

Κύκλος Κοινωνικής Προστασίας

ΠΟΡΙΣΜΑ

(Ν. 3094/2003 "Συνήγορος του Πολίτη και άλλες διατάξεις", Άρθρο 3 § 5)

Ασφάλιση κατά τον χρόνο της επίσκεψης εργασίας

Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Χρήστος Α. Ιωάννου

Ειδική Επιστήμονας: Παυλίνα Κοντογεωργοπούλου



29 Ιουνίου 2016
Αριθμ. Πρωτ.: 157537/24035/2016

Κύριο Γεώργιο Κατρούγκαλο
Υπουργό Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης
& Κοινωνικής Αλληλεγγύης
Σταδίου 29
105 59 Αθήνα

Κύριο Διονύση Καλαματιανό
Διοικητή ΙΚΑ
Αγ. Κωνσταντίνου 8
102 41 Αθήνα

Ο Συνήγορος του Πολίτη, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του κατά το άρθρο 103 § 9 του Συντάγματος και τον νόμο 3094/2003, εξέτασε αναφορές ασφαλισμένων του ΙΚΑ, σχετικά με την εφαρμογή από το ΙΚΑ των διατάξεων που αφορούν την ασφάλιση το χρονικό διάστημα κατά το οποίο οι εργαζόμενοι ασκούν το δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας και συντάσσει το παρόν πόρισμα, το οποίο γνωστοποιείται και κοινοποιείται αρμοδίως.

I. Ιστορικό

Ο Συνήγορος του Πολίτη παρέλαβε σειρά αναφορών σχετικά με την εξέταση καταγγελιών προς το ΙΚΑ για μη ασφάλιση κατά τη διάρκεια της επίσχεσης, που υπέβαλαν ασφαλισμένοι του, από το 2012 και έπειτα. Η διερεύνηση του ζητήματος εκ μέρους της Αρχής συστηματοποιήθηκε επ' αφορμή αναφορών ασφαλισμένων, οι οποίοι εργάζονταν στην επιχείρηση «*****» με διάφορες ειδικότητες οικοδόμων. Στην συνέχεια, ο Συνήγορος του Πολίτη έγινε αποδέκτης και άλλων αναφορών με το ίδιο αντικείμενο.

Το έτος 2011, εργαζόμενοι της προαναφερθείσας επιχείρησης, με εξώδικη δήλωσή τους που κοινοποιήθηκε στην εργοδότη εταιρεία, άσκησαν το δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας, μετά την παρέλευση πολλών μηνών κατά τους οποίους ο εργοδότης δεν τούς κατέβαλλε δεδουλευμένες αποδοχές. Στη συνέχεια υπέβαλαν στα κατά τόπους αρμόδια ΚΠΑ2 του ΟΑΕΔ αίτηση για επιδότηση επίσχεσης, η οποία και τους χορηγήθηκε, βάσει του άρθρου 27 παρ. 5 του ν.δ. 2951/1954, όπως αντικαταστάθηκε από την παρ. 1 του άρθρου 20 του Ν. 1836/89. Κατά τον χρόνο υποβολής των αναφορών, ορισμένοι από τους εργαζομένους είχαν προσφύγει στα πολιτικά δικαστήρια, τα οποία είχαν ήδη εκδώσει αποφάσεις κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, με τις οποίες είχαν γίνει δεκτές οι αιτήσεις τους για καταβολή αποδοχών υπερημερίας τόσο πριν, όσο και κατά τη διάρκεια της επίσχεσης.

Όσον αφορά τις ασφαλιστικές εισφορές, κατά το διάστημα της επίσχεσης, οι ενδιαφερόμενοι, οι οποίοι υπάγονταν όλοι στην ασφάλιση κατά τον ΚΒΑΕ, ασφαλίστηκαν μόνο κατά τον πρώτο μήνα της επίσχεσης, όχι όμως με ασφάλιση βαρέων. Για όλο το υπόλοιπο χρονικό διάστημα της επίσχεσης δεν ασφαλίστηκαν καθόλου. Για την ασφαλιστική τους τακτοποίηση υπέβαλαν καταγγελίες στο ΙΚΑ. Προκειμένου να απαντήσει στο ερώτημα του αρμόδιου Υποκαταστήματος, σχετικά με τον τρόπο χειρισμού των καταγγελιών, η Διεύθυνση Ασφάλισης-Εσόδων της Διοίκησης του ΙΚΑ απέστειλε με τη σειρά της έγγραφο ερώτημα προς τη Νομική Διεύθυνση του Ιδρύματος.



