

**ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI İLE SÖZLEŞME YAPAN VE GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ KAPSAMINDA
ÇALIŞANLARIN SOSYAL GÜVENLİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAKIMINDAN İŞVERENLERİ KİMLERDİR?
(MEVZUAT HÜKÜMLERİ, YARGI KARARLARI VE KURUM UYGULAMASI ÇERÇEVESİNDE BİR
DEĞERLENDİRME)**

1. GİRİŞ

İşgücü piyasasında kamu istihdam hizmetlerinin payı azalırken, aracılık faaliyetinin özel sektör eliyle yürütülmesi bütün dünyada hızla yaygınlaşmıştır. Ülkemizde de 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun ile hukuki zemine kavuşturulan özel istihdam büroları (ÖİB), başlangıçta yalnızca iş arayanlar ile açık işleri buluşturan bir aracılık kurumu olarak tasarlanmış; 20/5/2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6715 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesinde yapılan köklü değişiklik sonucunda ise, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma yetkisiyle donatılarak doğrudan işveren konumuna getirilmiştir.

Bu yeni yapı, iş hukukunun klasik ikili işçi-işveren şemasını aşan üçlü bir ilişki doğurmaktadır: bir yanda özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasındaki iş sözleşmesi, diğer yanda özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasındaki geçici işçi sağlama sözleşmesi bulunmakta; işçi ise kendisiyle hiçbir sözleşmesel bağı olmayan üçüncü bir kişinin işyerinde, onun talimatları altında iş görmektedir. İş görme ediminin sunulduğu yer ile iş sözleşmesinin tarafı olan kişi böylece birbirinden ayrılmaktadır.

Bu ayrışma, iş hukuku bakımından 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki açık hükümle çözülmüş olmakla birlikte, sosyal güvenlik hukuku bakımından aynı açıklıkta bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, işveren sıfatını sözleşmeye değil "çalıştırma" olgusuna bağlamış; özel istihdam bürolarına ve geçici işçi sağlama sözleşmesine ilişkin özel bir hükme yer vermemiştir. Buradan hareketle, sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmesi, işyeri tescili, aylık prim ve hizmet belgesi ile muhtasar ve prim hizmet beyannamesinin düzenlenmesi, primlerin ödenmesi ve iş kazası bildiriminin yapılması gibi yükümlülüklerin hangi tarafa ait olduğu, uygulamada tereddüt yaratmaktadır.

Bu çalışmada, özel istihdam bürosu ile sözleşme yapan çalışanların sosyal güvenlik yükümlülükleri bakımından işverenin kim olduğu sorusu; ilgili kanun hükümleri, ikincil mevzuat, Yargıtay içtihadı, Sosyal Güvenlik Kurumu uygulaması ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ışığında incelenmekte, mevzuat hükümleri arasındaki uyumsuzluklar tespit edilerek çözüm önerileri sunulmaktadır.

2. HİZMET AKDİ VE İŞVEREN KAVRAMLARINA İLİŞKİN YASAL ÇERÇEVE

A. 5510 Sayılı Kanun Hükümleri

5510 sayılı Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (11) numaralı bendinde hizmet akdi;

"22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini,"

şeklinde tanımlanmış; "İşveren, işveren vekili, geçici iş ilişkisi kurulan işveren ve alt işveren" başlıklı 12 nci maddesinde ise;



"4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir.

İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir. Bu Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur."

hükmü öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere 5510 sayılı Kanun, işveren sıfatını herhangi bir sözleşme tipine değil, doğrudan "sigortalı sayılan kişileri çalıştırma" olgusuna bağlamıştır. Buna karşılık aynı maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde, geçici iş ilişkisi kurulan işveren "işveren" olarak nitelendirilmemiş; yalnızca işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Bu tercih, kanun koyucunun geçici iş ilişkisinde asıl muhatabı işçiyi devreden taraf olarak gördüğünün dolaylı da olsa bir göstergesidir.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri

Hizmet sözleşmeleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 393 üncü maddesinde düzenlenmiş olup, "Tanım" başlıklı söz konusu maddede;

"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir. Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çiraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır." hükmüne;

"Kurulması" başlıklı 394 üncü maddesinde ise;

"Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir. Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur."

hükmüne yer verilmiştir.

