

İŞÇİYE ZAM YAPILMAMASI-EŞİT İŞLEM BORCUNA AYKIRILIK-HAKLI FESİH

Av. Erdoğan KAYA - www.gurselavukatlik.com

2017 yılında asgari ücret % 7,92 artış oranı ile 1.404,06 TL'ye yükseltildi. Söz konusu artış ile birlikte asgari ücretin üzerinde ücret alan çalışanlarda da ücret zammı beklentileri söz konusu oldu. Biz de bu yazımızda konuya ilişkin açıklamalar getireceğiz.

ÜCRETİN, ASGARİ ÜCRETİN ALTINDA KALMASI DURUMUNDA ZAM YAPILMASI GEREKİR Mİ?

Asgari ücret, adından da anlaşılacağı gibi işçiye ödenebilecek en düşük ücret tutarındır. Bunun altında işçi çalıştırılması idari para cezasını gerektirir. Bu konuda işçinin onayı olması da işvereni sorumluluktan kurtarmamaktadır. İşveren, işçiye en az asgari ücret tutarında bir ücret ödemek zorundadır. Aksi takdirde işçi, iş akdini haklı sebeple sona erdirebilir¹. Bunun yanında işçi, eksik ödenen ücretlerini de talep edebilir.

İŞVEREN, İŞÇİNİN ÜCRETİNE ZAM YAPMAK ZORUNDA MIDIR?

2017 yılı başında asgari ücrette yapılan artış, asgari ücretin üzerinde ücret almakta olanlarda da bir artış beklentisi yaratmıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki İş Kanununda işverenin, ücretlerde yapması gereken zam konusuna ilişkin doğrudan bir düzenleme söz konusu değildir(Bu konuda sadece asgari ücrete ilişkin bir düzenleme olmakla birlikte asgari ücretin belirlenmesi işverene bırakılmamış olup, oluşturulacak “Asgari Ücret Tespit Komisyonu” tarafından belirlenmektedir²).

İş Kanunu açısından bakıldığında işveren, asgari ücretin altında kalmamak ve eşitlik ilkesine aykırı olmamak üzere işçinin ücretinde zam yapmayabilir. Ancak şu hususu önemle belirtmek gerekir ki; iş sözleşmesinde ücrette yapılacak zamma ilişkin bir düzenleme varsa işçi, işverenden ücretinde sözleşmeye göre artış yapılmasını isteyebilir.

İŞ SÖZLEŞMESİNDE, ÜCRETE ARTIŞA İLİŞKİN BİR DÜZENLEME YOKSA İŞÇİ, ÜCRETİNE ZAM YAPILMADI DİYE İŞ AKDİNİ HAKLI SEBEPLE FESHEDEBİLİR Mİ?

İşçi, ücreti asgari ücretin altında kalmaması ve diğer işçilerin ücretlerine zam yapıldığı halde eşitliğe aykırı şekilde ücretine yapılmaması ya da sözleşmesinde ücret artışına ilişkin herhangi bir düzenleme olmaması halinde ücretinde zam yapılmadığı gerekçesiyle iş akdini haklı sebeple feshedemez. Bu halde işçi tarafından yapılan fesih haksız niteliktedir. Bu durumda da işçi, bu fesih nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Yargıtay 9. H.D.'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararda; “*Dosya içeriğine göre, davacı ve arkadaşlarının ücretlerde yeniden düzenleme yapılmasını isteyen dilekçe vermelerinin ve işverence bu talebin kabul edilmemesinin ardından davacının işyerine gelmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanmasına olanak bulunmamaktadır. Mahkemece davacının isteklerinin reddi ile davalı karşı davacı işverenin ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken, aksine yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup*

¹ 4857 s. İş Kanunu md. 24/II-e

² İş Kanunu md. 39

bozmayı gerektirmiştir. ” şeklinde değerlendirme yapılmıştır³. Görüldüğü üzere böyle bir fesih durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması bir yana iş akdini de haksız bir şekilde derhal feshettiği ve fesihle ihbar sürelerine uymadığı için işverene “ihbar tazminatı” ödemek zorunda da kalabilir⁴.

