



Ειδικός Επιστήμονας Δρ. Βασίλης Γ. Τζέμος (τηλ.:2107289776)

23.3.2010

ΠΟΡΙΣΜΑ

(Ν. 3094/2003 “Συνήγορος του Πολίτη και άλλες διατάξεις”, Άρθρο 4 παρ. 6)

ΘΕΜΑ: Πρόταση άμεσης ανάκλησης της υπ. αριθμ. 113/2009 εγκυκλίου του ΟΑΕΕ με παράλληλη ανάκληση των βάσει αυτής εκδοθεισών αποφάσεων του ΟΑΕΕ κατόπιν συνεργασίας Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης και Διοίκησης ΟΑΕΕ

A. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Με αναφορές τους πολίτες ζητούν την διαμεσολάβηση της Αρχής μας για την άμεση ανάκληση/τροποποίηση της υπ. αριθμ. 113/2009 εγκυκλίου του ΟΑΕΕ («Υποχρεωτική Υπαγωγή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3050/02, στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ επαγγελματιών που: α) έχουν τη δυνατότητα άσκησης του επαγγέλματος σε περιοχές πέραν της δηλωθείσας έδρας, β) δραστηριοποιούνται με σύναψη συμβάσεων»). Βάσει της εγκυκλίου αυτής υπήχθησαν ή πρόκειται να υπαχθούν υποχρεωτικά στον ΟΑΕΕ ελεύθεροι επαγγελματίες που όμως βάσει του ισχύοντος κοινωνικοασφαλιστικού δικαίου (άρθρο 9 του ν. 3050/2009) εφόσον α) διαμένουν σε περιοχές κάτω των 2000 κατοίκων και β) πληρούν συγκεκριμένα εισοδηματικά κριτήρια, δεν έχουν υποχρέωση ασφάλισης στον ΟΑΕΕ. Φαίνεται ότι οι διαμαρτυρίες των πολιτών είναι βάσιμες και η Διοίκηση του ΟΑΕΕ αναρμοδίως και μη συννόμως

τροποποίησε συγκεκριμένη ευνοϊκή για ορισμένους ελεύθερους επαγγελματίες κοινωνικοασφαλιστική ρύθμιση.

Κατόπιν αυτού, αποστείλαμε έγγραφο προς τον Διοικητή του ΟΑΕΕ και πορισματική επιστολή προς την Γενική Γραμματεία Κοινωνικών Ασφαλίσεων, προτείνοντας την άμεση ανάκληση της υπ. αριθμ. 113/2009 εγκυκλίου. Η Αρχή μας δεν αμφισβητεί ούτε εξετάζει σε βάθος την σκοπιμότητα ή την ορθότητα της ρύθμισης. Διαπιστώνει πάντως, ότι η τροποποιούμενη, με την μη σύννομη εγκύκλιο, ρύθμιση του ν. 3050/2002 προφανώς έχει θεσπιστεί για την τόνωση της επιχειρηματικότητας και την υποστήριξη της άσκησης ελεύθερου επαγγέλματος σε μικρές πόλεις και χωριά της ελληνικής επαρχίας.

B. Οι βασικές ρυθμίσεις της εγκυκλίου 113/2009 του ΟΑΕΕ

Ο Διοικητής του ΟΑΕΕ, στο δεύτερο τμήμα της υπ. αριθμ. 113-24.11.2009 εγκυκλίου του, παρέχει τις ακόλουθες οδηγίες προς εκτέλεση, τις οποίες παραθέτουμε αυτούσιες:

«Α. Ουδεμία απαλλαγή – εξαίρεση από την ασφάλιση του ΟΑΕΕ θα χορηγείται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του Ν. 3050/02 σε επαγγελματίες, που:

α) Ασκούν επαγγέλματα, διά των οποίων προσφέρουν υπηρεσίες δηλώνοντας ως επαγγελματική έδρα κατοικίες, ευρισκόμενες σε προαιρετικές περιοχές όπως π.χ. εμπορικοί αντιπρόσωποι, λογιστές, ψυχολόγοι, σύμβουλοι επιχειρήσεων κ.τ.λ.