C. 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri

4857 sayılı İş Kanununun "Tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinde;

"Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir." denilmiştir;

"Tanım ve şekil" başlıklı 8 inci maddesinde de iş sözleşmesi, "bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme" olarak tanımlanmıştır.



Her iki kanunun işveren tanımı karşılaştırıldığında; 4857 sayılı Kanunun işveren sıfatını "iş sözleşmesinin tarafı olma" ölçütüne, 5510 sayılı Kanunun ise "fiilen çalıştırma" ölçütüne yaklaştırdığı görülmektedir. Klasik ikili iş ilişkisinde bu iki ölçüt aynı kişide birleştiğinden ayırım pratik bir sonuç doğurmamakta; ancak geçici iş ilişkisinde sözleşmenin tarafı ile fiilen çalıştıran birbirinden ayrıldığından, tanım farkı doğrudan sonuç doğuran bir soruna dönüşmektedir.

3. ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI VE GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN HUKUKİ YAPISI

A. Kuruluş ve Geçici İş İlişkisi Kurma Yetkisi

Özel istihdam büroları, 5/7/2003 tarihli ve 25159 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4904 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olup, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık etmek üzere Türkiye İş Kurumundan izin almak suretiyle faaliyet gösterirler. Verilen izin üç yıl süreyle geçerli olup yenilenebilir niteliktedir.

Aracılık faaliyeti izni ile geçici iş ilişkisi kurma yetkisi birbirinden farklıdır. 11/10/2016 tarihli ve 29854 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 14 üncü maddesi uyarınca, geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilebilmesi için büronun izin süresince kesintisiz faaliyette bulunmuş olması, brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat vermesi ve Kurum denetiminde olumlu rapor düzenlenmiş olması aranmaktadır. Dolayısıyla yalnızca aracılık izni bulunan bir büronun geçici iş ilişkisi kurması hukuken mümkün değildir.

B. Geçici İş İlişkisinin Kurulabileceği Haller ve Sınırlar

6715 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi uyarınca geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi ise, Türkiye İş Kurumunca izin verilen büronun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak işçisini geçici olarak bu işverene devri ile; iş sözleşmesinin askıda kaldığı hâllerde, mevsimlik tarım işlerinde, ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, üretim kapasitesinin öngörülemeyen şekilde artması hâlinde ve mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde kurulabilir.

Geçici işçi sağlama sözleşmesi, mevsimlik tarım işleri ve ev hizmetleri hariç olmak üzere en fazla dört ay süreyle yapılabilmekte; sözleşme en fazla iki defa yenilenebilmekte ve toplam süre sekiz ayı aşamamaktadır. Sözleşmenin sona ermesinden itibaren altı ay geçmedikçe aynı iş için yeniden geçici işçi çalıştırılmaz. Ayrıca geçici işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez; on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde ise beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarında, yer altında maden çıkarılan işyerlerinde, toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince ve grev ile lokavt uygulaması sırasında geçici iş ilişkisi kurulması yasaktır.



C. İkili Sözleşme Yapısı ve Tarafların Konumu

4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde açıkça;

"Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak kurulur." denilmek suretiyle işveren sıfatı tereddüde yer bırakmayacak biçimde özel istihdam bürosuna tanınmıştır. Buna karşılık aynı madde, geçici işçi çalıştıran işverene; işin gereği ve sağlama sözleşmesine uygun olarak talimat verme yetkisi tanımakta, iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini bildirme, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini verme ve gerekli tedbirleri alma, sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırma ve açık iş pozisyonlarını bildirme yükümlülükleri yüklemektedir.

