

Αθήνα, 5 Αυγούστου 2004

Αρ. πρωτ.: 13011.04.2.1

Ειδ. Επιστήμων: Αλ. Δελλή

Τηλ: 210 72 89 635

Φαξ: 210 72 89 643

Προς το

Υπουργείο Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης

Υπ' όψιν Γενικού Γραμματέα κ. Αθανασίου Βεζυργιάννη

Σταδίου 31 – 101 83 ΑΘΗΝΑ

Αξιότιμε κ. Γεν. Γραμματέα,

Σας απευθύνουμε το παρόν έγγραφο στο πλαίσιο της συνεργασίας μας σε θέματα εισόδου και παραμονής αλλοδαπών και με αφορμή την υποβολή της υπ' αριθμ. πρωτ. 13011/19.07.2004 αναφοράς, με αντικείμενο την άρνηση των αρμοδίων Δ.Ο.Υ. να προβούν σε χορήγηση Α.Φ.Μ. και έναρξη επιτηδεύματος σε αυτοαπασχολούμενους πολίτες της Ε.Ε., επικαλούμενες το περιεχόμενο της αριθμ. 37 εγκυκλίου και παρεμποδίζοντας την ολοκλήρωση της διαδικασίας νόμιμης εγκατάστασης και διαμονής των προσώπων αυτών στη χώρα μας. Με το εν λόγω έγγραφο, ο Συνήγορος του Πολίτη επιθυμεί να επιστήσει το ενδιαφέρον σας στο ζήτημα της ορθής εφαρμογής του μεταβατικού καθεστώτος που προβλέπει προσωρινές παρεκκλίσεις από το κοινοτικό κεκτημένο ως προς το δικαίωμα της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων των νέων κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης - πλην Μάλτας και Κύπρου -, του οποίου έκανε χρήση η Ελλάδα βάσει της ευχέρειας που παρέχει η Συνθήκη των Αθηνών της 16.04.2003 για τη διεύρυνση της Ε.Ε και οι πρόσθετες Πράξεις Προσχώρησης που τη συνοδεύουν.

Α. Ως γνωστόν, η ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων συνιστά θεμελιώδη αρχή του κοινοτικού δικαίου, εφαρμοζόμενη στους υπηκόους των νέων κρατών μελών από την 1^η Μαΐου 2004. Η θέσπιση του μεταβατικού καθεστώτος αποφασίστηκε κατά το στάδιο της διεύρυνσης της Ε.Ε., ενόψει των παρατηρούμενων διαφορών βιοτικού επιπέδου μεταξύ των δεκαπέντε παλαιότερων κρατών μελών και οκτώ εκ των νεοεισερχομένων κρατών και αποσκοπεί να αποτρέψει τους ενδεχόμενους κινδύνους διόγκωσης του μεταναστευτικού ρεύματος φθηνού εργατικού δυναμικού από τα νέα κράτη μέλη και επακόλουθης μείωσης του ύψους των μισθών στις εσωτερικές αγορές των παλαιότερων κρατών μελών.

Για τον λόγο αυτό, οι προσωρινές παρεκκλίσεις από το κοινοτικό κεκτημένο ως προς το δικαίωμα της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων των νέων κρατών μελών της Ε.Ε. δεν εφαρμόζονται σε κάθε κατηγορία εργαζομένων, αλλ' *αφορούν αποκλειστικά στους μισθωτούς εργαζομένους*, δηλαδή στους υπηκόους των ανωτέρω 8 κρατών που επιδιώκουν να συνάψουν σχέση εξαρτημένης εργασίας με εργοδότη εγκατεστημένο σε παλαιότερο κράτος μέλος που εφαρμόζει το προβλεφθέν μεταβατικό καθεστώς. Το καθεστώς αυτό επιτρέπει, κατά το διάστημα ισχύος του, την υπαγωγή των εν λόγω μισθωτών εργαζομένων στην υφιστάμενη εσωτερική νομοθεσία των κρατών μελών, περιοριστικώς ως προς τα θέματα που άπτονται της ελεύθερης κυκλοφορίας τους (και όχι π.χ. για ζητήματα κοινωνικής ασφάλισης, για τα οποία εφαρμόζεται πλήρως το κοινοτικό δίκαιο).