Παρατήρηση: Της κατηγορίας αυτής εξαιρούνται οι δραστηριοποιούμενοι με φασόν, οι οποίοι υπάγονται στις διατάξεις του Ν. 3050/02.

β) Ασκούν επαγγέλματα, που λόγω της φύσης τους προσφέρουν υπηρεσίες σε χώρους ή περιοχές εκτός του καταστήματος, που δηλώνουν ως επαγγελματική έδρα, δηλαδή ηλεκτρολόγοι, υδραυλικοί, συνεργεία καθαρισμού, ασφαλιστές, περιβαλλοντολόγοι, δασοπόνοι, σύμβουλοι επιχειρήσεων κ.τ.λ.

γ) Διατηρούν επαγγελματική έδρα εντός προαιρετικής περιοχής, αλλά λόγω της φύσης του επαγγέλματός τους, η πώληση ή η παροχή υπηρεσιών δεν περιορίζεται στην προαιρετική περιοχή, όπως π.χ. λογιστές, πρατήρια υγρών καυσίμων, ξενοδόχοι κ.τ.λ.

δ) Δραστηριοποιούνται με σύναψη συμβάσεων κάθε είδους εκ των προαναφερθεισών στην παρούσα εγκύκλιο.

Παρατήρηση: Ο τρόπος αντιμετώπισης όλων των περιπτώσεων δεν μεταβάλλεται από το εάν οι επαγγελματίες εκδίδουν τιμολόγια ή δελτία παροχής υπηρεσιών.

Β. α) Σε όλες τις περιπτώσεις, που έχουν χορηγηθεί οριστικές απαλλαγές σε επαγγελματίες, που λόγω της φύσης του επαγγέλματός τους έχουν τη δυνατότητα να δραστηριοποιηθούν και σε άλλες περιοχές από τη δηλωθείσα ως έδρα της επιχείρησης, οι επαγγελματίες αυτοί να ειδοποιηθούν με συστημένες επιστολές, ώστε να υπαχθούν στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ από 1/11/09.

Σε περίπτωση που εντός του ευλόγου χρονικού διαστήματος των δύο (2) μηνών από την παραλαβή της ειδοποίησης, δεν προσέλθουν, θα υπάγονται στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ αυτεπαγγέλτως από 1/11/09.

β) Σε όλες τις περιπτώσεις, που έχουν χορηγηθεί τριετείς απαλλαγές (δεν έχει λήξει η τριετία) και αφορούν τα προαναφερόμενα επαγγέλματα ή συναφή αυτών, να μην κριθούν στη λήξη τους με το εισοδηματικό κριτήριο, αλλά να υπαχθούν στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ από 1/11/09.

γ) Στις περιπτώσεις που έχουν χορηγηθεί από την Υπηρεσία απαλλακτικές βεβαιώσεις, έχει λήξει η τριετία αλλά δεν έχει γίνει έλεγχος του εισοδηματικού κριτηρίου λόγω μη έκδοσης των εκκαθαριστικών σημειωμάτων από τη ΔΟΥ, σε αυτή και μόνο την περίπτωση, να προβαίνετε σε έλεγχο του εισοδηματικού κριτηρίου με βάση τα εκκαθαριστικά (όταν αυτά εκδοθούν) και εφόσον πληρούνται το εισοδηματικό κριτήριο, θα ασφαλιζονται από τη λήξη της τριετίας, ενώ εάν δεν πληρούνται θα ασφαλιζονται **από 1/11/09.**

δ) Στις περιπτώσεις επαγγελματιών, εμπόρων και βιοτεχνών οι οποίοι ασκούσαν και ασκούν επάγγελμα που από τη φύση του δύναται να ασκηθεί και σε περιοχές πέραν του τόπου που έχει δηλωθεί ως επαγγελματική έδρα και δεν έχουν εμφανιστεί στην Υπηρεσία έως και σήμερα, όπως είχαν υποχρέωση, η ασφάλιση θα πραγματοποιείται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του ΠΔ 258/05, δηλ. με αναδρομικότητα πενταετίας.

