

Vakkas DEMİR

Sosyal Güvenlik Kurumu MÜfettişİ

Şirket Ortakları Çalıştırdığı İşçisinden Daha Düşük Prim Ödeyebilir

I- GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın bütün hükümleriyle birlikte yürürlük tarihi olan 1 Ekim 2008'den önce, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanların tabi oldukları sosyal güvenlik kanunu/kurumu ile hizmet akdi ile bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların tabi oldukları sosyal güvenlik kanunu/kurumu ayrıydı. Bu nedenle, tabi olunan sigortalılık hükümleri, emeklilik koşulları ve prim ödeme tutarları, tabi oldukları sosyal güvenlik kanunlarına göre müstakil olarak değerlendirilmekteydi.

5502 sayılı Kanun'la sosyal güvenlik kurumları, 5510 sayılı Kanun'la ise sosyal güvenlik kanunları tek çatı altında birleştirilince, çalışma hayatındaki kişilerin sosyal güvenlikleri yalnızca 5510 sayılı Yasa kapsamında sağlanmaya başlandı. Dolayısıyla, işçi ile işveren aynı sosyal güvenlik kanunu kapsamına alındı.

İşçi ile işverenin 1 Ekim 2008'den sonra 5510 sayılı Yasa kapsamında sigortalı sayılma-

sıyla birlikte, çalışma hayatının olağan akışına uygun olacak şekilde bu yasayla; "işveren sigortalının aylık prime esas kazancı çalıştırdığı sigortalıların prime esas kazancının en yükseğinin otuz katından az olamaz" şeklinde bir hüküm getirildi.

Bu makale çalışmamızda, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile sosyal güvenlik hayatımıza getirilen bu şart ve hükmün, yalnızca gerçek veya basit usuldeki gelir vergisi mükellefi işverenlerine uygulanması gerektiğini ve bu şartın şirket ortağı işverenleri için uygulanamayacağını izah etmeye çalışacağız.

II- KONUyla İLGİLİ YASAL MEVZUATIN AÇIKLANMASI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Prime Esas Kazançlar" başlıklı 80. maddesinin 17.04.2008 tarihli ve 5754 sayılı yasanın 47. maddesiyle değişik ikinci fıkrasının (b) bendinde; "b) Sigortalı aynı zamanda işveren ise aylık prime esas kazancı,

5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde yer alan "çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi" kuralı, şirket ortakları için uygulanmamalıdır.

çalıştırdığı sigortalıların prime esas günlük kazancının en yüksekini otuz katından az olamaz. Aylık prime esas kazancı, çalıştırdığı sigortalının otuz günlük prime esas kazancından düşük olduğu tespit edilen sigortalıların aylık prime esas kazançları, tespit edilen kazanç düzeyine çıkartılarak, aradaki farkın primi, 89 uncu madde hükümlerine göre gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmak suretiyle tahsil edilir..." hükümleri bulunmaktadır.

Üstte madde metnini verdiğimiz yasa hükümlerini açıklayıcı yönetmelik, tebliğ ve genelge türü ikincil bir mevzuat SGK tarafından çıkartılmamıştır. Bu nedenle, yukarıda yer alan ve çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödenmemesi şeklinde özetleyebileceğimiz hükmü, bazı SGK müdürlükleri bütün işveren sigortalılara uygulamaktadırlar. Yazımızın bir sonraki bölümünde, çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödenmemesi şartının şirket ortaklarına uygulanmaması gerektiğini izah edeceğiz.

III-ŞİRKET ORTAKLARI ÇALIŞTIRDIĞI İŞÇİSİNDEN DAHA AZ PRİM ÖDEYEBİLİR

5510 sayılı Yasa'nın 80. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile sosyal güvenlik hayatımıza getirilen ve işveren sigortalının çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödeyemeyeceği şeklinde özetlenebilecek hükmün, şirket ortakları için uygulanmaması ve bu kuralın yalnızca gerçek kişi işverenleri için uygulanması gerektiğiyle ilgili açıklamaların gerekçelerini aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür.

a) 5510 sayılı Kanun'un konuyla ilgili 80. maddesinde aynen; "...b) Sigortalı aynı zamanda işveren ise aylık prime esas kazancı, çalış-

tırdığı sigortalıların prime esas günlük kazancının en yüksekini otuz katından az olamaz..." ifadesi yer almaktadır. Kanun metninden anlaşılacağı üzere, çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödenmemesi şartı, yalnızca sigortalı olan işverenler için geçerlidir.