Στους *μη* μισθωτούς εργαζομένους που εγκαθίστανται επαγγελματικά ως αυτοαπασχολούμενοι, ασκώντας είτε ένα από τα παραδοσιακώς χαρακτηριζόμενα ως

ελευθέρια επαγγέλματα είτε προσφέροντας οποιαδήποτε ανεξάρτητη υπηρεσία απευθυνόμενοι προς την ελεύθερη αγορά - πλην συγκεκριμένων εξαιρέσεων που θεσπίστηκαν με τις οικείες Πράξεις Προσχώρησης και αφορούν αποκλειστικά στην εσωτερική αγορά της Γερμανίας και της Αυστρίας -, οι προσωρινές αυτές παρεκκλίσεις δεν εφαρμόζονται, αντιθέτως εφαρμόζεται ήδη από 1^{ης} Μαΐου η κοινοτική νομοθεσία χωρίς κανένα περιορισμό.

B. Δεδομένου ότι η ως άνω προσωρινή απόκλιση από την εφαρμογή του κοινοτικού κεκτημένου συνιστά περιορισμό της εκ μέρους πολιτών της Ε.Ε. άσκησης θεμελιώδους δικαιώματος της κοινοτικής έννομης τάξης, δεν είναι επιτρεπτή τυχόν διεύρυνση της κατηγορίας των *μισθωτών εργαζομένων* με κριτήρια του εσωτερικού δικαίου, ώστε να περιλαμβάνει και άλλα πρόσωπα, πέραν των ειδικώς υπαγομένων από τις οικείες Πράξεις στο ρυθμιστικό πεδίο του μεταβατικού καθεστώτος. Επ' αυτού παρατηρούνται τα ακόλουθα:

Ο ορισμός του *εργαζομένου* δεν περιέχεται ρητώς στις διατάξεις των οικείων Συνθηκών (ιδ. σχετ. άρθρα 48-51 ΣΕΚ), ωστόσο, η νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έχει πλέον προσδώσει στον όρο αυτόν ασφαλές περιεχόμενο. Ήδη από το 1964 (*Hoekstra-Unger*, 75/63), το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η υπερεθνική διάσταση του όρου αυτού που περιέχεται στα άρθρα 48 – 51 της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, με τα οποία θεσπίζεται η ελευθερία της κυκλοφορίας των εργαζομένων ως θεμέλιο της Κοινότητας, απαγορεύει την ερμηνεία του βάσει των εθνικών νομοθεσιών. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται «*οι όροι εργαζόμενος και αμειβόμενη δραστηριότητα δεν δύναται να οριστούν δια παραπομπής στις νομοθεσίες των Κρατών μελών, αλλά έχουν κοινοτική έννοια. Άλλως, οι περί ελευθέρως κυκλοφορίας των εργαζομένων κοινοτικοί κανόνες θα απέβαιναν μάταιοι, διότι το περιεχόμενο των όρων αυτών θα ηδύνατο να οριστεί και να τροποποιηθεί μονομερώς, χωρίς έλεγχο εκ μέρους των οργάνων της Κοινότητας, από τις εθνικές νομοθεσίες, οι οποίες θα είχαν έτσι την δυνατότητα να αποκλείσουν, κατά το δοκούν, ωρισμένες κατηγορίες προσώπων, από την εφαρμογή της Συνθήκης ... Επομένως, η έννοια και η έκταση των όρων εργαζόμενος και αμειβόμενη δραστηριότητα πρέπει να αποσαφηνιστούν υπό το φως των αρχών της κοινοτικής εννόμου τάξεως. Σχετικώς, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι οι όροι αυτοί ορίζουν το πεδίο εφαρμογής μιας από τις θεμελιώδεις ελευθερίες που εξασφαλίζει η Συνθήκη και για τον λόγο αυτό δεν δύναται να ερμηνευθούν συσταλτικώς*» (*Levin*, 53/81).