Η Νομική Διεύθυνση απάντησε με το υπ' αρ. πρωτ. 6738/9.7.2012 έγγραφό της, ως προς την υπαγωγή ή μη στην ασφάλιση των βαρέων και ανθυγιεινών επαγγελματιών κατά την επίσκεψη. Αναφερόμενη στη νομολογία του Α.Π. (251/2008, 1209/1999) και του ΣΤΕ (697/2010, 3864-66/2009), σύμφωνα με την οποία αν ο εργαζόμενος που έχει ασκήσει το δικαίωμα της επίσκεψης εργασίας, απασχολείται με ειδικότητα η οποία έχει υπαχθεί στα βάρεια και ανθυγιεινά επαγγέλματα, θεωρείται και ο χρόνος της επισχέσεως εργασίας ως χρόνος απασχολήσεως στα ανωτέρω επαγγέλματα. Θεωρούσε δε, ήδη από το 2012, ότι το νομικό αυτό ζήτημα πρέπει να θεωρείται λευμένο εις βάρος των απόψεων του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ και ανέφερε ότι διαφορετική αντιμετώπιση μπορεί να καταστεί δυνατή μόνο με νομοθετική ρύθμιση. Περαιτέρω, στην έγγραφη απάντηση αναφέρεται ότι το δικαίωμα επίσκεψης εργασίας ασκείται ατύπως, αλλά για να επιφέρει η επίσκεψη εργασίας έννομα αποτελέσματα, πρέπει να είναι σαφής και, προφανώς για λόγους ασφάλειας δικαίου, να προκύπτει από βέβαια στοιχεία, όπως είναι, ενδεικτικά, αλλά όχι περιοριστικά, η εξώδικη δήλωση και η τελεσίδικη δικαστική απόφαση.

Στη συνέχεια, σε απάντηση του ερωτήματος του Υποκαταστήματος, η Διεύθυνση Ασφάλισης-Εσόδων με το υπ' αρ. Α34/261/13/20.07.2012 έγγραφό της, αρχικά αναφέρεται στην διατήρηση της ασφάλισης κατά τον χρόνο αποχής από την εργασία στην περίπτωση της επίσκεψης, χρόνο κατά τον οποίο ο μισθωτός εξακολουθεί να έχει αξίωση στις αποδοχές του και συνεπώς συνεχίζεται και η ασφάλιση στο ΙΚΑ και μάλιστα στην ασφάλιση του ΚΒΑΕ εφόσον οι εργαζόμενοι απασχολούνται σε εργασίες ή ειδικότητες του ΚΒΑΕ (όπου και αναφορά στο έγγραφο της Νομικής Υπηρεσίας). Έπειτα όμως, επικαλούμενη τις διατάξεις των άρθρων 657 και 658 Α.Κ., οι οποίες θεωρούσε -εσφαλμένα κατά την άποψή μας- ότι εφαρμόζονται και επί επισχέσεως, η υπηρεσία **περιορίζει χρονικά το διάστημα της ασφάλισης στον ένα μήνα από την έναρξη της επίσκεψης και ανέφερε ότι για την ασφάλιση των εργαζομένων σε επίσκεψη πέραν του μηνός από την διακοπή της απασχόλησής τους θα πρέπει να υπάρχει δικαστική απόφαση, και μάλιστα τελεσίδικη**, «με την οποία να ορίζεται ότι δεν έχει διακοπεί η εργασιακή σχέση των ενδιαφερομένων με τον εργοδότη τους και ότι αυτός (ο εργοδότης) είναι υποχρεωμένος να καταβάλλει τις αποδοχές που αντιστοιχούν σε όλη τη χρονική περίοδο της επίσκεψης».