Böylece işverenlik sıfatının klasik içeriği bölünmüş; sözleşmesel bağ, ücret ödeme borcu ve fesih yetkisi özel istihdam bürosunda kalırken, yönetim ve talimat verme yetkisi ile işyerine ilişkin fiili koruma yükümlülükleri geçici işçi çalıştıran işverene geçmiştir. Sosyal güvenlik yükümlülüklerinin dağılımına ilişkin tartışma da esas olarak bu bölünmeden kaynaklanmaktadır.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI BAKIMINDAN İŞVERENLİK SIFATININ TESPİTİ

Öğretide ve yerleşik yargı kararlarında iş sözleşmesini belirleyen unsurlar "ücret", "bağımlılık" ve "zaman" olarak sıralanmaktadır. Bu unsurlar içinde iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran asıl ölçüt, hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğmakta; işçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ bulunmakta, bu bağ iş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için de kişisel bağımlılık niteliği taşımaktadır.

Bağımlılık unsurunun içeriğini, işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi ve ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararında (Y.10.HD. T.01.07.2014, E.2013/13002, K.2014/16232);

"...506 sayılı Kanunun 4. maddesinde 'sigortalıları çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler' işveren olarak tanımlanmıştır. 'Çalıştıran' olgusu, tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen 'işvereni' ifade etmektedir. Sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin hangi işverenler tarafından düzenlenmiş olduğu tespit edilip, hizmet tespitine yönelik davanın... sigortalıyı fiilen çalıştıran işverenlere yöneltilmesi gerekir." denilmiştir;



Aynı kararda ücret unsuruna ilişkin olarak da "... 'ücret' unsuruna her ne kadar tanımda ve iş sahibinin borçları belirtilirken yer verilmiş ise de, bu unsurun sigortalı niteliğini kazanabilmek için zorunlu olmadığının kabulü gerekir. Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, iş sözleşmesinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, 'zaman' ile 'bağımlılık' unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir."

tespitlerine yer verilmiştir.

Anılan kararda dikkat çeken husus, Yüksek Mahkemenin "çalıştıran" olgusunu hem hizmet akdinin tarafı olma hem de fiilen çalıştırma ölçütleriyle birlikte ele almış olmasıdır.

Klasik iş ilişkisinde bu iki ölçüt örtüştüğünden sorun doğmamaktadır. Ancak geçici iş ilişkisinde hizmet akdinin tarafı özel istihdam bürosu, talimat vererek fiilen çalıştıran ise geçici işçi çalıştıran işverendir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin unsurlarından hareketle yapılacak bir değerlendirme, tek başına kesin bir sonuç vermemekte; her iki tarafı da işverenliğe yaklaştıran ölçütler bulunmaktadır. Kanun koyucunun 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde açık bir belirleme yapma ihtiyacı duymasının nedeni de budur.

5. SOSYAL GÜVENLİK YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ DAĞILIMI

A. İşyeri Tescili ve Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi

Geçici işçi ile iş sözleşmesi özel istihdam bürosu tarafından yapıldığından, 5510 sayılı Kanunun 8 inci maddesi uyarınca sigortalı işe giriş bildirgesinin, sigortalının çalışmaya başlatılmasından önce özel istihdam bürosu tarafından ve büronun işyeri dosyası üzerinden verilmesi gerekmektedir. Geçici işçi çalıştıran işveren adına ayrı bir işyeri dosyası tescil edilmesi ya da geçici işçinin bu işverenin dosyasından bildirilmesi söz konusu değildir. Uygulamada geçici işçiler, özel istihdam bürosunun kendi işyeri dosyası üzerinden Kuruma bildirilmektedir.