Εξειδικεύοντας περαιτέρω την κατά το άρθρο 48 έννοια του *εργαζομένου*, το Δικαστήριο προσδιόρισε «*ως ουσιώδες στοιχείο μιας εργασιακής σχέσης*» όταν «*για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα ένα πρόσωπο εκτελεί υπηρεσίες για λογαριασμό και υπό τις οδηγίες άλλου προσώπου σε αντάλλαγμα των οποίων λαμβάνει αμοιβή ... Ό,τι απαιτείται για την εφαρμογή του άρθρου 48 είναι ότι η δραστηριότητα οφείλει να εμπίπτει στη φύση της παρεχόμενης εργασίας προς αμοιβή, ασχέτως προς την σφαίρα εντός της οποίας πραγματοποιείται ... η φύση της έννομης σχέσης μεταξύ εργαζομένου και εργοδότη, είτε αφορά σε καθεστώς δημοσίου δικαίου είτε σε σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, είναι αδιάφορη όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 48*» (*Lawrie-Blum*, 66/85). Και τούτο διότι «*εν απουσία κάθε διάκρισης στην προαναφερθείσα διάταξη [άρθρ. 48 παρ. 4], καθίσταται αδιάφορη η γνώση κατά πόσον ένας εργαζόμενος έχει προσληφθεί με την ιδιότητα του εργάτου, του ιδιωτικού υπαλλήλου ή του δημοσίου υπαλλήλου, ή ακόμη εάν η εργασιακή σχέση άπτεται του δημοσίου ή του ιδιωτικού δικαίου ... οι νομικοί αυτοί χαρακτηρισμοί είναι, εν τοις πράγμασιν, μεταβλητοί κατά τη βούληση των εθνικών νομοθεσιών και δεν δύναται, για τον λόγο αυτόν, να παράσχουν ένα πρόσφορο ερμηνευτικό κριτήριο στις απαιτήσεις του κοινοτικού δικαίου*» (*Sotgiu*, 152/73).

Γ. Ο Συνήγορος του Πολίτη έλαβε γνώση της εγκυκλίου αριθμ. 37 που εξέδωσε η Διεύθυνση Αλλοδαπών και Μετανάστευσης του Υπουργείου Εσωτερικών στις 23.06.2004, η οποία εξειδικεύει τις προϋποθέσεις εφαρμογής του καθεστώτος των προσωρινών παρεκκλίσεων ως εξής:

Η ως άνω εγκύκλιος ρυθμίζει την είσοδο και διαμονή στη χώρα μας υπηκόων των 8 νέων χωρών, κατά τη μεταβατική περίοδο των δύο ετών μετά τη διεύρυνση - με δυνατότητα παράτασής της για πέντε ακόμη έτη - προβλέποντας την εφαρμογή του ν. 2910/2001 για όσους εξ αυτών «εισέρχονται με σκοπό τη μισθωτή εργασία και μόνο». Στο κείμενο της εγκυκλίου περαιτέρω διευκρινίζεται, ότι «όσον αφορά στη διακίνηση πολιτών ... οι οποίοι επιθυμούν να εισέλθουν ως αυτοαπασχολούμενοι (ανεξάρτητη οικονομική δραστηριότητα, ελεύθεροι επαγγελματίες) ...εφαρμόζονται οι κοινοτικές διατάξεις». Λόγω του περιοριστικού προσδιορισμού των αυτοαπασχολούμενων με γνώμονα τη διάταξη του άρθρου 27 του ν. 2910/2001 (ανεξάρτητη οικονομική δραστηριότητα, ελεύθεροι επαγγελματίες), στους οποίους και μόνον η εγκύκλιος φαίνεται να αναγνωρίζει την πλήρη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, αναφέρεται ζήτημα ερμηνευτικής προσέγγισης όρων της κοινοτικής έννομης τάξης από την σκοπιά του εθνικού νομοθέτη. Αντιστοίχως, ζήτημα ανακύπτει και ως προς την ρητή επέκταση του πεδίου εφαρμογής των εθνικών διατάξεων – και συναφούς αποκλεισμού από την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου -, η οποία επιχειρείται με τον ορισμό της μισθωτής απασχόλησης που περιλαμβάνεται στο στοιχείο 5 της εγκυκλίου: «Ως μισθωτή απασχόληση για την εφαρμογή των ανωτέρω νοείται η εξαρτημένη εργασία (άρθρα 19-22 ν.2910/01) και η ανεξάρτητη υπηρεσία ή έργο (άρθρο 23 ν. 2910/01)».

