bir toplu pazarlık ünitesi oluşturulması nedeniyle; bunu m.8 kapsamında düşünmenin güç olduğu savunulmuştur¹⁴⁵.

Gerçekten, işyerinin bir bölümünü devralan işverenin, söz konusu birimi, bağımsız bir işyeri gibi örgütlenme olanağı olduğu gibi; farklı işverenlerden devralınan farklı işyeri bölümleri ile birlikte, aynı organizasyon çatısı altında örgütlenmesi de mümkündür¹⁴⁶. Bu ihtimalde, işyeri bölümünün dahil olduğu işkolu da değişebilecek¹⁴⁷; 2821 s. Yasa m.25/V gereği işkolu değişikliği neticesinde, bu işyerinde çalışan işçilerin sendika üyelikleri de sona erecektir. İşçilerin sendika üyeliğinin sona ermesinin sonucu ise, söz

¹⁴⁵ Şahlanan, İşyeri Devri, 20, aynı yönde, Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 358.

¹⁴⁶ Ekonomi, Kısmi Devir, 359-360; Şahlanan, İşyeri Devri, 20.

¹⁴⁷ İşkolunun değişmesinin toplu iş sözleşmesine etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, M., “İşkolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, TÜHİS 9-12 Aralık 1997, 17 vd.

konusu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek kimsenin kalmaması biçiminde ortaya çıkacaktır.

Yargıtay'ın 2007 yılında vermiş olduğu bir karar¹⁴⁸, devirle birlikte işkolunun değiştiği bir uyuşmazlıkta, 2822 m.8 hükmünün uygulanması neticesinde toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceğine hükmedilmesi açısından dikkat çekicidir. Karara konu uyuşmazlıkta, Yasa ile kapatılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün birimlerinin Büyükşehir Belediyelerine devri söz konusu olup, devir öncesi yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin, Belediye açısından bağlayıcı olup olmadığı, devirden önce “inşaat” işkoluna giren işyerinde çalışan işçilerin, devirle birlikte “genel işler” işkoluna dahil işyerinde çalışmaya başlamaları açısından tartışılmıştır. Yargıtay, her ne kadar 2821 s. Yasa m.25 uyarınca, işkolu değiştiren işçilerin sendika üyeliklerinin sona ereceği öngörülmüş olsa da; somut olayda, kanundan doğan bir devir gerçekleşmesinden hareketle, işveren değişikliği olduğunu, 2822 s. Yasa m.8'in uygulanması sonucu, toplu iş sözleşmesinin uygulanmaya devam edeceğini kabul etmiştir. Yargıtay'a göre, bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği düşünülecek olsa dahi, bu halde de, m.6 hükmü

¹⁴⁸ Yarg. 9HD, 5.12.2007 t., 5989/37055, (www.hukukturk.com). Kararın değerlendirilmesi için bkz. **Şahlanan**, F., “İşyerinin Kapatılması ve İşçilerin Başka İşkolunda Bir İşyerine Nakledilmesinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, *Tekstil İşveren Hukuk Eki* 23, S.338, Mayıs 2008, 2-4; **Sümer**, H. H., “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007*, İstanbul 2009, 261-262; **Tuncay**, A. C., “İşyeri Kapatılarak İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İşyerine Nakledilmesi Halinde Toplu İş Sözleşmesinin Durumu”, *Sicil*, Eylül 2009, 153-160. Belirtelim ki Yazarların karara ilişkin değerlendirmeleri, temel bir noktada farklılık arz etmektedir. *Şahlanan ve Sümer*, somut olayda, 5286 s. Kanun uyarınca, işçilerin kapatılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünden, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne nakledilmelerinin, bir işyeri devri olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Bir kamu kurumunun yasa ile kapatılmasının ardından, işçiler, başka bir işkolunda bulunan bir diğer kamu kurumuna nakledilmişlerdir (**Şahlanan**, *İşyerinin Kapatılması*, 3; **Sümer**, *Değerlendirme*, 262). *Tuncay* ise, somut olayda bir işyeri devrinin gerçekleştiği hususunda Yargıtay ile aynı görüşü paylaşmakla birlikte; işkolunun da değişmiş olması nedeniyle, 2822 m.8'in uygulanamayacağını ileri sürmüştür (**Tuncay**, *İşyerinin Kapatılması*, 158-159).

uyarınca, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin etkisi, “ard etki” olarak devam edecektir.

