

İHALELİ İŞLERDEKİ ALACAK DAVALARINDA SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NUN UYGULAMASI

I.GİRİŞ

Kamu kurum ve kuruluşlarınca Kamu İhale Kanunu kapsamında yaptırılan özellikle temizlik güvenlik ve yemek işlerinde çalıştırılan personelin ihaleyi veren kuruluşlarda çalışanlarla aynı işleri yaptıklarını beyan ederek ihale makamlarının kadrolu işçileri gibi TİS hükümlerinden yararlandırılmaları gerektiği gerekçesiyle açmış oldukları alacak davalarında; iş mahkemeleri genellikle Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümlerini esas alarak sigortalıların lehine karar vermekte ve dolayısıyla sigortalılar ihale makamının kendi işçileri gibi TİS hükümlerinden yararlandırılmaktadırlar.

İş Mahkemeleri tarafından verilen kararlar sonucunda işçi ihale makamının işçisi gibi TİS hükümlerinden yararlandırılmakta ancak TİS hükümlerinin alacak bakımından uygulanması ile yetinilmemekte alacak farkları için ihale makamlarının SGK' ya belge verme ve prim ödeme sonucu da kararların uygulanmasının devamı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İş mahkemelerinde konuyla ilgili açtıkları davayı kazanan işçi ihale makamının işçisi ise ve TİS hükümlerinden yararlandırılıyorsa, yararlanılan TİS hükümlerine paralel olarak kişinin sosyal güvenliğinin de ihale makamlarınca sağlanması söz konusu kararın en tabii sonucu olarak gündeme gelmektedir.

II.SOSYAL GÜVENLİK KURUMU UYGULAMASI

SGK' nın alacak davaları konulu kararlardaki uygulaması;

“İşverenleri tarafından sigortalı bildirim yapıldığı halde, kazançlarının eksik ödendiğini ileri süren sigortalılarca, işverenleri aleyhine açılan alacak davalarında, mahkemelerce alacak tutarına ilişkin kararların verilmiş olması, buna karşın sigortalılık hizmetinin kazandırılmasına ilişkin bir hükmün bulunmaması kaydıyla, alacak davalarına ilişkin mahkeme kararlarının, prime esas kazançta tabi olan ücret ve ücret dışı alacaklar yönünden işleme alınması,

Ancak, mahkeme kararlarında, **alacak davasına konu olan dönemlerde sigortalılık bildirim bulunmadığının anlaşılması halinde ise** mahkemeye karar verilen alacak tutarları için herhangi bir işlem yapılmaması, başka bir ifade ile dava konusu sürelerde davacı kişinin sigortalılık bildirim bulunmadığının tespiti halinde, **işverenlerden aylık prim ve hizmet belgesinin istenmemesi veya bu belgelerin re'sen düzenlenmemesi gerektiği”** şeklinde yürütülmektedir.



III.5510 SAYILI KANUN AÇISINDAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ

Kamu İhale Kanununa tabi işlerde ihale makamları işveren, ihale konusu işi yapanlar (yükleniciler) alt işveren olmamasına ve kararlarda kurum taraf olmamasına rağmen söz konusu kararlar üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatı uyarınca ihale makamları adına işyeri dosyası tescil edilerek alacak davalarına konu tutarlar üzerinden sigortalılık bildirim yapılmaması istenilmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 11 inci maddesinde, işyeri tanımlanmış olup; söz konusu tanımlamaya göre işyerinin, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerler olduğu, işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçların da işyerinden sayıldığı belirtilmiştir.

Bu tanımlamaya göre 5510 sayılı kanunun 4. ve 5. Maddelerinde sayılan sigortalıların işlerini yapmış oldukları yerlerle işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyeri kavramının içinde bulunmaktadır.

Alt işverenler asıl işverenden aldıkları işlerde çalıştırdıkları sigortalılardan dolayı Kuruma işyeri bildirgesi vermemekte, çalıştırdıkları sigortalıları, asıl işverenle yapmış oldukları sözleşmenin Kuruma ibraz edilmesi kaydıyla asıl işveren adına tescil edilmiş olan işyerinden alacakları numara ile Kuruma bildirmektedirler.

Alt işveren –asıl işveren ayırımında bizleri sonuca götüren ana unsur işyerinde ve eklentilerinde yapılan işe göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin saptanmasıdır.

