

ΠΑΝΟΣ ΖΥΓΟΥΡΗΣ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ

ΑΜ ΔΣΑ 80807, Μπουμπουλίνας 9-11, Αθήνα (Μουσείο), Τ.Κ. 10682,

ΑΦΜ 996789554, Δ.Ο.Υ. Δ' Αθηνών, τηλ.: 210-8259140-141, fax: 210-8259235,

email: pzygouris@gmail.com

ΓΝΩΜΟΛΟΤΗΣΗ

(αρ. πρ. εις. Ε.Δ.Ε.Υ.Α. : 2813/14-12-2021)

Ετέθη από τη Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης προς την Ένωση Δημοτικών Επιχειρήσεων το κάτωθι ερώτημα για τη σύνταξη νομικής γνωμοδότησης.

«Εάν μπορεί να αναγνωριστεί η προϋπηρεσία (ως εξαρτημένη εργασία) του εργαζομένου, που κάλυπτε πάγιες και διαρκείς ανάγκες του και για το χρονικό διάστημα που αναγνωρίζει και το Υπουργείο Οικονομικών μέσω του πορίσματος σχετικού ελέγχου που διενεργήθη;»

Κατά τη γνώμη μας προσήκει η κάτωθι απάντηση.

I. Εφαρμοστέο νομοθετικό πλαίσιο- Ερμηνεία

i. Κατ' άρθρ. 11 παρ. 4 ν. 4354/2015 «Διαχείριση των μη εξυπηρετούμενων δανείων, μισθολογικές ρυθμίσεις και άλλες επείγουσες διατάξεις εφαρμογής της συμφωνίας δημοσιονομικών στόχων και διαρθρωτικών μεταρρυθμίσεων», (Α'176) ορίσθηκε ότι: *«4.α. Ως προϋπηρεσία, που αναγνωρίζεται για την εξέλιξη των υπαλλήλων, που υπάγονται στις διατάξεις του παρόντος, στα μισθολογικά κλιμάκια του άρθρου 9, λαμβάνεται η υπηρεσία που προσφέρεται σε φορείς της παραγράφου 1 του άρθρου 7 των κρατών - μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και στους επίσημους θεσμούς και όργανα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με σχέση εξαρτημένης εργασίας δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου αορίστου ή ορισμένου χρόνου. Για υπηρεσίες που*

παρέχονται με μειωμένο ωράριο εργασίας, αναγνωρίζεται για μισθολογική εξέλιξη τόσος χρόνος, όσος προκύπτει από το πηλίκο της διαίρεσης του συνόλου των ωρών εργασίας δια του αριθμού των ωρών εβδομαδιαίας απασχόλησης που ισχύει για τον αντίστοιχο κλάδο υπαλλήλων. Για τον υπολογισμό της αναγνωριζόμενης κατά τα προαναφερθέντα υπηρεσίας το έτος λογίζεται για τριακόσιες (300) ημέρες, ο μήνας για είκοσι πέντε (25) ημέρες και η εβδομάδα για έξι (6) ημέρες εργασίας.».

Επιπλέον, ως προς τη μισθολογική εξέλιξη των εκπαιδευτικών Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκπαιδευτική τους υπηρεσία σε σχολεία της Ιδιωτικής Εκπαίδευσης.».

β. Απαραίτητη προϋπόθεση για την αναγνώριση των ανωτέρω προϋπηρεσιών, είναι να μην έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί για τη χορήγηση καμίας άλλης οικονομικής παροχής ή αναγνώρισης συνταξιοδοτικού δικαιώματος.

Η αναγνώριση των ανωτέρω προϋπηρεσιών πραγματοποιείται με απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου ή άλλου αρμοδίου οργάνου και τα οικονομικά αποτελέσματα ισχύουν από την ημερομηνία υποβολής της σχετικής αίτησης και όλων των απαραίτητων δικαιολογητικών.»

ii. Κατ' άρθρ. 7 παρ. 1 ν. 4354/2015 υπό τον τίτλο «Μισθολογικό πεδίο εφαρμογής» ορίζεται ότι :

«1. Στις διατάξεις του παρόντος υπάγονται οι μόνιμοι και δόκιμοι πολιτικοί δημόσιοι υπάλληλοι, καθώς και οι υπάλληλοι με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου και ορισμένου χρόνου:

α) των φορέων της περίπτωσης στ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4270/2014 (Α` 143),

β) των Ανεξάρτητων Διοικητικών Αρχών (Α.Δ.Α.), της περίπτωσης γ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4270/ 2014 (Α` 143),

γ) των Οργανισμών Κοινωνικής Ασφάλισης (Ο.Κ.Α.),

δ) των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.) πρώτου και δεύτερου βαθμού,

ε) των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.),

στ) των Νομικών Προσώπων Ιδιωτικού Δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.) που ανήκουν στο κράτος, ή σε Ν.Π.Δ.Δ. ή σε Ο.Τ.Α.- κατά την έννοια της επίτευξης κρατικού ή δημόσιου ή αυτοδιοικητικού σκοπού, εποπτείας, διορισμού και ελέγχου της πλειοψηφίας της Διοίκησής τους- ή επιχορηγούνται τακτικά, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, από κρατικούς πόρους κατά πενήντα τοις εκατό (50%) τουλάχιστον του ετήσιου προϋπολογισμού τους, συμπεριλαμβανομένων των Κέντρων Πρόληψης των Εξαρτήσεων και Προαγωγής της Ψυχοκοινωνικής Υγείας...»

iii. Περαιτέρω, σύμφωνα με την **αρ. πρωτ. 2/31029/ΔΕΠ/ 06-05-2016 Εγκύκλιο της Α.Α.Δ.Ε.** με θέμα «Παροχή οδηγιών για την εφαρμογή των διατάξεων του Κεφαλαίου Β' του ν. 4354/2015 (176 /Α').» αναφορικά με το άρθρο 11 . 4354/2015 ορίστηκε ότι:

«Με τις διατάξεις της παρ. 4. ορίζεται η προϋπηρεσία, που αναγνωρίζεται για την εξέλιξη των υπαλλήλων στα μισθολογικά κλιμάκια του άρθρου 9. Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 26, κατά την πρώτη εφαρμογή του νέου νόμου, η μισθολογική κατάταξη των υπηρετούντων υπαλλήλων πραγματοποιείται σύμφωνα με τα τυπικά τους προσόντα, το χρόνο υπηρεσίας στο φορέα που υπηρετούν, καθώς και το χρόνο υπηρεσίας που έχει αναγνωριστεί από το φορέα αυτόν μέχρι και στις 31-12-2015. Μετά την αρχική κατάταξη των υπαλλήλων αυτών, αλλά και στις περιπτώσεις υπαλλήλων που διορίζονται μετά την 1-1-2016, είναι δυνατή η αναγνώριση προϋπηρεσίας (ανεξαρτήτως του τυπικού προσόντος με το οποίο διανύθηκε) που έχει προσφερθεί σε φορείς που κατά την ημερομηνία έναρξης ισχύος του κοινοποιούμενου νόμου αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 7 (Δημόσιο, ΟΤΑ, ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ και ΔΕΚΟ κεφ. Α` του ν. 3429/2005) των κρατών - μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης με σχέση εξαρτημένης εργασίας δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου αορίστου ή ορισμένου χρόνου (αποκλεισμένων σε κάθε περίπτωση των συμβάσεων μίσθωσης έργου). Επισημαίνεται ότι στην περίπτωση που χρόνος αργίας, διαθεσιμότητας, άνευ αποδοχών κ.λ.π. δεν αναγνωρίζεται για τη βαθμολογική εξέλιξη του υπαλλήλου, σύμφωνα πάντα με τις διατάξεις του υπαλληλικού κώδικα, δεν αναγνωρίζεται ούτε και για τη μισθολογική του εξέλιξη.

Απαραίτητη προϋπόθεση για την αναγνώριση των ανωτέρω προϋπηρεσιών, είναι να μην έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί για τη χορήγηση καμίας άλλης οικονομικής παροχής (καταβολή αποζημίωσης) ή αναγνώρισης συνταξιοδοτικού δικαιώματος.