Öğretide bir görüşe göre, işyerinin devriyle birlikte, işkolunun değişmesi halinde, 2822 m.8 hükmü uygulanamayacak ve bu nedenle işkolu değişen işçiler, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edemeyecektir¹⁴⁹. Zira, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkının, sendika üyeliğinden bağımsız olarak düşünmek olanaklı değildir¹⁵⁰. Yine bu görüş sahiplerince, yasa koyucunun, iradesinin bu yönde olmasının beklenemeyeceğinden hareketle, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ard etkisinin kabul edilmesinin ve işçilerin bu sayede toplu sözleşmeden doğan haklardan yararlanmayı sürdürebilmelerinin yerinde olacağı belirtilmiştir¹⁵¹. Bir diğer görüşe göre ise, bu halde, işkolunun değişmesi sonucunda, 2821 s. Yasa m. 25 uyarınca işçilerin, taraf sendikaya üyelikleri sona ermektedir. Ard etki, sona eren bir toplu iş sözleşmesi açısından söz konusu olduğundan ve olayda, toplu iş sözleşmesi değil; işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanakları sona erdiğinden, işçilerin ard etkisi yoluyla da talepte bulunması yerinde görülemeyecektir¹⁵².

2. 6356 Sayılı Yasa Düzenlemesi ve Çözüm Getirip Getirmediği Sorunu

Esasında, 6356 s. Yasa, bu sorunun önüne geçebilmek için, m.5/III ve m.37/I hükmünde, işkolu değişikliğinin, yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Bu halde, ilk bakışta, yeni Yasa döneminde, işyerinin bir bölümünün devredilmesi halinde bu birimin dahil olduğu işkolunun değişmesinin yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilememesi, bu birimde çalışan işçilerin, yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edeceği izlenimini verse de; 6356 s. Yasanın söz konusu m.5/III ve m.37/I hükümlerinin, Yasanın sendika üyeliğine ilişkin m.19/VII hükmü ile bağlantısının kurulmamış olması sebebiyle, işkolu

¹⁴⁹ **Ekonomi**, “İşkolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, 46, **Tuncay**, İşyerinin Kapatılması, 158; **Çankaya/Çil**, 397.

¹⁵⁰ **Çankaya/Çil**, 397.

¹⁵¹ **Tuncay**, İşyerinin Kapatılması, 159; **Çankaya/Çil**, 397.

¹⁵² **Şahlanan**, İşyerinin Kapatılması, 4; **Sümer**, Değerlendirme, 262.

değişikliği sonucunda, işçilerin sendika üyelikleri kendiliğinden sona erecektir. Böylece, üyeliği sona eren işçilerin, Yasa hükmü gereği yürürlükte kalmaya devam edecek olan toplu iş sözleşmesinden nasıl yararlanacağı ise, belirsiz kalmaktadır¹⁵³.

Ayrıca, her birinde ayrı toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olduğu işyeri bölümlerinin, devir ile birlikte aynı organizasyon içinde örgütlenmeleri durumu; 2822 s. Yasa m.3'te ifade edilen aynı işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesi uygulanamayacağı kuralıyla da bağdaşmayacaktır¹⁵⁴.