B. Aylık Prim ve Hizmet Belgesi ile Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesi

5510 sayılı Kanunun "Prim belgeleri ve işyeri kayıtları" başlıklı 86 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında; "İşverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin birinci fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait işyerinden Kuruma verilmesinden, işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan hüküm iki yönden önem taşımaktadır. Birincisi, belgelerin "işverene ait işyerinden" verileceğini açıkça belirtmek suretiyle, bildirim yükümlülüğünün asıl muhatabının işçiyi devreden taraf olduğunu ortaya koymaktadır. İkincisi, devir alan işvereni bu yükümlülük bakımından bağımsız bir yükümlü değil, müteselsil sorumlu olarak konumlandırmaktadır.



C. Primlerin Ödenmesi

Ücret ödeme borcu iş sözleşmesinin tarafı olan özel istihdam bürosuna ait olduğundan, sigorta primlerinin tahakkuk ettirilmesi ve süresinde ödenmesi yükümlülüğü de kural olarak özel istihdam bürosuna aittir. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca geçici işçi çalıştıran işveren, Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğundan, ödenmeyen primler bakımından Kurumun bu işverene de başvurabilmesi mümkündür. Ayrıca 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi uyarınca geçici işçi çalıştıran işveren, bir aydan fazla süreyle çalıştırdığı geçici işçinin ücretinin ödenip ödenmediğini kontrol etmekle ve ödenmeyen ücretleri büroya olan borcundan mahsup ederek doğrudan işçiye ödemekle yükümlüdür.

Prim teşvik, destek ve indirimlerinden yararlanma bakımından da ilgili işyeri, özel istihdam bürosunun işyeri dosyasıdır. Bu durum, geçici işçilerin fiilen çalıştıkları işyerlerinde ortaya çıkan istihdam artışının, o işyerinin sigortalı sayısına ve teşvik hesaplamalarına yansımaması sonucunu doğurmaktadır.

D. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirimi

5510 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi uyarınca iş kazasının, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhâl ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirilmesi zorunludur. Bu hükümdeki "çalıştıran işveren" ibaresi, geçici iş ilişkisi bakımından tereddüt doğurmaya elverişlidir.

Söz konusu tereddüt, 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yer alan ve geçici işçi çalıştıran işverenin; "Geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür." hükmüyle giderilmiştir.

Buna göre iş kazası ve meslek hastalığının ilgili mercilere bildirilmesi yükümlülüğü, işçiyi fiilen çalıştıran ve olaydan doğrudan haberdar olan geçici işçi çalıştıran işverene aittir. Bu düzenleme, sosyal güvenlik yükümlülükleri bakımından "işveren" sıfatının tek bir tarafa özgülenmediğini; kanun koyucunun her yükümlülüğü, o yükümlülüğü fiilen yerine getirebilecek konumdaki tarafa yüklediğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

İş kazasından doğan maddi ve manevi tazminat sorumluluğu bakımından ise, işçiyi gözetme borcunun hem sözleşmesel hem de fiili boyutu bulunduğu, özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işverenin birlikte sorumluluğu gündeme gelmektedir. Zira çalıştıran, çalıştırdığı kişinin her türlü işlem ve eyleminden sorumlu olduğu gibi, işin yapılması sırasında işçinin bir zarara uğramaması için her türlü önlemi de almak zorundadır; işverenin belirlediği yer ve zaman içerisinde işin yapılması sırasında bir iş kazası sonucu işçi ölür veya bedensel zarara uğrarsa, bazı ayrı durumlarda işveren, işçisine veya ölmüşse yakınlarına karşı sorumlu olacaktır.



E. İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri

4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17 nci maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen eğitimlerin verilmesi ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirlerin alınması yükümlülüğünü geçici işçi çalıştıran işverene yüklemiştir. İşyerindeki riskleri bilen, işyeri organizasyonuna hâkim olan ve fiili tehlike alanını yöneten taraf bu işveren olduğundan, düzenleme yerindedir. Ancak iş kazası sonucunda Kurumca uğranılan zararların rücu edilmesinde muhatapın kim olacağı, kanunda ayrıca düzenlenmemiştir.