İŞ SÖZLEŞMESİNDE ÜCRET ARTIŞINA İLİŞKİN HÜKÜM OLMASINA KARŞIN İŞVEREN TARAFINDAN ZAM YAPILMAMASI, İŞÇİYE HAKLI FESİH İMKÂNI VERİR Mİ?

İşçi, sözleşmede ücrette zamma ilişkin düzenleme olmasına karşın, bu zammın usulünce yapılmaması durumunda işçi, iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir. Konuya ilişkin düzenlemede; “*İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse,* ” işçi, iş akdini haklı sebeple ve derhal feshedebilir⁵. Bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

Sözleşmelerde işçinin ücretine yapılacak zamma ilişkin çeşitli belirlemeler söz konusu olabilmektedir. Asgari ücret zammı oranında, TÜFE oranında vb. şekilde artış oranları belirlenebilmektedir. İşverenin, sözleşmede belirlenen zam oranını uygulamaması halinde işçinin, haklı sebeple fesih hakkı söz konusu olur.

İŞVERENİN, EŞİTLİĞE AYKIRI ŞEKİLDE ZAM UYGULAMASI, İŞÇİYE HAKLI FESİH İMKÂNI VERİR Mİ?

İşverenin, işyerinde çalışan işçilere karşı eşit davranması gerekir. İşçiye eşit davranma, iş sözleşmesinde işverenin borçlarından biridir. İşverenin bu borcuna, “eşit işlem borcu” denilmektedir⁶. Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki eşit işlem borcu, işverenin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez⁷, eşitlik eşit durumda olan işçiler arasındaki eşitliktir. Aksi takdirde bu durumun kendisi bazı hallerde başlı başına eşitsizlik haline gelebilir⁸.

İşverenin, işçilere karşı eşit davranma borcuna ilişkin İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde düzenleme yapılmıştır. Konumuz açısından bakıldığında işverenin, eşit durumdaki işçilerine eşit zam uygulamaması halinde işçi, iş akdini haklı sebeple feshedebilir. Yine eşitliğe aykırılık halinde işçi ayrımcılık tazminatı ve ücret farklarını da talep edebilir⁹.

İşçinin fark ücret alacağına hak kazanabilmesi için eşitliğe aykırılığın ispatlanması gerekir. Yargıtay 9. H.D.'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararda; “- *Davacının zam uygulanmaması nedeniyle fark ücret alacağına karar verilmiş ise de, ücrete zam yapılacağına dair sözleşme kaydı ve işyeri uygulaması tespit edilmeden, ayrıca işverenin aynı tarihte aynı şartlarda çalışan işçilere zam yapıp yapmadığı araştırılmadan bu şekilde eşit işlem borcuna aykırılık saptanmadan (Başka Mahkemelerdeki aynı davalıya açılan davalardaki) soyut tanık anlatımlarıyla zamdan dolayı fark ücret alacağına karar verilmesi isabetsizdir.* ” şeklinde değerlendirme yapılmıştır¹⁰

İŞVERENİN, PERFORMANSA DAYALI ZAM YAPMASI MÜMKÜN MÜDÜR?

³ 2007/9045 E. , 2007/17998 K. sayılı ve 05.06.2007 tarihli kararı.

⁴ İş Kanunu md. 17

⁵ İş Kanunu md. 24/II-e

⁶ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2009, syf. 396 vd.

⁷ Yargıtay HGK'nun 2012/9-847 E. , 2013/200 K. sayılı ve 06.02.2013 tarihli kararı.

⁸ Prof Dr. H. Hadi SÜMER, İş Hukuku, 21. Bası, Ankara 2016, syf. 89

⁹ İş Kanunu md. 5

¹⁰ 2015/16420 E. , 2015/21433 K. sayılı ve 11.06.2015 tarihli kararı.

İşverenler, işyerlerinde verimi arttırmak üzere çeşitli yollara başvurmaktadırlar. Bunlardan biri de işyerinde performans dayalı zam uygulamasının söz konusu olmasıdır. Ancak işveren, burada objektif bir şekilde davranmalı, gerçekçi bir ölçüm yapmalıdır. Aksi takdirde işçinin, iş akdini haklı sebeple feshetme hakkı söz konusu olacağı gibi yapılan ayrımcılık sebebiyle “ayrımcılık tazminatı” ve eksik ödenen ücretleri için¹¹ talepte de bulunabilir.