Kanunun 11. maddesindeki tanıma göre asıl-alt işveren ilişkisinde aranması gereken kıstaslar;

a) Alt işverenin, işyerinde asıl işverenin yapmış olduğu ana işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alarak kendi nam ve hesabına işçi çalıştırılması gerekmektedir.

Alt işverenlikten bahsedebilmek için alt işverenin aldığı işin, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunması gerekmektedir. Başka bir ifade ile bir işverene ait işyerindeki üretim sürecine başka bir işverenin dahil olması durumunda alt işverenden söz edilebilecektir. **Bu anlamda bir bağlantının varlığı için işyerinde üretilen mal ya da hizmetin niteliğine bakılması gerekir.**



Asıl işverenden alınan iş onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak işi alanın adına tescil edilmiş ise, işi alan kimse kural olarak alt işveren değil işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici husus yapılan işin diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde 5510 sayılı Kanunun uygulanması yönünden alt işverenden söz etme olanağı kalmayacak ortada iki bağımsız işveren olduğu kabul edilerek işlem yapılacaktır.

İşyerinde yapılan ana işin ne olduğu hususu, işyerinin ne amaçla tesis edilmiş olduğuna bakılarak tespit edileceğinden, ana işin bölümünden iş alarak kendi adına ve hesabına işçi çalıştıran kişi alt işveren olarak nitelendirilecektir. “Bölüm” tabiri değişik ürün çeşitlerinin üretildiği yerleri ifade edebileceği gibi aynı ürünün değişik üretim aşamalarını da ifade edebilir.

Örneğin, bir bisküvi fabrikasında kaymaklı bisküvi üretimi yapılan veya gofret yapılan kısımlar işin ayrı bir bölümü olabileceği gibi tüm ürünlerin paketlenildiği kısım da işin bir bölümü olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemede yer alan, “işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar” şeklindeki ifade sınırlayıcı olmamakla birlikte, eklentide görülen işin de asıl işle ilgili olan ve ona yardımcı olan işler olarak düşünülmesi gerekmektedir.

Örneğin, SGK’ nın personelinin taşınması veya binalarının güvenliğinin sağlanması işlerinin yapılmış olduğu yerlerin tanımlamaya göre SGK’ nın kendi işyerleri olduğu düşünüldüğünde, güvenlik veya taşıma işlerinin asıl işverenin SGK olarak kabul edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının bahse konu işleri ihale suretiyle verdikleri dolayısıyla ihale yoluyla işleri üstlenenlerin (müteahhitlerin) işveren konumunda oldukları ve kendi adlarına işyeri dosyası açılması gerektiği ileri sürülebilse de madde metninde ihale suretiyle verilen işler bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemiş olduğundan, **aynı hükmün kamu veya özel sektöre farklı uygulaması sonucu gündeme gelecektir.**

Dolayısıyla, alt işveren-asıl işveren ayırımında, alt işverenin işyerinin eklentilerinde yapmış olduğu işin de işyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığının bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekmektedir.



Buna göre, yukarıda verdiğimiz örneğe döndüğümüzde, SGK' nın ana işlevinin kişilerin sosyal güvenliklerinin sağlanması olduğuna göre; güvenlik, temizlik veya yemek yapma işinin asıl işin bölümü veya eklentisi olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir.

Yine özel sektöre ait tekstil fabrikasına bir bölüm eklenmesi için yapılacak olan inşaat işinin dokuma işinden farklı nitelikte işler olduğu dikkate alındığında, inşaat işini yüklenen kişinin dokuma işverenin alt işvereni sayılması mümkün görülmemektedir.

Alt işverenin aldığı iş, asıl işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşıyorsa, asıl işverenin üçüncü kişinin alt işverenliği nedeniyle doğan ödevlerden sorumlu tutulması mümkün görülmemektedir.¹

Ayrıca yine Yüksek Mahkemenin bir kararında², sadece işyerinin temizlenmesi işini alan temizlik şirketinin aracı niteliği kazanmadığından asıl işverenin temizlik şirketinin borcundan ötürü Kuruma karşı teselsül hükümleri uyarınca sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.

b) Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması gerekmektedir.

Sigortalı çalıştırmayan işverenlik sıfatını kazanamayacağı için bu durumdaki kişilerden iş alanlarda aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı(müteselsil) sorumluluk doğmayacaktır.

Yine işin bütünü bir başka işverene bırakıldığı durumlarda alt işverenlik dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, diğer bir deyişle asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir.