Η αναγνώριση των ανωτέρω προϋπηρεσιών πραγματοποιείται με απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου ή άλλου αρμοδίου οργάνου και . Ειδικότερα, η προϋπηρεσία για την αναγνώριση μισθολογικής εξέλιξης αποδεικνύεται, πέρα από την προσκόμιση των σχετικών ενσήμων και από πιστοποιητικά των αρμόδιων Υπηρεσιών, που έχουν εκδοθεί με βάση τα επίσημα στοιχεία και στα οποία θα πρέπει να αναφέρονται :

- *οι αποφάσεις πρόσληψης και απόλυσης,*
- *η ιδιότητα με την οποία υπηρέτησαν,*
- *η σχέση εργασίας,*
- *το ωράριο εργασίας (πλήρες ή μειωμένο), καθώς και*
- *η διάρκεια των προϋπηρεσιών αυτών.*

Για υπηρεσίες που παρέχονται με μειωμένο ωράριο εργασίας, αναγνωρίζεται για μισθολογική εξέλιξη τόσος χρόνος, όσος προκύπτει από το πηλίκο της διαιρέσεως του συνόλου των ωρών εργασίας δια του αριθμού των ωρών εβδομαδιαίας απασχόλησης που ισχύει για τον αντίστοιχο κλάδο υπαλλήλων. Για τον υπολογισμό της αναγνωριζόμενης κατά τα προαναφερθέντα υπηρεσίας το έτος λογίζεται ως τριακόσιες ημέρες, ο μήνας λογίζεται ως είκοσι πέντε ημέρες και η εβδομάδα ως έξι ημέρες εργασίας.»

iv. Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται καταρχήν ότι κρίσιμος χρόνος για την επιλογή του εφαρμοστέου νομοθετικού καθεστώτος στην εκάστοτε διαδικασία αναγνώρισης προϋπηρεσίας υπαλλήλου φορέα υπαγόμενου στο ν. 4354/2015 αποτελεί ο χρόνος υποβολής της αίτησης αναγνώρισης αυτής, δεδομένου ότι i) η εν λόγω αίτηση είναι απαραίτητη για την κινητοποίηση της ως άνω διαδικασίας με πρωτοβουλία του υπαλλήλου προς όφελος του οποίου διενεργείται, και ότι ii) τα οικονομικά αποτελέσματα αυτής ανατρέχουν στην ημερομηνία υποβολής της σχετικής αίτησης και όλων των απαραίτητων δικαιολογητικών.

Περαιτέρω, συνάγεται σαφώς από τη ρητή διατύπωση του νομοθέτη ότι υπάγονται στη διάταξη της παρ. 4 του άρθρ. 11 ν. 4354/2015, περί αναγνώρισης προϋπηρεσίας, μεταξύ άλλων, η παροχή υπηρεσίας με σχέση εξαρτημένης εργασίας δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου ορισμένου ή αορίστου χρόνου (αποκλειόμενων των συμβάσεων μίσθωσης έργου) στους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.) α' και β' βαθμού, και στα Ν.Π.Ι.Δ. που ανήκουν στο κράτος, ή σε Ν.Π.Δ.Δ. ή σε Ο.Τ.Α.- κατά την έννοια της επίτευξης κρατικού ή δημόσιου ή αυτοδιοικητικού σκοπού, εποπτείας, διορισμού και ελέγχου της πλειοψηφίας της Διοίκησής τους.

Οι Δ.Ε.Υ.Α. υπάγονται στην περ. στ της παρ. 1 άρθρ. 7 ν. 3454/2015, ήτοι σε «Ν.Π.Ι.Δ. που ανήκουν στο κράτος, ή σε Ν.Π.Δ.Δ. ή σε Ο.Τ.Α.- κατά την έννοια της επίτευξης κρατικού ή δημόσιου ή αυτοδιοικητικού σκοπού, εποπτείας, διορισμού και ελέγχου της πλειοψηφίας της Διοίκησής τους» (πρβλ. 196/2019 ΜΠΡ ΡΕΘΥΜ (ΑΣΦ)).