Yargıtay 9. H.D.’nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararda; “Davacı tüm personele yüksek oranda zam yapıldığı halde kendisine %3 oranında zam yapıldığını eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını iddia ederek kıdem tazminatı talep etmiştir. Davalı taraf performans değerlendirilmesi yapılarak verimlilik açısından ücretlerde zam yapıldığını davacının istifa ettiğinden kıdem tazminatı hakkı bulunmadığını savunmuştur. Davalı işverenlik tarafından mukayese imkanı sağlayacak şekilde davacının ve işyerinde aynı pozisyonda çalışan diğer personelin ücret bordroları dosyaya sunulmuştur. Dinlenen tanıklar davacının ücretine 2005 ve 2006 yıllarında %2 ve %3 gibi az miktarda zam yapıldığı aynı işyerinde diğer çalışanlara %20-23 ve %10-15 oranında zam yapıldığını söylemişlerdir. Somut olayda işyerinde çalışanlara seyyanen zam yapılmadığı ve performans değerlendirilmesiyle çalışanların ücret zamlarının belirlendiği mevcut belgelerden ve tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davalı tarafça 08.07.2008 tarihli dilekçe ekinde sunulan performans değerlendirme formlarını incelenmesinde davacının aylara göre 50 üzerinden hesaplanan başarı puanının 40’ın altına düşmediği 100 üzerinden hesaplanan başarı puanının 85’in altına düşmediği 100 üzerinden hesaplanan başarı yüzdesinin de 80’nin altına düşmediği, diğer çalışanlarla başarı puanı ve başarı yüzdesi oranları bakımından dikkate değer büyük farklar olmadığı, birçok ayda diğer çalışanlar ile birlikte aynı ve birbirine yakın başarı puanı ve başarı yüzdesi değerlendirilmesi yapıldığı görülmüştür. Tüm deliller ve dosya kapsamı bu şekilde değerlendirilerek davacının 2005 ve 2006 senelerinde işverenlik tarafından eşit davranma ilkesin aykırı uygulama yapılarak ücretine düşük oranda zam yapıldığı davacının işyerinden bu şekilde ayrılmaya zorlandığı, davacı tarafından noterden gönderilen bildirim haklı fesih olduğu kanaatine varılmış içeriği itibarıyla dosyadaki belgelere, usul ve yasaya uygun olan bilirkişi raporunda belirtilen miktarla sınırlı olarak davanın kabulüne karar verilmiştir.” şeklinde değerlendirme yapmıştır¹². Görüldüğü üzere karara konu olan uyuşmazlıkta işverenin usulünce bir performans ölçümü yapmasına karşın, bu performans ölçümüne uygun davranmaması eşitliğe aykırılık oluşturmakta ve işçi açısından haklı fesih sebebi olarak kabul edilmektedir.

Bazı halde işveren, performans ölçümü yapmamasına karşın performansa dayalı olarak ücretlerde artış yaptığı iddiasında bulunabilmektedir. Yargıtay 9. H.D.’nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararda; “Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, işyerinde çalışan işçilere Nisan 2003 tarihinde 90.000.000 TL zam yapıldığı halde, davacı işçiye verim düşüklüğünden söz edilerek bu ücret artışının 20.000.000 TL olarak uygulandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin verimsiz çalıştığına dair işverence yapılmış bir tespit de bulunmamaktadır. İşverenin gerekçesiz olarak davacıya emsallerinden daha az ücret artışı yapması, işçiye iş sözleşmesini haklı olarak fesih imkanı vermektedir. Davacı işçinin işverenin bu beyanı üzerine işyerinden ayrıldığı işverence tutulan tutanaklar ile dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı neden dayandığından kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.” şeklinde değerlendirme yapmıştır¹³.

¹¹ İş Kanunu md. 5

¹² 2009/7079 E. , 2011/8486 K. sayılı ve 24.03.2011 tarihli kararı.

¹³ 2005/9518 E. , 2005/12140 k. sayılı ve 05.04.2005 tarihli kararı.