Η ως άνω ερμηνευτική προσέγγιση ακολουθεί τις διακρίσεις της ελληνικής νομοθεσίας που καθορίζει τις νόμιμες προϋποθέσεις εισόδου και παραμονής υπηκόων τρίτων χωρών. Σύμφωνα με τη νομοθεσία αυτή, οι εν λόγω αλλοδαποί διακρίνονται σε τρεις κύριες κατηγορίες, αναλόγως εάν παρέχουν εξαρτημένη εργασία (άρθρ. 19-22 ν. 2910/2001), ανεξάρτητη υπηρεσία ή έργο (άρθρ. 23) ή ανεξάρτητη οικονομική δραστηριότητα (άρθρ. 27). Σημειώνεται ότι για τις δύο πρώτες κατηγορίες απαιτείται η έκδοση άδειας εργασίας. Με την αριθμ. 12 εγκύκλιο που εξέδωσε η Διεύθυνση Αλλοδαπών και Μετανάστευσης του Υπουργείου Εσωτερικών στις 18.02.2004, προκρίθηκε η υπαγωγή στις προϋποθέσεις του άρθρου 23 (εν αντιθέσει με τις αντίστοιχες του άρθρου 27) αρκετών κατηγοριών αυτοαπασχολούμενων, όπως «οι οικοδόμοι, οι εργαζόμενοι κατ'οίκον σε περισσότερους του ενός εργοδότες, οι αποκλειστικές νοσοκόμες, κλπ, λόγω των ιδιομορφιών του επαγγέλματός τους (μη σταθερός εργοδότης), αν και δεν συνδέονται με τους εκάστοτε εργοδότες τους με σχέση ανεξάρτητων υπηρεσιών ή έργου. Για τις παραπάνω κατηγορίες, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι δεν επιβάλλεται από την εργατική νομοθεσία η τήρηση έγγραφου τύπου σύμβασης εργασίας, δεν είναι και εφικτή η σύναψη γραπτού τύπου σύμβασης εργασίας, λόγω της συχνής εναλλαγής των εργοδοτών (μη σταθερός εργοδότης), και του μικρού ή και μη ορισμένου χρόνου απασχόλησης σε κάθε εργοδότη. Ακόμη για τις εν λόγω κατηγορίες δημιουργείται πολλές φορές σύγχυση σχετικά με το αν πρόκειται για ανεξάρτητες υπηρεσίες ή έργο (άρθρο 23) ή για ανεξάρτητη οικονομική δραστηριότητα (άρθρα 25-27). Σημειώνεται ότι οι αλλοδαποί επιδιώκουν την ένταξή τους στην περίπτωση της ανεξάρτητης οικονομικής δραστηριότητας, προκειμένου να μην εκδίδουν άδεια εργασίας». Θα μπορούσε, βεβαίως, να υποστηριχθεί εν προκειμένω, ότι ακόμη και υπό το πρίσμα του εθνικού δικαίου, οι εν λόγω εργαζόμενοι φαίνεται να επιθυμούν να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους ως αυτοαπασχολούμενοι στην ελεύθερη αγορά, ενώ η «συχνή εναλλαγή των εργοδοτών» ή ο «μη ορισμένος χρόνος απασχόλησης» προσιδιάζουν μάλλον σε ανεξάρτητη πελατειακή σχέση παρά σε διαδοχική παροχή εξαρτημένης μισθωτής εργασίας σε απροσδιόριστο αριθμό «εργοδοτών».