İşin belli bir bölümünde değil de tamamının bir bütün halinde bir başkasına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, dolayısıyla sigortalı çalıştırılmadığı için işverenlik sıfatına haiz olunmadığı durumlarda işi devralan kişi alt işveren, devreden de asıl işveren olarak nitelendirilmeyecektir.

c) Alt işverenin asıl işverenden almış olduğu işin, asıl işverenin işyerinde yürütülmesi icap etmektedir.



¹ Y.21.HD. E.3281, K.5593, T.14.10.1996

² Y.10.HD. E.4151, K.5593, T.13.09.2001

Asıl işverenin kendi işyerinde yapmış olduğu işin bölüm veya eklentisinden iş alarak asıl işverenin işyerinde bu işi kendi işçilerini çalıştırmak suretiyle yapan yüklenici alt işveren olarak nitelendirilecek olup, işin bölüm veya eklentilerinden iş alarak almış olduğu işi kendine ait işyerinde yapan kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyeceğinden bu gibi bir durumda yüklenici adına yapmış olduğu iş dikkate alınarak ayrı bir işyeri dosyasının açılması gerekmektedir.

Örneğin, yemek pişirilmesi işini kendine ait müstakil işyerinde yapan ve burada çalıştırmış olduğu işçileri ile yemekleri fabrikaya getirip servis yapan kişi söz konusu işi fabrika işyerinin bölüm veya eklentilerinde yapmamış olduğundan yükümlülüklerinin fabrika işyeri dosyası üzerinden alt işveren olarak yerine getirilmesinin istenilmemesi gerekmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca, bir işin bölüm veya eklentilerinden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran kişilerin alt işveren olarak kabul edilebilmesi için, asıl işverenin işyerinde sigortalı vasfında birilerini çalıştırmaya devam etmesi, işin bölüm veya eklentilerinden alınan işin işyerinde yapılan faaliyet konusu işle ilgisinin olması veya yardımcı ya da tamamlayıcı mahiyette olması, alt işverenin yaptığı işin asıl işverene ait işyerinde geçmesi gerekmektedir.

IV.SONUÇ

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinde alt işveren "bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" olarak tanımlanmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun uygulamasında, iş mahkemelerinde açılan alacak davalarına konu dönemde işveren olarak addedilen kişilerin yanında sigortalılık bildiriminin bulunmadığının anlaşılması halinde, mahkemelerce karar verilen alacak tutarları için herhangi bir işlem yapılmaması; yani dava konusu sürelerde davacı kişinin sigortalılık bildiriminin bulunmadığının tespiti halinde, işverenlerden aylık prim ve hizmet belgesinin istenmemesi veya bu belgelerin re'sen düzenlenmemesi gerekmektedir.

İş Mahkemelerinde açılan söz konusu davayı kaybeden tarafın ihale makamı olması davayı kazanan kişinin de müteahhidin (işverenin) sigortalısı olması halinde davaya konu olan dönemde ihale makamına ait işyerinden sigortalılığının bulunmadığı dikkate alınarak davacıya ödenen TİS farkları nedeniyle aylık prim ve hizmet belgesi verilmemesi ve sigorta primlerinin ödenmemesi gerekmektedir.



İş Mahkemeleri nezdinde açılan alacak davaları ile ilgili olarak Sosyal Sigortalar Kurumu, yürürlükte bulunan mevzuatını uygulamamakta; İş Kanunu ve o kanuna istinaden yayınlanmış olan Alt İşveren Yönetmeliği esas alınarak verilen kararlarda yer alan sigorta primi alacağını dikkate alarak işlem yapmaktadır.

Halbuki somut olaylarda her iki mevzuat birbiriyle örtüşmemektedir. İş Kanununa göre verilen karara SGK tarafından uyulması sonucu ihale makamından iş üstelenen işverenin ödemiş olduğu sigorta primleri ya ihale makamının dosyasına aktarılmakta ya da işverenin tahakkuku ile TİS ödemelerindeki fark tutar kadar ihale makamı adına tahakkuk yapılarak primler ihale makamından alınmaktadır.

Sonuç olarak, Kurum uygulaması; davacının işverenin sigortalısı olmaması halinde alınan karar üzerine işlem yapılmaması şeklinde olduğundan, Yargıda açılan alacak davaları sonucunda ihale makamları adına sigorta priminin tahakkuk ve tahsilinden vazgeçmelidir.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU EKİBİ