Ενόψει των ανωτέρω, **αποκλειστικές προϋποθέσεις για την αναγνώριση προϋπηρεσίας** υπαλλήλου κατ' άρθρ. 11 παρ. 4 ν. 4354/2015 είναι **α)** η προϋπηρεσία σε Φορείς της παρ. 1 άρθρ. 7 ν. 4354/2015 (Δημόσιο, ΟΤΑ, ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ και ΔΕΚΟ κεφ. Α' Ν. 3429/2005) των κρατών – μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, **β)** η προϋπηρεσία να έχει παρασχεθεί στα πλαίσια εξαρτημένης εργασίας δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου αορίστου ή ορισμένου χρόνου (αποκλειόμενων σε κάθε περίπτωση των συμβάσεων μίσθωσης έργου – πρβλ. αρ. πρωτ. 2/41738/26-11-2019 έγγραφο ΥΠΟΙΚ), και **γ)** να μην έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί για τη χορήγηση καμίας άλλης οικονομικής παροχής (καταβολή αποζημίωσης) ή αναγνώρισης συνταξιοδοτικού δικαιώματος.

Η συνάφεια της προϋπηρεσίας δεν αποτελεί προϋπόθεση, ούτε προβλέπεται ρητώς στη διάταξη του άρθρ. 11 ν. 4354/2015 και στη σχετική Εγκύκλιο. Αντιθέτως, ο νομοθέτης απαίτησε τη συνάφεια αντικειμένου στην αναγνώριση Μεταπτυχιακών και διδακτορικών τίτλων σπουδών. Επομένως εάν η βούληση του νομοθέτη ήταν να εξαρτηθεί η αναγνώριση προϋπηρεσίας από τη συνάφεια του αντικειμένου αυτής με τα αυτό των παρόντων καθηκόντων του υπαλλήλου, θα το είχε ορίσει ρητώς.

ν. Ο ΟΑΚ ΑΕ ιδρύθηκε το 2013 με την αρ. Αριθμ. Δ16γ/364/15/256/Γ/18-06-2013 Απόφαση των Υπουργών Οικονομικών- Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων «Πράξη Συγχώνευσης του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ ΚΡΗΤΗΣ» και του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΔΥΤΙΚΗΣ ΚΡΗ- ΤΗΣ» με σύσταση νέας εταιρείας – Σύσταση ανώνυμης εταιρείας υπό την επωνυμία «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ ΚΡΗΤΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» (Β' 1473) ως **ανώνυμη εταιρεία**, με την επωνυμία «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ ΚΡΗΤΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «Ο.Α.Κ. Α.Ε.», με έδρα το Δήμο Χανίων Κρήτης και εποπτεύεται από το Υπουργείο Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και συγκεκριμένα από τον τομέα Υποδομών. Να σημειωθεί ότι ο ΟΑΚ ΑΕ **εντάσσεται στο Μητρώο Φορέων Γενικής Κυβέρνησης** όπως τηρείται από την ΕΛΣΤΑΤ.

Ακολούθως σύμφωνα με το άρθρο 2 της ως άνω συστατικής πράξης που αναφέρεται στη μετοχική σύνθεση της εταιρείας, **το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει το 51% του μετοχικού κεφαλαίου του ΟΑΚ Α.Ε.**

Αναφορικά με την **συνημμένη βεβαίωση προϋπηρεσίας** που παρασχέθηκε στον υπάλληλο της Δ.Ε.Υ.Α. από τον ΟΑΚ ΑΕ, εξεταστέο εάν προϋπηρεσία αυτή δεν έχει παρασχεθεί όπως απαιτεί το άρθρο 11 ν. 4354/2015 **με σγέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου ή αορίστου χρόνου**.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 648 επ. ΑΚ και 6 του α.ν. 765/1943, που διατηρήθηκε σε ισχύ με το άρθρο 38 ΕισΝΑΚ, συνάγεται ότι **σύμβαση εξαρτημένης εργασίας**, στην οποία και μόνο εφαρμόζονται οι διατάξεις του εργατικού δικαίου, υπάρχει όταν οι συμβαλλόμενοι αποβλέπουν στην παροχή της εργασίας του μισθωτού για ορισμένο ή αόριστο χρόνο με μισθό, ανεξάρτητα από τον τρόπο καθορισμού και καταβολής αυτού, χωρίς ευθύνη του μισθωτού για την επίτευξη ορισμένου αποτελέσματος και ακόμη όταν ο μισθωτός τελεί σε εξάρτηση από τον εργοδότη του, η οποία εκδηλώνεται με το δικαίωμα του τελευταίου να ασκεί έλεγχο και εποπτεία ως προς τον τρόπο, τόπο και χρόνο παροχής της εργασίας και την επιμελή εκτέλεσή της και με την υποχρέωση του πρώτου να συμμορφώνεται στις αναγκαίες εντολές ή οδηγίες του εργοδότη (βλ. ενδ. ΑΠ 514/2020).