Ακολουθώντας τις οδηγίες αυτές, το αρμόδιο Υποκατάστημα, απέστειλε στους ενδιαφερόμενους έγγραφη ενημέρωση σχετικά με τις καταγγελίες τους, με την οποία τους ζητούσε να προσκομίσουν τελεσίδικη απόφαση δικαστηρίου με την οποία να ορίζεται ότι δεν έχει διακοπεί η εργασιακή σχέση τους με τον εργοδότη τους και ότι αυτός (ο εργοδότης) είναι υποχρεωμένος να καταβάλλει τις αποδοχές που αντιστοιχούν σε όλη τη χρονική περίοδο της επίσκεψης», ως «στοιχείο απαραίτητο για την ασφάλισή τους πέραν του μηνός από την ημερομηνία έναρξης της επίσκεψης».

II. Ενέργειες του Συνηγόρου του Πολίτη

Ο Συνήγορος του Πολίτη, αφού μελέτησε προσεκτικά τις σχετικές διατάξεις και απέστειλε στη Διεύθυνση Ασφάλισης-Εσόδων της Διοίκησης του Ιδρύματος το υπ' αρ. 157537/38907/2012/1^η.11.2012 έγγραφό του, κοινοποιούμενο στο γραφείο του Διοικητή του ΙΚΑ, με το οποίο υποστήριζε ότι θα έπρεπε να αναθεωρηθεί η θέση του ΙΚΑ και να εκδοθούν νέες σαφείς οδηγίες προς τα Υποκαταστήματα σχετικά με την αντιμετώπιση της υπαγωγής στην ασφάλιση εργαζομένων που ασκούν το δικαίωμα της επίσκεψης. Στη συνέχεια, αποστείλαμε το υπ' αρ. 157537/2762/2013/21.1.2013 υπομνηστικό έγγραφο και τέλος το υπ' αρ. 157537/6350/2013 έγγραφο προς τον Διοικητή του ΙΚΑ κύριο Ροβέρτο Σπυρόπουλο. Με τα έγγραφα αυτά, η Αρχή υποστήριξε ότι:

1. Κατά τη διάρκεια της επίσκεψης διατηρείται η αξίωση του εργαζομένου επί του μισθού και, συνεπώς, η ασφαλιστική σχέση παραμένει ενεργή, με όλες τις συνέπειες από άποψη καταβολής εισφορών στο Ι.Κ.Α. Ο χρόνος κατά τον οποίο ο εργαζόμενος ασκεί νομίμως το δικαίωμα επίσκεψης της εργασίας του θεωρείται χρόνος για τον οποίο ο εργοδότης οφείλει να καταβάλει τις νόμιμες αποδοχές του μισθωτού, ομοίως δε θεωρείται και χρόνος διανυθείς



στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α., με όλες τις συνέπειες από άποψη καταβολής εισφορών που θα ίσχυαν, εάν ο εργαζόμενος παρείχε κανονικά την εργασία του.

2. Εφόσον η ασφαλιστέα εργασία υπάγεται στην ασφάλιση κατά τον ΚΒΑΕ, ο χρόνος της επίσχεσης είναι χρόνος διανυθείς στην ασφάλιση του ΚΒΑΕ και βεβαιώνεται ως τέτοιος.

3. Οι διατάξεις των άρθρων 657 και 658 ΑΚ, με τις οποίες τίθενται χρονικά όρια στην διατήρηση της αξίωσης του εργαζομένου για τον μισθό, αφορούν τις περιπτώσεις όπου η μη παροχή εργασίας οφείλεται σε ανυπαίτια κωλύματα που ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης του εργαζομένου και όχι την μη παροχή εργασίας λόγω της άσκησης του δικαιώματος της επίσχεσης, η οποία οφείλεται στην υπερημερία του εργοδότη. Δεδομένου ότι οι διατάξεις αυτές δεν είναι εφαρμοστέες στην περίπτωση της επίσχεσης, δεν μπορεί να στηριχθεί σε αυτές χρονικός περιορισμός ως προς την υπαγωγή στην ασφάλιση κατά τη διάρκεια της επίσχεσης.