F. Diğer Yükümlülükler

İşsizlik sigortası primlerinin bildirilmesi ve ödenmesi, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin yükümlülükleri, iş sözleşmesinin tarafı sıfatıyla özel istihdam bürosuna aittir. Çalışma sürelerinin kaydı ve ücret bordrolarının düzenlenmesi de aynı şekilde büronun sorumluluğundadır. Buna karşılık işyerinde tutulması zorunlu iş sağlığı ve güvenliği kayıtları ile geçici işçilerin istihdam durumuna ilişkin bilgilerin varsa işyeri sendika temsilcisine bildirilmesi, geçici işçi çalıştıran işverenin yükümlülüğündedir.

6. MEVZUAT HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ UYUMSUZLUKLAR VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Yukarıda yer verilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, sosyal güvenlik yükümlülüklerinin dağılımı bakımından aşağıdaki sorun alanlarının ortaya çıktığı görülmektedir.

Birincisi, tanım uyumsuzluğudur. 5510 sayılı Kanunun 12 nci maddesi işveren sıfatını "sigortalı sayılan kişileri çalıştırma" olgusuna bağlamıştır. Özel istihdam büroları, temin ettikleri işçileri kendi işyerlerinde fiilen çalıştırmamakta; yalnızca işçi temin etmekte ve temin ettikleri işçileri fiilen çalışacakları işyerinde görevlendirmektedir. Bu olgu esas alındığında, özel istihdam bürolarının 5510 sayılı Kanunun anılan hükümlerine göre işveren olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmak mümkündür. Buna karşılık 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi, "Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur." demek suretiyle açık bir belirleme yapmıştır. İki kanun arasındaki bu gerilim, yorum yoluyla giderilmeye çalışılmakta; ancak mevzuat düzeyinde çözülmüş değildir.

İkincisi, 5510 sayılı Kanunun 12 nci maddesindeki "geçici iş ilişkisi kurulan işveren" ibaresi ile 86 ncı maddesindeki "devir alan" ibaresinin, 6715 sayılı Kanun öncesindeki modele göre kurgulanmış olmasıdır. Anılan hükümler, bir işverenin kendi işçisini geçici olarak başka bir işverene devretmesi esasına dayanan eski 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesi dikkate alınarak kaleme alınmıştır. 6715 sayılı Kanunla getirilen meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi modeli bakımından 5510 sayılı Kanunda herhangi bir güncelleme yapılmamış; özel istihdam bürosuna, geçici işçi sağlama sözleşmesine ve bu ilişkiden doğan yükümlülüklerle ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir.

Üçüncüsü, işyeri ve tehlike sınıfı sorunudur. Geçici işçi, özel istihdam bürosunun işyeri dosyası üzerinden bildirilmekte; buna karşılık fiilen tamamen farklı bir tehlike sınıfına giren bir işyerinde çalışmaktadır. Bu durumda kısa vadeli sigorta kolları bakımından risk ile prim yükü arasındaki bağ kopmakta; iş kazası riski yüksek işyerlerinde çalıştırılan geçici işçilerin oluşturduğu risk, büronun kendi faaliyet konusuna göre belirlenen işyeri tehlike sınıfına yansımamaktadır. Aynı sorun, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunumu, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğünün hesaplanması ve işyeri bazlı denetim uygulamaları bakımından da geçerlidir.



Dördüncüsü, hizmet tespiti ve husumet sorunudur. Sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin olup, hizmet akdinin hangi işveren tarafından düzenlendiğinin ve sigortalıyı fiilen kimin çalıştırdığının birlikte araştırılmasını gerektirmektedir. Geçici iş ilişkisinde bu iki olgu farklı kişilerde toplandığından, davanın kime yöneltileceği ve husumetin nasıl kurulacağı tereddüt doğurmaktadır. Uygulamada davaların hem özel istihdam bürosuna hem de geçici işçi çalıştıran işverene yöneltilmesi, müteselsil sorumluluk hükümleri karşısında daha güvenli bir yol olarak görünmektedir.