Παρακαλούμε τα ανωτέρω να τύχουν πιστής εφαρμογής.»

Γ. Νομική ανάλυση Συνηγόρου του Πολίτη

Οι ανωτέρω αυστηρά απευθυνόμενες προς τις αρμόδιες υπηρεσίες του ΟΑΕΕ με την εγκύκλιο 113/2009 οδηγίες, φαίνεται να στερούνται νομικού ερείσματος. Πιο συγκεκριμένα η ρύθμιση του άρθρου 9 του ν. 3050/2002, όπως έχει τροποποιηθεί (ουσιαστικά επεκταθεί) με το άρθρο 10 του ν. 3232/2004, και ισχύει, όσον αφορά την απαλλαγή υπό οικονομικές προϋποθέσεις από την ασφάλιση στον ΟΑΕΕ επαγγελματιών, βιοτεχνών και εμπόρων που ασκούν επαγγελματική, βιοτεχνική και εμπορική δραστηριότητα σε περιοχές κάτω των 2000 κατοίκων, δεν επιτρέπει την ερμηνεία που δίνει η διοίκηση του ΟΑΕΕ. Η υπ. αριθμ. 113/2009 εγκύκλιος του ΟΑΕΕ δεν εξειδικεύει τις ρυθμίσεις της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, όπως οφείλει να πράττει μία εγκύκλιος ενός κοινωνικοασφαλιστικού οργανισμού, αλλά τις τροποποιεί εις βάρος μάλιστα των δικαιωμάτων των ασφαλισμένων. Πρόκειται λοιπόν για μία «ψευδοερμηνευτική» εγκύκλιο. Οι εγκύκλιοι όμως, ακόμα κι αν μη συννόμως τροποποιούν ισχύουσα νομική ρύθμιση, όπως πράττει η εγκύκλιος 113/2009 του ΟΑΕΕ, αναπτύσσουν εσωτερική δεσμευτικότητα εντός της δημόσιας διοίκησης. Συνεπώς είναι κρίσιμο, ο ΟΑΕΕ άμεσα να ανακαλέσει την εγκύκλιο 113/2009 ή να την τροποποιήσει, επαναφέροντάς την σε συμφωνία με την ισχύουσα νομοθεσία.

Η απόφαση για υποχρεωτική υπαγωγή στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ παραβλέποντας το σαφές γράμμα της ισχύουσας νομοθεσίας αντίκειται ευθέως στην αρχή της νομιμότητας. Οι διοικήσεις των ασφαλιστικών οργανισμών δεν έχουν γενική νομοθετική αρμοδιότητα. Οφείλουν να τηρούν το Σύνταγμα, το κοινωνικοασφαλιστικό νομικό πλαίσιο και τους κανονισμούς λειτουργίας των ασφαλιστικών οργανισμών. Δημοσιονομικοί δε λόγοι δεν συγχωρούν σε καμία περίπτωση την ανατροπή της νομιμότητας και τον περιορισμό νομικά κατοχυρωμένων θεμελιωδών δικαιωμάτων από την διοίκηση (βλ. V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 71επ. με περαιτέρω παραπομπές), εν προκειμένω από τον ΟΑΕΕ. Το κοινωνικοασφαλιστικό νομικό πλαίσιο είναι γενικώς δεσμευτικό και δεν εφαρμόζεται από τους ασφαλιστικούς οργανισμούς υπό την αίρεση των καλών

δημοσιονομικών δεδομένων τους. Επίσης υπάρχουν συγκεκριμένοι θεσμικά επιτρεπτοί τρόποι αλλαγής της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας: Ο νόμος τροποποιείται με συννόμως θεσπισθέντα νεώτερο τυπικό ή ουσιαστικό νόμο και όχι με ανατρεπτική του περιεχομένου του εγκύκλιο.