4. Χρονικός περιορισμός ως προς την επίσχεση και κατά συνέπεια και ως προς την ασφάλιση κατά τον χρόνο της επίσχεσης, δεν μπορεί να επιβληθεί ούτε βάσει μίας εννοιολόγησης της αρχής της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών των άρθρων 200 και 288 ΑΚ η οποία θα αγνοεί την οικονομική και κοινωνική πραγματικότητα, θεωρώντας ότι η άσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης είναι καταχρηστική όταν υπερβαίνει σε διάρκεια τον ένα μήνα και περιορίζοντας έτσι ασφυκτικά την προστασία του δικαιώματος στην εργασία και στην εξασφάλιση της αμοιβής της.

5. Ενόψει αφενός, των διατάξεων του άρθρου 5 παρ. 2 του Κ.Δ.Δ., αφετέρου, της δέσμιας αρμοδιότητας των ασφαλιστικών οργάνων ως προς την υπαγωγή στην ασφάλιση των εργαζομένων που υπάγονται στην ασφάλιση του ΙΚΑ, τα ασφαλιστικά όργανα οφείλουν να ασκήσουν πλήρως την αρμοδιότητά τους αυτή, εφαρμόζοντας τις σχετικές διατάξεις, και δεν μπορούν να εξαρτούν τις ενέργειές τους από την δικαστική κρίση επί της τυχόν εργατικής διαφοράς, μεταξύ του εργαζομένου που άσκησε το δικαίωμα της επίσχεσης και του εργοδότη του.

6. Η συνέχιση της σύμβασης εργασίας και, ως εκ τούτου, η διατήρηση της αξίωσης για την καταβολή μισθού μπορεί να επιβεβαιώνεται από στοιχεία που διαθέτουν είτε τα ίδια τα ασφαλιστικά όργανα είτε άλλες δημόσιες υπηρεσίες, από τις οποίες μπορεί το ΙΚΑ να αντλήσει τις αναγκαίες πληροφορίες. Ειδικότερα, ο Συνήγορος του Πολίτη είχε υποστηρίξει ότι όλα τα κρίσιμα στοιχεία για την συνέχιση της ασφάλισης κατά τη διάρκεια της επίσχεσης και την έκδοση Π.Ε.Ε. μπορούν να αντληθούν:

α. Σχετικά με την καταγγελία της σύμβασης εργασίας από τον ΟΑΕΔ, στον οποίο αναγγέλλεται υποχρεωτικά από τον εργοδότη (ν. 2556/1997, 2972/2001), καθώς και από το Πληροφοριακό σύστημα του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας (ΣΕΠΕ – ΟΑΕΔ – ΙΚΑ), σύμφωνα με την ΥΑ 17227/32/ΦΕΚ Β/2346/2012.

β. Σχετικά με την πραγματική άσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης, από τον ΟΑΕΔ, από τον οποίο επιδοτούνται οι εργαζόμενοι λόγω επίσχεσης (παρ. 5 του άρθρου 27 του ν.δ. 2951/1954, όπως αντικαταστάθηκε από παρ. 1 του άρθ. 20 του Ν. 1836/89), και ο οποίος προβαίνει σε επιτόπιο έλεγχο προκειμένου να εγκρίνει την επιδότηση και

γ. Σχετικά με την διατήρηση της αξίωσης στον μισθό, από το ΣΕΠΕ, στο οποίο συχνά προσφεύγουν οι εργαζόμενοι για την μη καταβολή των αποδοχών τους.