Tüzel kişiliği olan şirketlerin kendi tüzel kişiliklerinin ise, 5510 sayılı Yasa kapsamında sigortalılık tescillerinin yapılması mümkün değildir. Kaldı ki, gerek 1 Ekim 2008'den önceki Bağ-Kur uygulamalarında, gerekse 1 Ekim 2008'den sonraki SGK uygulamalarında "şirket tüzel kişi sigortalısı" adı altında herhangi bir sigortalı kaydı ve tescili bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasa metninde yer alan "çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödenmemesi" şartı, yalnızca "gerçek kişi işverenleri" için geçerli olması gerekmekte olup, bu kuralın şirket ortakları için uygulanmaması gerekmektedir.

b) Şirketlerde sigortasız çalışanlar ya da sigorta prim günleri eksik bildirilen işçiler, bu durumu Sosyal Güvenlik Kurumu'na şikayet ettiklerinde, şirketin tüzel kişiliğini şikayet etmektedirler. Konuyla ilgili iş mahkemelerine dava açtıklarında ise, davayı şirket ortaklarının şahıslarına karşı değil, şirketin tüzel kişiliğine karşı açmaktadırlar. Bu itibarla, iş ve sosyal güvenlik hayatımızda bile işçi ile işveren şirket arasındaki ihtilaflarda, işveren olarak şirket ortaklarının şahısları değil, şirketin kendi tüzel kişiliği kabul edilmektedir. Bu nedenle, 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde yer alan "çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi" kuralı, şirket ortakları için uygulanmamalıdır.

c) Bütün şirketler hükmi şahsiyettir. Hükmi şahsiyetler ise aynı zamanda tüzel kişiliktir. Bu itibarla, şirket hükmi şahsiyetinin sigortalılığı olamaz. Şirketlerde işveren, şirketin kendi tüzel kişiliğidir. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde yer alan "sigortalı aynı zamanda işveren ise" ifadesini, şirketin tüzel kişiliğini dikkate almadan, şirket ortaklarının şahsi gerçek kişiliklerini şirketlerde işveren olarak kabul etmek hukuki olmayacaktır.

d) 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde yer alan; "sigortalı aynı za-

İşverenlerin çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödeyemeyeceği şartı, yalnızca kendi işyerinde 4/b (Bağ-Kur) sigortalısı olan işveren ile aynı işyerinde 4/a (SSK) sigortalısı olan işçi için aranmalıdır.

manda işveren ise" ibaresine göre, çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödenmemesi kuralının uygulanması için, iki şartın gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi; 4/b sigortalısı olunması, ikincisi ise, işveren olunmasıdır. Şirketlerde ise, işverenin şirketin tüzel kişiliği olduğu, tüzel kişiliğin ise 4/b sigortalısı olması mümkün olmadığı için, "çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi" şartı şirket ortakları için uygulanamaz.

e) 5510 sayılı Kanun'un konumuzla ilgili 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde yer alan; "sigortalı aynı zamanda işveren ise" ibaresinde yer alan "sigortalı" ve "işveren" ibareleri kanun koyucu tarafından bilinçli ve kasti olarak konulmuştur. Çünkü, kanun koyucu tarafından şirketlerde işveren olarak ortakların değil, şirketin tüzel kişiliğinin esas alınacağı başından beri bilinmektedir. Dolayısıyla, şirket ortakları için de "çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi" şartı geçerli olacak olsaydı, 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi metnine şirket ortaklarını ihtiva eden bir ibarenin eklenmesi gerekirdi. Nasıl ki, 5510 sayılı Kanun'un 18. maddesinde şirket ortakları sayılmadığı için, şirket ortakları analık parası ve geçici iş göremezlik ödeneği alamıyorsa, 5510 sayılı Kanun'un konumuzla ilgili 80. maddesinde de, şirket ortakları ibaresi açıkça yer almadığı için, "çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi" şartının şirket ortakları için uygulanmaması gerekmektedir.

IV-6111 SAYILI YASA'NIN BU KONUDA GETİRDİĞİ AYRINTIYA DİKKAT EDİLMELİDİR

Yazımızın üstteki bölümünde izahını yaptı-

ğımız işverenlerin çalıştırdığı işçisinden daha az prim ödeyemeyeceği şartı, yalnızca kendi işyerinde 4/b (Bağ-Kur) sigortalısı olan işveren ile aynı işyerinde 4/a (SSK) sigortalısı olan işçi için aranmalıdır.

Bilindiği üzere, 25.02.2011 tarihli 6111 sayılı torba yasanın 33. maddesiyle, 5510 sayılı Kanun'un "Sigortalılık Hâllerinin Birleşmesi" başlıklı 53. maddesi hükümleri değiştirilmiştir. 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesindeki değişikliği gerçekleştiren 6111 sayılı Torba Yasa'nın 33. maddesi, 1 Mart 2011'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Kanun metnindeki hükümlere göre, 01.03.2011'den sonra 4/a sigortalılık hali kapsamındaki işçiler, 4/b sigortalılık hali kapsamındaki bağımsız çalışan esnaf ve çiftçiler ile 4/c sigortalılık hali kapsamındaki kamu görevlilerinin hizmet süreleri birbiriyle çakıştığında, öncelikle 4/c sigortalılık hali kapsamındaki hizmet sürelerine itibar edilecektir.¹ 4/a sigortalılık statüsü ile 4/b sigortalılık statüsü kapsamındaki hizmet süreleri birbiriyle çakıştığında ise, 4/a sigortalılık statüsü kapsamındaki hizmet sürelerine itibar edilecektir.