Συμμεριζόμαστε εν μέρει τα υποστηρίξιμα επιχειρήματα σχετικά με την διαπίστωση περιπτώσεων καταστρατήγησης της ευνοϊκής ρύθμισης για τους ελεύθερους επαγγελματίες συγκεκριμένων περιοχών του άρθρου 9 του ν. 3052/2002, που διατυπώνονται στο πρώτο μέρος της υπ. αριθμ. 113/2009 εγκυκλίου του ΟΑΕΕ. Αυτά φαίνεται να έχουν επίσημα εκφραστεί και σε από 16.1.2009 έγγραφο του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, αλλά και στις από 19.10.2009 και από 2.11.2009 αποφάσεις του Δ.Σ. του ΟΑΕΕ. Τα επιχειρήματα αυτά, που έχουν ως κοινό παρονομαστή την διαπίστωση ευρείας καταστρατήγησης στην πράξη της ανωτέρω ευνοϊκής ρύθμισης με σοβαρές αρνητικές οικονομικές συνέπειες για τον ΟΑΕΕ, είναι χρήσιμα να τα λάβει υπόψιν του ο νομοθέτης. Η ρύθμιση πάντως που επιχειρεί αναρμοδίως μέσω εγκυκλίου να θεσπίσει η διοίκηση του ΟΑΕΕ, μπορεί να θεσπιστεί μόνο από τη νομοθετική εξουσία. Σε κάθε περίπτωση, η Ανεξάρτητη Αρχή μας είναι θετική στο να συνεργαστεί με την διοίκηση του ΟΑΕΕ, προκειμένου να υποβληθεί πρόταση νομοθετικής αλλαγής της ρύθμισης του άρθρου 9 του ν. 3050/2002, έτσι ώστε να αποφεύγονται οι καταστρατηγήσεις. Αρμόδιος να αποφασίσει αυτή την αλλαγή είναι μόνο η νομοθετική λειτουργία. Η αναγκαία νέα νομοθετική ρύθμιση θα πρέπει να μην έχει αναδρομικές ρυθμίσεις όσον αφορά στην ανατροπή των ισχυόντων για την υπαγωγή στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ και να σέβεται την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη (βλ. Ειδικό Τεύχος εκτός Σειράς Ι/2003 του Περιοδικού Δικαιώματα του Ανθρώπου με συμβολές Π. Παραρά, Ε. Σπηλιωτόπουλου, Κ. Χρυσόγονου/Γ. Πινακίδη, Α. Γέροντα, Π. Λαζαράτου, Μ. Αυγουστιανάκη, Γ. Κατρούγκαλου, Ε. Πρεβεδούρου, Σ. Βλαχόπουλου).

Δ. Ιστορικό διαμεσολαβητικών προτάσεων του Συνηγόρου του Πολίτη

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, καλέσαμε με έγγραφη επιστολή μας τον Διοικητή του ΟΑΕΕ α) να ανακαλέσει άμεσα την άνω εγκύκλιο και να ενημερώσει τις αρμόδιες διευθύνσεις του ΟΑΕΕ να ανακαλέσουν άμεσα τις βάσει αυτής εκδοθείσες αποφάσεις υποχρεωτικής υπαγωγής στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ, β) να μας ενημερώσει εντός 10

ημερών από την λήψη της επιστολής μας για την εξέλιξη της υπόθεσης. Έλαβαν χώρα τηλεφωνικές επικοινωνίες και συναντήσεις εργασίας με αρμόδια όργανα του ΟΑΕΕ και της Γενικής Γραμματείας Κοινωνικών Ασφαλίσεων, όπου διαπιστώθηκαν σημεία σύγκλισης αλλά και διαστάσεις απόψεων. Έγγραφο απάντηση δεν απεστάλη εντός της ταχθείσας προθεσμίας από την διοίκηση του ΟΑΕΕ, παρότι υφίσταται σχετική υποχρέωση από το ισχύον νομικό πλαίσιο.