Bu ve benzer durumlar, 2822 s. Yasa döneminde, çözüme kavuşturulması gereken yasal boşluklar olarak nitelendirilmiş ve bu konuda pozitif bir düzenleme getirilmesi ihtiyacının altı çizilmiştir¹⁵⁵. Yasal bir düzenleme yapıncaya kadar getirilebilecek geçici bir çözümün ise, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, iş sözleşmesi hükmü haline gelerek uygulanmaya devam etmesi şeklinde olabileceği belirtilmiştir¹⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi, bu konu, 6356 s. Yasa ile de çözüme kavuşturulabilmiş değildir. Bir toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alan işyeri bölümünün, herhangi bir toplu sözleşme tarafı olmayan bir işverence devralınması ve devir neticesinde bu birimin işkolunun değişmemesi durumunda, m.38/I,c.2 gereği, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, yenisi yapıncaya kadar, toplu iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edeceği söylenebilecektir. Ayrıca, toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyeri bölümünün devrinde, bu işyeri bölümü, devralan işverenin taraf olduğu işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına girebile-

¹⁵³ **Şahlanan**, F., “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Seminer 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin, Ankara 2013, 16-17.

¹⁵⁴ **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 359.

¹⁵⁵ **Ekonomi**, Kısmi Devir, 360; **Şahlanan**, İşyeri Devri, 21; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 358.

¹⁵⁶ **Şahlanan**, İşyeri Devri, 21; **Çankaya/Çil**, 395. Alman Hukukunda da, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, normatif ve zorlayıcı etkilerini kaybetmek ve iş sözleşmesinin bir parçası haline gelmek suretiyle varlıklarını korumaları yönünde pozitif düzenleme mevcut olup; bu düzenlemeye göre, iş sözleşmesi haline gelen hükümlerin bir yıl boyunca işçi aleyhine değiştirilemeyeceğinin öngörülmesine ilişkin olarak bkz. **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 359.

cektir (m.38/II). Yine işkolu değişmeksizin, toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri bölümünün, toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınmasında, m.38/I,c.1 hükmü uygulama alanı bulacakken; bu ihtimalde işkolunun da değişmesi durumunda, yukarıda ortaya konan, Yasa maddeleri arasındaki çelişki nedeniyle, önceki Yasa döneminde karşılaşılan problem yine ortaya çıkacak; işçiler, devir nedeniyle toplu sözleşmeden doğan haklarından yoksun kalacaktır. 6356 sayılı Yasa da, bu konuda çözüm sağlayan bir düzenleme getirmemektedir. Bu durumda belki, 2822 s. Yasa döneminde varılan sonuçtan farklı olarak, işkolu değişikliği sonucu sendika üyeliğinin sona ermesi nedeniyle toplu iş sözleşmesinden yararlanılamamasından hareketle, m.38/II hükmünün uygulanabileceğini düşünmek olanaklı olabilir. Esasında, m.38/II hükmünün uygulama alanı bulabilmesi, devre konu işyerinde toplu iş sözleşmesi bulunmamasına bağlı iken; bahsedilen ihtimal kapsamında, işkolunun değişmesi nedeniyle işçilerin var olan toplu sözleşmeden yararlanma olanağının ortadan kalkması da bu kapsamda kabul edildiği takdirde; m.38/II gereği, devralınan birimin işçilerinin, devralan işverenin taraf olduğu işletme/işyeri toplu iş sözleşmesinin kapsamına gireceği sonucuna varılabilecektir. Kanımızca bu sonuç, salt işverenin, işyerinin bir bölümünü devir kararı alması nedeniyle, çalıştığı işkolu değişen ve toplu sözleşmeden doğan haklarından bu nedenle yoksun kalacak işçilerin; en azından, devralan işverenin taraf olduğu toplu sözleşmeden yararlanabilmesi olanağını doğuracağı için daha yerinde görülebilecektir.

VII. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Çağdaş iş hukukunda, işçinin haklarını ve kişiliğini tanıma ve koruma; mutlak irade serbestisine dayanan kuralları köklü değişikliklere uğratarak iş ilişkisinde sürekliliği sağlama düşüncesi hakim olmuştur. Borçlar hukukunda kural, sözleşmenin, yalnızca tarafları açısından borç doğurması, yani sözleşmelerin nisbiliği ilkesi olmakla birlikte; bu ilkenin işyeri devri nedeniyle işverenin değişmesi durumunda da mutlak olarak uygulanması, iş hukukunun bahsi geçen iş güvencesi sağlama işlevini yerine getirememesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, işyerinin devrine rağmen bireysel ve toplu iş ilişkilerinin sürekliliğini sağlama adına, klasik hukuk ilkelerinden uzaklaşmıştır.