III. Απάντηση του ΙΚΑ στις επισημάνσεις και προτάσεις του ΣΤΠ

Η Διεύθυνση Ασφάλισης-Εσόδων του ΙΚΑ απάντησε στα έγγραφα του Συνηγόρου του Πολίτη με το υπ' αρ. Α23/268/7/17.04.2013 έγγραφό της. Με το έγγραφο αυτό, αφού αναφέρεται στις διατάξεις των άρθρων 2 και 8 του α.ν. 1846/1951 και 325 και 656 Α.Κ., επικαλείται την υπ' αρ. 257/20-3-84 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Ιδρύματος, σύμφωνα με την οποία, σε περίπτωση επίσχεσης εργασίας και εφόσον αυτή ασκήθηκε νόμιμα, συνεχίζεται η ασφάλιση στο ΙΚΑ-ΕΤΑΜ των μισθωτών, όχι όμως για



χρονικό διάστημα πέραν του ευλόγου, κατά το οποίο οφείλονται και αποδοχές. Το χρονικό αυτό διάστημα προσδιορίζεται κάθε φορά με βάση τις αρχές της «καλής πίστης» και των «χρηστών συναλλακτικών ηθών» κατά τα άρθρα 200 και 288 του Αστικού Κώδικα και σε κάθε περίπτωση (εφόσον δεν υπάρχει δικαστική απόφαση) δεν μπορεί να επεκταθεί πέρα του μηνός από τη διακοπή της απασχόλησης. Ο μήνας αυτός θεωρείται ως ένας εύλογος χρόνος εξαναγκασμού του εργοδότη να συμμορφωθεί ως προς τις υποχρεώσεις του» (υπογράμμιση του συντάξαντος το έγγραφο). Περαιτέρω, αναφέρει ότι «το χρονικό διάστημα για το οποίο δικαιούνται αποδοχές οι εργαζόμενοι καθορίζεται από τις διατάξεις των άρθρων 657 και 658 του Αστικού Κώδικα που αναλογικά εφαρμόζονται και από το Ίδρυμα και είναι μισός μήνας για τους απασχολούμενους από 10 ημέρες μέχρι ένα χρόνο, και ένας μήνας για τους απασχολούμενους πάνω από ένα χρόνο» (υπογράμμιση δική μας).

Στη συνέχεια, ενώ αποδέχεται την ασφάλιση των αναφερομένων στον Συνήγορο του Πολίτη που είχαν ασκήσει το δικαίωμα της επίσχεσης, σύμφωνα με τον Κ.Β.Α.Ε., δεδομένου ότι επρόκειτο για εργαζομένους σε ειδικότητες Β.Α.Ε. (με αναφορά στο υπ' αρ. 6738/9.7.2012 έγγραφο του Νομικού Συμβούλου του ΙΚΑ), περιορίζει την ασφάλιση αυτή στα χρονικά όρια των άρθρων 657 και 658 ΑΚ, μετά από τα οποία δέχεται την συνέχιση της ασφάλισης μόνον εφόσον έχει εκδοθεί τελεσίδικη δικαστική απόφαση. Η υπηρεσία θεωρεί ότι:

«[...] η προσκόμιση της εν λόγω δικαστικής απόφασης στις υπηρεσίες του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ αποτελεί σύμφωνα με την ασφαλιστική νομοθεσία έναν ασφαλή αλλά και ουσιώδη παράγοντα για την ασφαλιστική τακτοποίηση των εργαζομένων και σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί διαδικαστικό πρόσκομμα (όπως εσφαλμένα αναφέρεται σε σχετική αναφορά σας), δεδομένου ότι με την απόφαση αυτή αποδεικνύεται και βεβαιώνεται ρητώς από το δικαστήριο ότι:

- Δεν έχει διακοπεί νόμιμα η εργασιακή σχέση των ενδιαφερομένων με τον εργοδότη τους
- Ο εργοδότης έχει καταστεί υπερήμερος και κατά συνέπεια είναι υποχρεωμένος να καταβάλλει τις αποδοχές που αντιστοιχούν σε όλη τη χρονική περίοδο της επίσχεσης
- Ελέγχεται δε από το δικαστήριο εάν συντρέχουν τα στοιχεία που αποτελούν τις προϋποθέσεις για το νόμιμο της επίσχεσης, τα οποία είναι:
 1. Η ύπαρξη ενεργούς και έγκυρης εργασιακής σύμβασης εργασίας (δηλ. να μην έχει καταγγελθεί νόμιμα).
 2. Η ύπαρξη απαιτητής ή ληξιπρόθεσμης αξίωσης του μισθωτού, η οποία θα πρέπει να είναι συναφής προς την οφειλή και να στρέφεται κατά του προσώπου του εργοδότη.
 3. Να γίνεται ρητώς και σαφώς (γραπτώς ή προφορικάς εγκαίρως) ότι ο εργαζόμενος αρνείται να παρέχει τις υπηρεσίες του μέχρι να εκπληρώσει ο εργοδότης την υποχρέωση που τον βαρύνει. Η δήλωση του μισθωτού ότι ασκεί το δικαίωμα της επίσχεσης είναι βασικότατη και πρέπει να είναι σαφής εξώδικη έγγραφη δήλωση επίσχεσης η οποία πρέπει να περιέλθει σε γνώση του εργοδότη.
 4. Να ασκείται εντός των ορίων της καλής πίστης, των χρηστών και συναλλακτικών ηθών και του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαιώματος, διαφορετικά ασκείται καταχρηστικά (άρθρο 281 Α.Κ.)».

Τέλος, ως προς την πρόταση του Συνηγόρου του Πολίτη, διατυπωθείσα με τα προαναφερθέντα έγγραφα του, σύμφωνα με την οποία το ΙΚΑ μπορεί να αντλήσει στοιχεία από άλλες υπηρεσίες, η Διεύθυνση Ασφάλισης – Εσόδων θεωρούσε ότι δεν είναι ασφαλής τρόπος διασταύρωσης και ταυτοποίησης στοιχείων. Ειδικότερα, η Διεύθυνση Ασφάλισης – Εσόδων ανέφερε ότι από τις προταθείσες από τον Συνήγορο του Πολίτη πηγές δεν μπορεί να αντληθεί πληροφόρηση στις περιπτώσεις που δεν έχει διακοπεί νόμιμα η εργασιακή σχέση. Επίσης, η υπηρεσία αναφέρει ότι δεν μπορεί να γνωρίζει εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της υπερημερίας του εργοδότη καθώς και οι λοιπές προϋποθέσεις για την νόμιμη και μη καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης και συνεπώς εάν ο εργοδότης είναι υποχρεωμένος να καταβάλλει τις αποδοχές που αντιστοιχούν σε όλη τη χρονική περίοδο της



επίσχεσης

Με παραπλήσιο περιεχόμενο απάντησε σε σχετική αναφορά στη Βουλή, και ο Υπουργός Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας κύριος Γιάννης Βρούτσης¹.

IV. Περαιτέρω ενέργειες του ΙΚΑ

Δεδομένης της πάγιας νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας επί του θέματος και επειδή το ζήτημα συνέχισε να απασχολεί τις υπηρεσίες του Ιδρύματος, αλλά και τον κοινοβουλευτικό έλεγχο², η Διεύθυνση Ασφάλισης-Εσόδων του ΙΚΑ απέστειλε στο Νομικό Συμβούλιο του Κράτους το υπ' αρ. Α/1150/12-9-2014 έγγραφο, με το οποίο ερωτούσε εάν η υπηρεσία δεσμεύεται γενικώς σε αποδοχή αναιρετικών αποφάσεων του ΣΤΕ, για ομοειδές περιπτώσεις οι οποίες δεν καλύπτονται από το δεδικασμένο (αφορούν άλλους διαδίκους και άλλες διαφορές), που έκριναν ότι εφόσον κατά το χρόνο επίσχεσης εργασίας παραμένει άθικτη η υποχρέωση καταβολής του μισθού, παραμένει ενεργός και η ασφαλιστική σχέση του εργαζομένου η οποία συνεχίζει να λειτουργεί υπό τους ίδιους όρους και με όλες τις συνέπειες από την άποψη καταβολής εισφορών στο ΙΚΑ-ΕΤΑΜ και ειδικότερα εάν ο εργαζόμενος απασχολείται με ειδικότητα, που έχει υπαχθεί στα βαρέα και ανθυγιεινά επαγγέλματα, οι ειδικές περί αυτών διατάξεις εξακολουθούν να έχουν εφαρμογή, θεωρώντας το χρόνο της επίσχεσης εργασίας ως χρόνο απασχόλησης στα Β.Α.Ε.