Beşincisi, teşvik ve destek uygulamalarındaki belirsizliktir. İstihdam teşvikleri işyeri bazlı olarak kurgulandığından, geçici işçilerin büronun dosyası üzerinden bildirilmesi, fiilen istihdam artışı sağlayan işyerinin teşviklerden yararlanamaması sonucunu doğurabilmektedir. Aynı şekilde asgari işçilik uygulamaları, ihale konusu işler ve özel bina inşaatı işleri bakımından geçici işçi çalışmalarının nasıl değerlendirileceği açık değildir.

7. MEVZUATA AYKIRI GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN SOSYAL GÜVENLİK BAKIMINDAN SONUÇLARI

Geçici iş ilişkisinin, geçici iş ilişkisi kurma yetkisi bulunmayan bir büro aracılığıyla ya da 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde öngörülen hâller, süreler ve oranlar dışında kurulması hâlinde, 4904 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca hem işçi temin eden büroya hem de bu büronun hizmetinden yararlanan işverene idari para cezası uygulanmaktadır.

İdari para cezasının yanı sıra, ilişkinin sosyal güvenlik bakımından doğuracağı sonuç da önem taşımaktadır. Bu konuda Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğünün 22/11/2023 tarihli ve 84698730 sayılı Genel Yazısı yol gösterici niteliktedir. Anılan Genel Yazı ile, 1/11/2023 tarihinden sonra düzenlenen iş müfettişi raporlarında geçici iş ilişkisinin 4857 ve 4904 sayılı Kanun hükümlerine aykırı kurulduğunun tespit edilmesi hâlinde; sigortalıların, bu bürolardan hizmet alan gerçek ve tüzel kişilerin sigortalısı sayılması gerektiği, hizmetlerin hizmet alan işverenin işyeri dosyasına aktarılacağı, özel istihdam bürosu ile hizmet alan işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, kanuni yükümlülüklerini süresinde yerine getirmiş olan büroya idari para cezası uygulanmayacağı ve sigortalıların aktarıldığı işyerine idari para cezası ile gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmayacağı yönünde düzenleme yapılmıştır.

Kurumun bu uygulaması, konumuz bakımından önemli bir sonucu ortaya koymaktadır: Geçici iş ilişkisinin hukuka uygun kurulduğu hâllerde 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki kanuni işverenlik belirlemesi esas alınmakta; ilişkinin hukuka aykırı kurulduğu hâllerde ise 5510 sayılı Kanunun 12 nci maddesindeki "fiilen çalıştırma" ölçütüne dönülmektedir. Başka bir anlatımla, özel istihdam bürosunun sosyal güvenlik hukuku bakımından işveren sayılması, geçici iş ilişkisinin kanuna uygun biçimde kurulmuş olması koşuluna bağlıdır. Bu koşulun gerçekleşmediği hâllerde işveren sıfatı, işçiyi fiilen çalıştıran işverene geçmektedir.



8. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Avrupa Birliğinde geçici iş ilişkisi, 19/11/2008 tarihli ve 2008/104/AT sayılı Geçici İş İlişkisine Dair Direktif ile düzenlenmiştir. Direktifin 3 üncü maddesinde geçici iş bürosu (temporary-work agency), geçici işçilerle iş sözleşmesi veya iş ilişkisi kuran ve onları kullanıcı işletmelerde geçici olarak çalıştırmak üzere görevlendiren gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmakta; böylece işveren sıfatı açık biçimde büroya tanınmaktadır. Direktifin 5 inci maddesinde ise, geçici işçilerin temel çalışma ve istihdam koşullarının, kullanıcı işletme tarafından aynı iş için doğrudan istihdam edilmeleri hâlinde geçerli olacak koşullardan daha düşük olamayacağı yönündeki eşit muamele ilkesi öngörülmüştür.