2. İşverenin aldığı devir kararının, işçilerin işini ve çalışma koşullarını etkilememesi amacıyla, devralan işverenin, devir anında işyerinde mevcut bireysel iş sözleşmelerine kendiliğinden taraf olması, işçilere belli ölçüde koruma sağlarken; devir öncesi işyerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan kolektif düzenin korunması ya da devralan işverenin sahip olduğu kolektif düzene dahil olunabilmesi ise bu korumayı tamamlayan kilit unsurdur. Hatta denilebilir ki, işverenlik sıfatındaki hukuki değişikliklerin iş sözleşmelerini etkilemeyeceği yönündeki ilkenin anlam ifade edebilmesi, önemli ölçüde, toplu iş sözleşmesiyle elde edilen hakların da sürekliliğini korumasına bağlıdır.

3. İşyerinin ya da bir bölümünün devrinde, devre konu işyerinin, devir anında bir toplu iş sözleşmesi düzeni içinde yer alması ve bu kolektif düzenin devirden ne şekilde etkileneceği sorunu ortaya çıkabileceği gibi; devralan işverenin bir toplu iş sözleşmesine taraf olması durumunda, devralınan işyerinin bu kolektif düzene dahil edilip edilmeyeceği sorunuyla da karşılaşılacaktır. Bu sorunlara çözüm getirme ve öğretide öteden beri yaşanan tartışmalara son verme amacı taşıyan 6356 sayılı Yasanın m.38 hükmü, sorunlara belli ölçüde yanıt verirken; beraberinde farklı görüş ayrılıklarını da getirebilecek nitelikte bir hükümdür.

4. Devre konu işyerinin, herhangi bir toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmaması durumu açısından; m.38/II, yalnızca, devralan işverenin bir işletme toplu iş sözleşmesine taraf olması ihtimalini düzenlemiştir; devralan işverenin aynı işkolunda sadece bir tek işyerinin bulunması nedeniyle işyeri toplu iş sözleşmesine taraf olabileceği durumu öngörmemiştir. Hatta bu ihtimalin, madde gerekçesinde, hükmün çözmeyi amaçladığı noktalar arasında belirtilmiş olmasına rağmen hükümde yer almaması, madde ile gerekçesi arasında da bir çelişkinin doğmasına neden olmuştur. Kanımızca, m.38/II'de işletme toplu iş sözleşmesi açısından getirilen çözüm, hükmün getiriliş amacı da dikkate alınarak, işyeri toplu iş sözleşmesine taraf olan işveren açısından da kabul edilmeli, devre konu işyerindeki işçilerin, bu toplu sözleşmeden doğan haklardan yararlanması sağlanmalıdır. Aksi yöndeki düşünce, devralan işverenin, devir öncesinde, ilgili işkolunda sahip olduğu işyeri sayısının bir veya birden fazla olmasının, devre konu işyerindeki işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği hususunda

belirleyici kriter sayılmasına neden olacaktır; bu durumun, yasa koyucunun amacı karşısında kabul edilemez olduğu açıktır.

5. Devre konu işyerinin, devir öncesinde sahip olduğu kolektif düzenin, devirle birlikte korunması hususu ise, çözüm aranması gereken sorulara yenilerini eklemektedir: Devredilen işyerinin, aynı işkolunda başka bir işyeri olmayan bir işverence devralınmasında, 6356 s. Yasa m. 37/I gereği, işyerinin, kapsamında olduğu toplu iş sözleşmesinin türü önem arz etmeksizin, devralan işverenin bu sözleşme ile bağlı olacağı kabul edilebilecektir. Ancak, işletme toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınmasından sonra fakat toplu iş sözleşmesinin bağtlanmasından önce, işletmeye dahil bir işyerinin devri halinde, nasıl bir çözüm benimsenmesi gerektiği konusundaki tartışma, 6356 s. Yasa döneminde de varlığını koruyacaktır.