Σε κάθε περίπτωση, καίτοι η υπαγωγή και άλλων κατηγοριών εργαζομένων (όπως οι παρέχοντες ανεξάρτητη υπηρεσία ή έργο, καθώς και ορισμένοι αυτοαπασχολούμενοι) στο ρυθμιστικό πεδίο των διατάξεων περί εισόδου και παραμονής αλλοδαπών τρίτων χωρών που παρέχουν εξαρτημένη, μισθωτή εργασία είναι πιθανώς εξηγήσιμη υπό το πρίσμα της εθνικής νομοθεσίας και πρακτικής, δεν θα ήταν επιτρεπτή υπό το πρίσμα του κοινοτικού δικαίου παρόμοια επέκταση του πεδίου εφαρμογής των διατάξεων του εσωτερικού δικαίου και αντίστοιχος περιορισμός της εφαρμογής του κοινοτικού κεκτημένου σε πολίτες της Ε.Ε., βάσει κατηγοριοποιήσεων που τυχόν ισχύουν στην εθνική νομοθεσία. Όπως προαναφέρθηκε, ο ορισμός της *μισθωτής απασχόλησης* δεν μπορεί να αντληθεί από τις διατάξεις του εσωτερικού δικαίου, αλλά από εκείνες του κοινοτικού δικαίου, όπως αυτές έχουν ασφαλώς ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, δηλαδή, την εκ μέρους του μισθωτού εργαζομένου παροχή υπηρεσιών, επ' αμοιβή και για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, για λογαριασμό και υπό τις οδηγίες συγκεκριμένου εργοδότη. Για τον λόγο αυτόν, η υπαγωγή στην κατηγορία των *μισθωτών εργαζομένων* εκείνων των εργαζομένων που παρέχουν ανεξάρτητη υπηρεσία ή έργο κατά την έννοια του άρθρου 23 του ν. 2910/2004 – και, πολύ περισσότερο, όσων εργαζομένων δεν συνάπτουν καν εργασιακή σχέση με συγκεκριμένο εργοδότη αλλά απευθύνονται ως αυτοαπασχολούμενοι στην ελεύθερη αγορά – δεν φαίνεται κατ' αρχήν να συνάδει με τις απαιτήσεις της κοινοτικής έννομης τάξης.

Ενόψει των ανωτέρω παρατηρήσεων, σας παρακαλούμε να επανεξετάσετε, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων σας, το περιεχόμενο της εγκυκλίου υπό το πρίσμα των διατάξεων της κοινοτικής νομοθεσίας που απαγορεύουν τον περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας και εγκατάστασης των εργαζομένων, πέραν του προβλεπομένου κατά τρόπο ειδικό στις σχετικές Πράξεις Προσχώρησης. Παραμένουμε στη διάθεσή σας για οποιαδήποτε διευκρίνιση ή πληροφορία και παρακαλούμε να μας ενημερώσετε ταχέως από την πλευρά σας για κάθε σχετική ενέργεια.

Με τιμή

Ανδρέας Τάκης
Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση:

1. Υπουργό ΕΣ.Δ.Δ.Α. καθ. κ. Π. Παυλόπουλο, Βασ. Σοφίας 15, 106 71 ΑΘΗΝΑ
2. Υφυπουργό κ. Αθ. Νάκο, Σταδίου 31, 101 83 ΑΘΗΝΑ
3. Υπουργείο Εξωτερικών, Γ' Δ/ση Ευρωπαϊκών Υποθέσεων, Βασ. Σοφίας 1, 106 71 ΑΘΗΝΑ
4. Υπουργείο Οικ/κών & Οικ/μίας, Γεν. Δ/ση Φορολ. Ελέγχων, Καρ. Σερβίας 10, 101 84 ΑΘΗΝΑ
5. κ. Γιάννη Πιαδίτη, δικηγόρο, Κολιάτσου 38-40, 201 00 ΚΟΡΙΝΘΟΣ