Με την υπ' αρ. 307/7.10.2014 ομόφωνη γνωμοδότησή του, το ΣΤ' Τμήμα του ΝΣΚ απάντησε ότι, «κατ' αρχάς δεν υφίσταται δέσμευση γενικώς σε αποδοχή από την Διοίκηση των αναιρετικών αποφάσεων του ΣΤΕ για ομοειδείς περιπτώσεις, οι οποίες δεν καλύπτονται από το δεδικασμένο (αφορούν άλλους διαδίκους και άλλες διαφορές), που έκριναν ότι σε περίπτωση νόμιμης άσκησης από τον μισθωτό του δικαιώματος επισχέσεως, παραμένει ενεργός η ασφαλιστική του σχέση εάν υπαγόταν στο καθεστώς των βαρέων και ανθυγιεινών επαγγελμάτων. Η διοίκηση, όμως, οφείλει να ικανοποιεί αιτήματα ασφαλισμένων σε ομοειδείς περιπτώσεις, που ευρίσκονται δηλαδή στην ίδια νομική κατάσταση της επίσχεσης εργασίας, για λόγους χρηστής διοίκησης και βάσει των αρχών του κράτους δικαίου και προς αποφυγή άσκοπων και δαπανηρών δικαστικών αγώνων». Ειδικότερα, το ΝΣΚ αναφέρει ότι, αφενός, «δεν υπάρχει δυνατότητα αλλαγής της ήδη διαμορφωθείσας πάγιας, χωρίς διακυμάνσεις, νομολογίας (βλ. Επ. Σηλιωτόπουλος «Εγχειρίδιο Διοικ. Δικαίου», έκδοση 11^η, σελ. 100, Γνωμ. ΝΣΚ 71/11, 505/04, 20/2002 και 510/2008 ατομικές)». Αφετέρου, επισημαίνει ότι «το ΣΤΕ με σειρά αποφάσεων του, επιβάλλει στο ΙΚΑ-ΕΤΑΜ ή στο Δημόσιο ή σε άλλο Ν.Π.Δ.Δ χρηματικές ποινές, υπέρ του Ταμείου Νομικών ύψους και 700 ευρώ, εφόσον εμμένουν στην υποστήριξη ενός ενδίκου μέσου που έχει καταστεί προφανώς αστήρικτο επειδή τα υπό δικαστική κρίση τυχόμενα ζητήματα έχουν ήδη ειδικώς αντιμετωπισθεί με αποφάσεις του ανωτάτου δικαστηρίου (ΣΤΕ 2314/2010 ad hoc, 938/14,1282/14,1129/13, 4361/13, 1364/12)».

V. Νομοθετική πρωτοβουλία – η καταργηθείσα ρύθμιση του άρθρου 55 παρ. 4 του ν. 4301/2014

Μετά την έκδοση της ανωτέρω γνωμοδότησης του Ν.Σ.Κ., λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι η μέχρι τότε ακολουθηθείσα διοικητική πρακτική ήταν αντίθετη με τις ισχύουσες διατάξεις, όπως αυτές είχαν παγίως ερμηνευθεί από το ΣΤΕ, το αρμόδιο Υπουργείο προώθησε νομοθετική ρύθμιση, η οποία αφορούσε όχι μόνο τον χρόνο ασφάλισης κατά την επίσχεση εργασίας, αλλά συνολικότερα την ασφαλιστική τακτοποίηση κατά τα διαστήματα της υπερημερίας του εργοδότη και με σκοπό να τυποποιήσει νομοθετικά την εξάρτηση της

¹ Αναφορά με αρ. 2923/20.3.2013 του βουλευτή του ΣΥΡΙΖΑ κ. Δ. Στρατούλη. Απάντηση με αρ. Φ90023/6927/409/2.4.2013.