6715 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gerek işverenlik sıfatının büroya tanınması gerek eşit muamele ilkesinin benimsenmesi bakımından Direktif ile büyük ölçüde uyumludur. Ancak Direktif, sosyal güvenlik sistemlerinin işleyişini ve yükümlülüklerin dağılımını üye devletlerin iç hukukuna bırakmıştır. Dolayısıyla iş hukuku bakımından sağlanan uyum, sosyal güvenlik mevzuatının da buna paralel biçimde güncellenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Ülkemiz bakımından eksik kalan halka tam olarak budur.

9. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İşverenliğin tespitinde, kanunlarda geçici iş ilişkisine özgü açık bir sosyal güvenlik düzenlemesi bulunmadığından, en önemli ölçütler iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi ve bu sözleşmelerin unsurlarıdır. İşçi temin etmekle görevli özel istihdam büroları, her ne kadar işçiyi kendi işyerinde fiilen çalıştıran konumunda olmadıklarından ve temin ettikleri işçileri fiilen çalışacakları işyerinde görevlendirmeleri olgusuna göre 5510 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümlerine göre işveren olarak addedilemeyecek görünseler de; 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki "Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur." hükmü karşısında, özel istihdam bürolarının işveren olarak kabul edilmesi ve sosyal güvenlik bakımından yükümlülüklerden sorumlu tutulması gerekmektedir.

Bu kabul, geçici işçi çalıştıran işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. 5510 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca geçici iş ilişkisi kurulan işveren, Kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur; 86 ncı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca prim belgelerinin verilmesinden de aynı şekilde müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Ayrıca iş kazası ve meslek hastalığı bildirimi ile iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması yükümlülüğü, doğrudan geçici işçi çalıştıran işverene aittir. Dolayısıyla mevcut hukuki durumda sosyal güvenlik yükümlülükleri, tek bir işverende toplanmamakta; kural olarak özel istihdam bürosuna ait olmakla birlikte, belirli yükümlülükler bakımından geçici işçi çalıştıran işverene kaymakta veya onunla paylaşılmaktadır.

Bununla birlikte, her iki kanunun birbiriyle çelişik olan hükümlerinin, uygulamaya ilişkin sorumluluklar ve sorunlar dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede;

a) 5510 sayılı Kanunun 12 nci maddesine, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işverenin özel istihdam bürosu olduğunu ve geçici işçi çalıştıran işverenin sorumluluğunun kapsamını açıkça belirleyen bir fıkra eklenmesi,

b) Geçici işçilerin fiilen çalıştıkları işyerinin tehlike sınıfının kısa vadeli sigorta kolları bakımından dikkate alınmasını sağlayacak bir mekanizma kurulması ya da geçici işçi çalıştırılan işyerleri için özel bir bildirim usulü öngörülmesi,



c) İş kazası ve meslek hastalığı bildirimine ilişkin 5510 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ile 4857 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki yükümlölüklerin, muhatabı tereddüde yer bırakmayacak biçimde uyumlaştırılması,

ç) Mevzuata aykırı geçici iş ilişkilerinde hizmetlerin hizmet alan işverene aktarılmasına ilişkin ve hâlen genel yazı düzeyinde yürütölen uygulamanın kanuni bir dayanağı kavuşturulması,

d) Türkiye İş Kurumuna bildirilen geçici işçi sağlama sözleşmelerinin elektronik ortamda Sosyal Güvenlik Kurumu ile paylaşılması suretiyle, geçici işçinin fiilen çalıştığı işyerinin Kurum kayıtlarında izlenebilir hâle getirilmesi,

yerinde olacaktır. Aksi hâlde, işverenlik sıfatının iki ayrı kanunda iki ayrı ölçüte göre belirlenmesinden kaynaklanan belirsizlik sürecektir; bu belirsizliğin sonuçlarına ise, çoğı zaman üçlü ilişkinin en güçsüz tarafı olan geçici işçi katlanmak durumunda kalacaktır.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU EKİBİ