Αντιθέτως, όταν το βασικό αντικείμενο της συμβάσεως είναι το αποτέλεσμα της εργασιακής δραστηριότητας, ήτοι το προϊόν της εργασίας, τότε πρόκειται για **σύμβαση έργου**, στην οποία δεν ενδιαφέρει η ανθρώπινη ενέργεια η οποία παράγει το αποτέλεσμα (εργασία αυτή καθ' εαυτή) , αλλά αυτό τούτο το αποτέλεσμα της.

Σύμβαση **μισθώσεως παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών**, στην οποία δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του εργατικού δικαίου, υπάρχει όταν σε μία σχέση εργασίας ο εργαζόμενος παρέχει τις υπηρεσίες του με αμοιβή, χωρίς όμως να συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις και τα στοιχεία εξαρτήσεως.

Ειδικότερα ο φορέας της εργασίας διατηρεί πρωτοβουλία και ελευθερία ενέργειας καθορίζοντας ο ίδιος τις συνθήκες εργασίας του, δηλαδή τον τόπο, το χρόνο, τον τρόπο και την έκταση της παροχής, μη υποκείμενος στον έλεγχο, στην εποπτεία και στην εξάρτηση του εργοδότη ως προς τον τόπο, τον χρόνο και τον τρόπο παροχής της εργασίας που του έχει ανατεθεί χωρίς όμως και στην σύμβαση αυτή να αποκλείεται κάποια χαλαρή εξάρτηση του εργαζομένου από τον εργοδότη.

Παρ' όλα αυτά, **κατόπιν νέων στοιχείων που τέθηκαν υπόψιν μας από την Επιχείρηση,** προκύπτει ότι βάσει έκτακτου διαχειριστικού ελέγχου (αρ. ελέγχου 6909) που διενήργησε το Γ' Τμήμα της Δ/σης Προγραμματισμού & Συντονισμού Ελέγχων της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσιονομικών Ελέγχων του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους (Γ.Λ.Κ.) στον ΟΑΚ Α.Ε., **οι διαδοχικώς συναφθείσες συμβάσεις μεταξύ κ. και ΟΑΚ Α.Ε. υπέκρυπταν στη πραγματικότητα σχέση εξαρτημένης εργασίας,** συνιστώντας ουσιαστικά διαδοχικές προσλήψεις με τις οποίες ο φορέας (ΟΑΚ ΑΕ) κάλυπτε πάγιες και διαρκείς ανάγκες του (βλ. Εύρημα 20).

II. Επι του ερωτήματος

Δεδομένου ότι η αρμόδια ομάδα ελέγχου της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσιονομικών Ελέγχων του Γ.Λ.Κ. διέγνωσε ότι οι συναφθείσες διαδοχικές συμβάσεις «ανεξαρτήτων υπηρεσιών» μεταξύ κ. και ΟΑΚ Α.Ε. υπέκρυπταν στην πραγματικότητα σχέση εξαρτημένης εργασίας, καλύπτοντας πάγιες ανάγκες του νομικού προσώπου, πρέπει να θεωρηθεί ότι η εν λόγω προϋπηρεσία του κ. στον ΟΑΚ Α.Ε., όπως αποδεικνύεται από σχετική βεβαίωση του

φορέα, ήτοι από 09-06-2005 έως 15-5-2009 και από 22-3-2010 έως 4-12-2020, πρέπει να αναγνωρισθεί υπέρ του εργαζομένου από τη Δ.Ε.Υ.Α. κατά τις διατάξεις του ν. 4354/2015 (άρθρ. 11).

Αθήνα, 3-2-2022

Οι γνωμοδοτούντες δικηγόροι

Πάνος Ζυγούρης



Σβεtlάνα (Ζέτα) Ζυγούρη