6. Devir anında yürürlükteki bir toplu iş sözleşmesinin kapsamında bulunan bir işyerinin, aynı işkolunda işyer(ler)i bulunan fakat herhangi bir toplu sözleşmeye taraf olmayan bir işverence devralınması durumuna ilişkin olarak ise, m.38/I, c.2 hükmüne göre, devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Hükmün getirilmesindeki amaç, hem devre konu işyerindeki işçilerin toplu sözleşmeden doğan haklarının korunması, hem de devirle birlikte 6356 s. Yasa anlamında (m.2/I, d) bir işletmenin varlığı söz konusu olacağından, bu işletmenin bütününe kapsayacak tek bir işletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasını sağlamak iken; yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar, devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların “*toplular iş sözleşmesi hükmü*” olarak devam edeceği ifadesi, toplu sözleşmenin ard etkisi ilkesi ile çelişmesi nedeniyle eleştiriye açık bulunmaktadır.

7. Hem devre konu işyerinde, hem de devralan işverenin aynı işkolundaki işyer(ler)inde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ihtimaline ilişkin olarak ise, 6356 s. Yasanın m.38/I, c.1 hükmünde, devralınan işyerindeki toplu sözleşmeden doğan hak ve borçların, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği öngörülmektedir. Bu düzenleme, devirle birlikte, aynı işletme bünyesinde, birden fazla toplu sözleşmenin yürürlükte olması sorununu, 2822 s. Yasa döneminde bu konuda yapılan tartışmaları sona erdirme açısından isabetli olarak nitelendirilebilecek olsa da; devre konu

işyerindeki toplu sözleşme hükümlerinin normatif olma özelliğini yitirerek, iş sözleşmesi hükmü haline geleceklerini kabul etmek, bazı sakıncaları beraberinde getirebilecektir. Bu haliyle hüküm, AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesindeki, devralan işverenin, toplu iş sözleşmesinin feshedildiği veya süresinin sona erdiği tarihe kadar ya da bir diğer toplu iş sözleşmesinin yürürlük veya uygulama başlangıcı tarihine kadar, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olduğunu öngören düzenleme ile de uyumsuzluk içindedir. Mevcut düzenlememizin sağladığı korumanın yeterli olmadığı düşüncesinden hareketle, hükmün değiştirilerek, AB Yönergesinin m.3/3 hükmü ile uyumlu hale getirilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz. Bunun da ötesinde, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından, İsviçre ve Fransa'daki uygulama dikkate alınarak, devre konu işyerindeki ve devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinin hükümlerinin yarışacağının; yararlılık ilkesi çerçevesinde hangi hüküm işçilerin daha lehine ise, bunun uygulama alanı bulmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

8. İşyerinin bir bölümünün devri ve bu bölümün dahil olduğu işkolunun devirle birlikte değişmesi sorunu ise 6356 s. Yasa ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmış ancak 6356 s. Yasanın m.5/III ve m.37/I hükümlerinin, Yasanın sendika üyeliğine ilişkin m.19/VII hükmü ile bağlantısının kurulmamış olması sebebiyle varlığını koruyan bir sorun teşkil etmektedir. İşkolu değişikliği nedeniyle sendika üyeliği sona eren işçilerin, devre rağmen varlığını koruyan toplu sözleşmeden ne şekilde yararlanabileceği, belirsiz kalmaktadır. Bu konuda akla gelebilecek bir çözüm, işkolu değişikliği nedeniyle, devre konu birimde çalışan işçilerin, yararlanabileceği bir toplu iş sözleşmesinin kalmaması sonucu, m.38/II hükmünün uygulama alanı bulabilmesi ve işçilerin hiç olmazsa, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının sağlanmasıdır.