6111 sayılı Yasa ile hizmet çakışması anlamında getirilen bu yeniliğe göre, 4/b sigortalısı olan kişiler, 4/b sigortalılıkları devam ederken işyerlerini kapatmadan veya başkasına devretmeden, başka bir işyerinde 4/a sigortalısı olabilmektedirler. Dolayısıyla, bu durumdaki kişiler, kendi işyerlerinde çalıştırdıkları işçilerden daha az prim ödeyebilirler. 5510 sayılı Kanun'un yazımızla ilgili 80. maddesinde yer alan "...b) Sigortalı aynı zamanda işveren ise aylık prime esas kazancı, çalıştırdığı sigortalıların prime esas günlük kazancının en yüksekini otuz katından az olamaz..." ifadesinin, yalnızca kendilerine ait veya ortağı oldukları işyerlerinden 4/b sigortalısı gösterilen kişiler ile aynı işyerlerinde 4/a sigortalısı gösterilen işçiler için uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Sigortalılık Hâllerinin Birleşmesi" başlıklı 53. maddesinde; "...4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları

“Çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” şartını şirket ortaklarına uygulamak hak ve adalete aykırıdır.

işyerlerinden dolayı, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler...” hükmü bulunmaktadır.

V- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

5510 sayılı Kanun’da ve bu kanuna istinaden çıkarılan yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi ikincil mevzuatların hiç birisinde, 5510 sayılı Kanun’un 80. maddesinde yer alan ve “çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” şeklinde özetleyebileceğimiz şartın, şirket ortakları için uygulanıp uygulanmayacağı hususunda açık ve net bir yazılı hüküm bulunmamaktadır. 5510 sayılı Kanun müstakil bir kanun olmasına rağmen, bu kanunun uygulamasını yaparken etkileşim içinde olduğu diğer kanunlara göre de karar vermek gerekir. Örnek olarak, 5510 sayılı Kanun’da şirket ortaklarının zorunlu olarak sigortalı olacakları yazılıdır ama şirketin hükmi şahsiyet olduğu, tüzel kişiliği bulunduğu, bu nedenle işveren olarak şirket ortaklarının değil, şirketin tüzel kişiliğinin kabul edilmesi gerektiği yazılı değildir. Buna ilişkin bilgiler ise, şirketler hukukunda ve ticaret hukukumuzda mevcut bulunmaktadır. Bu nedenle, şirket ortakları hakkında “çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” şartının uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin karar verirken, 5510 sayılı Kanun’un irtibatlı olduğu mevzuatları da göz önünde bulundurmak gerekir. 5510 sayılı Kanun’un 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde yer alan; “sigortalı aynı zamanda işveren ise” ibaresindeki “sigortalı” ve “işveren” kelimeleri kanun koyucu tarafından bilerek konulmuştur. Çünkü, şirketlerin tüzel kişiliğinin 5510 sayılı Yasa kapsamında sigortalı olması mümkün değildir. Şirketin ortakları şirkete ortaklıklarından dolayı 4/b sigortalısı olurlar. Şirketlerde işveren ortaklar değil, şirketin hükmü şahsiyeti yani tüzel kişiliğidir. Her ne kadar 5510 sayılı Kanun’un 80. maddesi ikinci fıkrası (b) bendinde, şirket or-

taklarının “çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” şartından istisna tutulacağı yer almıyorsa da, kanun metninde yer alan “sigortalı aynı zamanda işveren ise” ibaresi, şirketin tüzel kişiliğinin sigortalı olamayacağı dolayısıyla bu hükmün yalnızca gerçek kişi 4/b sigortalısı işverenler için uygulanması gerektiğinin zımni bir şekilde kabulüdür. Ayrıca, “çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” şartını şirket ortaklarına uygulamak hak ve adalete aykırıdır. Şöyle ki; örnek olarak, Bay A, bir limited şirketin yüzde 1’lik hissesini alarak şirkete ortak olmuştur. Bay A’nın şirketten aldığı hissenin kendisine kazancı çok cüzi düzeylerde ya da hiç kazanç sağlamıyor olabilir. Eğer, “çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” şartını şirket ortakları için uygularsak, bu durumda Bay A’nın şirketten aldığı yüzde 1’lik hisse yüzünden şirkette çalışan işçilerin prime esas günlük kazancının en yükseğinin otuz katından az olmayacak şekilde bir kazanç bildiriminde bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla Bay A, kazanç sağlamak amacıyla ortak olduğu şirketten, bu kuralın uygulanması nedeniyle, SGK tarafından kendisine yüksek miktarlarda çıkartılacak sigorta prim borcu yüzünden belki de zararlı çıkacaktır. Bundan dolayı, “çalıştırdığı işçisinden az prim ödenmemesi” kuralının şirket ortakları için uygulanmaması hakkaniyetli olacaktır.

DİPNOT

- 1 Buradaki ifadelerimiz, SGK’nın 2011/36 sayılı Genelgesi’nin 6.1 başlıklı bölümünde aynen mevcut bulunmaktadır.