Στη συνέχεια, με γνώμονα την ανάγκη συνολικής επίλυσης του θέματος, προτείναμε, με νέο έγγραφο προς την Γενική Γραμματεία Κοινωνικών Ασφαλίσεων, να έρθει σε συνεννόηση με τη Διοίκηση του ΟΑΕΕ, έτσι ώστε να ανακληθεί άμεσα η υπ. αριθμ. 113/2009 εγκύκλιος. Επιπλέον ζητήσαμε α) να ενημερωθούν άμεσα οι αρμόδιες διευθύνσεις του ΟΑΕΕ να ανακαλέσουν τις βάσει της εγκυκλίου αυτής εκδοθείσες αποφάσεις υποχρεωτικής υπαγωγής στην ασφάλιση του ΟΑΕΕ, και β) να ενημερωθούμε από το Υπουργείο και τον ΟΑΕΕ για την διεκπεραίωση της υπόθεσης. Το πορισματικό αυτό δεύτερο έγγραφο το κοινοποιήσαμε στον αρμόδιο Υπουργό, στον αρμόδιο Υφυπουργό και στον Διοικητή του ΟΑΕΕ. Από τις τηλεφωνικές συνομιλίες προέκυψε η βούληση των αρμοδίων φορέων να ρυθμίσουν το θέμα νομοθετικά, αλλά όχι απαραίτητα και η πρόθεση να ανακληθεί η μη σύννομη εγκύκλιος. Την 26.3.2010 λάβαμε το υπ. αριθμ. Φ10035/3769/224 από 1.3.2010 έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Κοινωνικής Ασφάλισης της Γενικής Γραμματείας Κοινωνικών Ασφαλίσεων και το υπ. αριθμ. Φ9/26/24090 από 4.3.2010 έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Ασφαλιστικών Υπηρεσιών του ΟΑΕΕ. Από τα έγγραφα αυτά προκύπτει ότι είναι υπό επεξεργασία νομοθετική πρόταση τροποποίησης του άρθρου 9 του ν. 3050/2002. Η εγκύκλιος 113/2009 δεν ανακλήθηκε. Οι σχετικές αναφορές πολιτών στο μεταξύ συνεχώς αυξάνονται.

Ε. Τελική Πρόταση

Με το παρόν έγγραφο πόρισμα, εξαντλώντας τα περιθώρια του διαμεσολαβητικού της ρόλου, η Αρχή μας προτείνει την άμεση συνεργασία Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης και ΟΑΕΕ προκειμένου να μην εφαρμοστεί (δηλαδή να ανακληθεί άμεσα και να μην ισχύσει) η μη σύννομη εγκύκλιος 113/2009 του ΟΑΕΕ. Εφόσον επιλεγεί αρμοδίως, να εισαχθεί με νέο τυπικό νόμο, ρύθμιση παρεμφερής με

αυτή της εγκυκλίου 113/2009 του ΟΑΕΕ, ο Συνήγορος του Πολίτη τονίζει ότι αυτή θα πρέπει να τεθεί σε ισχύ α) για το μέλλον (και όχι αναδρομικά) και β) με γνώμονα την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη (δηλαδή τάσσοντας ο νέος νόμος μεταβατικό διάστημα για την αλλαγή του φορέα υποχρεωτικής ασφάλισης). Εισφορές που τυχόν κατεβλήθησαν ή θα καταβληθούν στον ΟΑΕΕ βάσει της εγκυκλίου 113/2009 θα πρέπει να επιστραφούν.

Με ιδιαίτερη εκτίμηση,

Καθηγητής Ιωάννης Σακέλλης

Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη