

Av. Ender KIZILRAY

MESS Hukuk Müşaviri

İstihdamın Teşvikine İlişkin Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi

5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 15.05.2008 tarihinde kabul edilmiş ve 26.05.2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanununun 20. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’na geçici 7. madde eklenmiştir.

Madde “18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için 506 sayılı Kanunun ilgili maddeleri uyarınca prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin; kademeli olarak 5 yıllık bir zaman dilimi içinde ilk yıl için yüzde yüzü ve takip eden her yıl için 20 puan azalacak şekilde İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmasını” düzenlemektedir.

Ancak bu düzenlemeden işverenlerin yararlanabilmesi için çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak

506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na vermesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile İşsizlik Sigortası Fonu’ndan karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı ödemiş olması gerekmektedir.

Kanun devamında teşvikin, muvazaalı işlemlerle gerçek istihdam yaratmadan yalnızca teşvikten yararlanmak için yapılacak birtakım işlemlerle, sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmalar ile yurtdışında çalışan sigortalılar hakkında ve kamu idareleri işyerlerinde uygulanmayacağını ve aynı dönem için ayrıca yararlanılan bu madde benzeri destek unsurundan mükerrer olarak yararlanılamayacağını ifade etmektedir.

İşsizliğe büyük bir çare olarak gösterilen ve dolayısıyla işverenler tarafından merakla beklenen, kamuoyunda “İstihdam Paketi” olarak anılan söz konusu düzenleme beklentileri karşılamaktan uzaktır.

Bütün bu olumsuzluklara ilave olarak söz konusu düzenlemenin uygulama esaslarını göstermek amacıyla T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Prim

Yalnızca hafta tatilinde ilave istihdamla ilgili teşvikten yararlanan işçinin hafta tatilinde olduğu gibi yıllık izin, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde de teşvikten yararlanması gerekir.

Tahsilat Daire Başkanlığı'nca 1.8.2008 tarihinde yayımlanan 2008-73 sayılı Genelge de zaten beklentileri karşılamaktan uzak olan düzenlemeye belirli noktalarda açıklık getirirken bazı konularda daha da uygulama gücünü yaratmıştır.

Genelgede özetle aşağıdaki konular düzenlenmiştir:

1) Genelge, sigortalılar yönünden aranılan şartları açıklarken, 1.1.2008 – 30.6.2008 tarihlerini kapsayan altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar kavramına açıklık getirmiş ve ilave istihdamdan yararlanacak kişilerin söz konusu altı aylık dönemde bir günlük dahi çalışmasının olmaması yani bu dönemde işsiz olmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda işverenlerin sağlıklı bir tespit yapabilmeleri için Kurumun web sitesinde yer alan "Hizmet Hesabı" seçeneğinden istifade edebilecekleri belirtilmiştir.

2) Genelge teşvikten yararlanacak sigortalının işe alındıktan sonra fiilen çalışması koşulunu da getirmektedir. Buna göre anılan Kanunda öngörülen diğer şartlara sahip olmasına rağmen ay içinde çeşitli nedenlerle (yıllık ücretli izin ve istirahat gibi) fiilen çalışmamış olan sigortalılara işverenlerce ücret ödenmesi halinde, fiilen çalışılmamış sürelerle ilişkin ödenen ücretlerden dolayı söz konusu teşvikten yararlanılması mümkün olamayacaktır.

İşçi yıllık ücretli izin ve istirahat gibi sürelerde çalışmadığı için, işverenler bu günler için teşvikten yararlanamayacaktır. Ancak Genelgeye göre fiilen çalışmadığı halde sigortalıların hak kazandıkları hafta tatili için ödenen ücretler ise fiilen çalışılmış süreler gibi dikkate alınacaktır.

Genelgede Ulusal Bayram ve genel tatil günleri için istihdamı teşvikten yararlanıp yararlanılmayacağı açık değildir. Kanımca bu konu hatalı düzen-

lenmiştir. Çünkü hem yıllık ücretli izin ve hafta tatili hem de Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işçi çalışmasa da ücretini tam alır.

Genelge uyarınca, yalnızca hafta tatilinde ilave istihdamla ilgili teşvikten yararlanan işçinin hafta tatilinde olduğu gibi yıllık izin, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde de teşvikten yararlanması gerekir.

3) Genelgede Kuruma bildirilmiş toplam sigortalı sayısının tespitinde; sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışan sigortalılar hesaplamaya dahil edilir hükmü bulunmaktadır. Ancak sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanların ilave istihdam konusu teşvikten yararlanması mümkün olmadığından ortalama işçi sayısında göz önünde tutulmaları da kanımca yanlıştır.

4) Genelgede ilginç bir şekilde "Aracı" kavramı kullanılmış olup "Aracısı bulunan işyerleri ve aracılar 4447 sayılı Kanununun geçici 7. maddesinde öngörülen işveren hissesi sigorta prim teşvikinden gerek işveren ve gerekse aracılar tarafından işe alınan toplam sigortalı sayısına göre yararlanılacağı ve hangi aracının kaç sigortalıdan dolayı teşvikten yararlanabileceği veya yararlanamayacağı hususu asıl işveren tarafından değerlendirilecektir." ifadesi kullanılmaktadır.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki gerek 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gerekse Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde artık aracı kavramı yer almamaktadır. Alt işveren tabiri aracı kavramı yerine kullanılmaktadır.

Genelge ile yapılan açıklamalar ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nda getirilen asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddenin içeriğine de aykırıdır.

Nitekim 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin 6. fıkrasında "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. ..." hükmü yer almaktadır.

Kanun, görüldüğü üzere yardımcı işlerde ve işletme gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işlerde alt işveren ilişkisinin kurulma-

Yapılacak yeni bir düzenleme ile aracı kavramı altında düzenlenen uygulamanın Genelgeden çıkarılıp asıl işveren ve alt işverenlerin ayrı başvuruda bulunmaları ve ayrı ayrı yararlanma koşullarının kabul edilmesi imkanı getirilmelidir.

sına cevaz vermekte, yalnızca asıl işte muvazaalı alt işveren ilişkilerine izin vermemektedir.

Yasal düzenleme Kanuna uygun kurulan asıl işveren-alt işveren münasebetinde de alt işvereni işçinin korunmasına dönük istisnalar dışında ayrı ve bağımsız bir işveren olarak kabul etmektedir.

Oysa ki Genelge tüm bu esaslara aykırı olarak asıl işveren ve alt işverenleri ayırım olmadan ve artık sosyal güvenlik mevzuatında da kullanılmayan aracı kavramı altında birleştirmiş ve uygulamada pek çok soruna sebep olacak şekilde bir düzenleme getirmiştir.

Bu düzenleme ile işyerinde alt işverenler ve asıl işveren arasında problemler yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca bu konu uygulamada birtakım karışıklıklara da sebep olacaktır.

Alt işverenlerin iş aldıkları bir başka işyerinde çalıştırdıkları işçilerden dolayı dahi olsa Kuruma prim borcu olması halinde bu durum nedeniyle asıl işverenin veya aynı işyerinde iş alan bir başka alt işverenin teşvikten yararlanmasını engelleyebileceği kuşkusuz bulunmaktadır.

Yapılacak yeni bir düzenleme ile aracı kavramı altında düzenlenen uygulamanın Genelgeden çıkarılıp asıl işveren ve alt işverenlerin ayrı başvuruda bulunmaları ve ayrı ayrı yararlanma koşullarının kabul edilmesi imkanı getirilmelidir.

5) Genelge Kanuna uygun olarak teşvikten yararlandırılmayacak muvazaalı işlemleri de saymıştır. Buna göre; "Mevcut bir işyerinin kapatılarak; değişik bir ad veya unvan ya da bir işbirimi olarak aynı faaliyette açılması veya sigortalıların bir bütün olarak devredilmesi halinde uygulanmayacağı" öngörülmüştür.

Yine yönetim ve kontrolü elinde bulunduracak şekilde doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi bu-

lunan şirketler arasında istihdamın kaydırılması, şahıs işletmelerinde işletme sahipliğinin değiştirilmesi gibi ek bir kapasite ve istihdam artışına neden olmayan işlemlerde kapsam dışında tutulmuştur.

Sonuç olarak sözlük anlamı "Yasa ve yönetmeliklerin uygulanmasında yol göstermek, aydınlatıcı ve dikkat çekici olmak gibi amaçlarla ilgililere gönderilen yazı veya sirküler" olan Genelgenin "İstihdamı Teşvik" amacıyla çıkarılan bir Yasa maddesinin metninde yer almayan bir takım kavramlar ve açıklamalarla Yasanın uygulamasını daraltıcı sonuçlar doğuracak ifadeler içermesi yanlıştır. Konunun bu yönü ile değerlendirilmesi ve Yasanın uygulama alanını daraltmayan aksine açıklayan basit ve sade bir anlatımla yeniden düzenlenmesinin Yasanın çıkarılış amacına hizmet edeceği kanısındayız.