² Ενδεικτικά, επίκαιρη ερώτηση του βουλευτή του ΚΚΕ κ. Χ. Κατσώτη με αρ. 424/7.1.2014, η οποία συζητήθηκε στη συνεδρίαση της Ολομέλειας στις 20.1.2014, ερώτηση με αρ. 7447/2.4.2014 βουλευτών του ΣΥΡΙΖΑ, επίκαιρη ερώτηση με αρ. 263/11-11-2014 του βουλευτή του ΚΚΕ κ. Χ. Κατσώτη, η οποία συζητήθηκε στην συνεδρίαση της Ολομέλειας στις 14.11.2014.



ασφαλιστικής τακτοποίησης από την έκδοση τελεσίδικης δικαστικής απόφασης ή δικαστικό ή εξώδικο συμβιβασμό.

Η σχετική ρύθμιση υιοθετήθηκε με το άρθρο 55 παρ. 4 του ν. 4301/2014, σύμφωνα με το οποίο:

«Οι κατά το άρθρο 656 ΑΚ μισθοί υπερημερίας υπόκεινται σε ασφαλιστικές εισφορές. Ως μισθοί υπερημερίας λογίζονται είτε οι επιδικασθέντες με τελεσίδικη δικαστική απόφαση μετ' αφαίρεση των κατά το άρθρο 656 εδάφιο δ' ΑΚ ποσών εφόσον για τα ποσά αυτά κατεβλήθησαν ασφαλιστικές εισφορές είτε οι προσδιορισθέντες από τους ενδιαφερόμενους με δικαστικό ή εξώδικο συμβιβασμό.

Αν ο συμβιβασμός καταρτισθεί μετά την έκδοση τελεσίδικου αποφάσεως λόγω επισφάλειας των επιδικασθέντων με αυτή μισθών, γίνεται νέα εκκαθάριση των οφειλομένων εισφορών ανακαλουμένων των τυχόν εκδοθεισών εν τω μεταξύ πράξεων επιβολής εισφορών».

Με το άρθρο 34 του ν. 4321/15 η διάταξη αυτή καταργήθηκε από τότε που ίσχυσε. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του άρθρου αυτού, με την διάταξη του άρθρου 55 παρ. 4 «θεσπίστηκαν τα ακόλουθα: Α) Επαναλαμβάνεται το ήδη ισχύον, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 2 του α.ν. 1846/1951 ότι οι μισθοί υπερημερίας υπόκεινται σε ασφαλιστικές εισφορές. Η ρύθμιση αυτή μπορεί να δημιουργήσει ερμηνευτικά ζητήματα δημιουργώντας την εντύπωση ότι εισάγει νέο δίκαιο και πρέπει να απαλειφθεί. Β) Περιορίζεται η επιβολή εισφορών από το Ι.Κ.Α. μόνο στους επιδικασθέντες με τελεσίδικη δικαστική απόφαση μισθούς περιορίζοντας την δυνατότητα και υποχρέωση του Ι.Κ.Α. να επιβάλλει αυτεπάγγελτα εισφορές χρησιμοποιώντας κάθε διαθέσιμο στοιχείο που έχει στη διάθεση του των δικαστικών αποφάσεων συμπεριλαμβανόμενων και επιβάλλεται καθυστέρηση στην είσπραξη των εισφορών με κίνδυνο ματαίωσης της επιβολής και είσπραξης των εισφορών που αντιστοιχούν σε μισθούς υπερημερίας. Επί πλέον δημιουργεί ένα καινοφανές «οιονεί έμμεσο δεδικασμένο» εις βάρος του Ι.Κ.Α. από υποθέσεις στις οποίες δεν ήταν διάδικος το Ταμείο και μάλιστα εν όψει αποφάσεων που εκδίδονται από τα πολιτικά δικαστήρια τα οποία δεν είναι αρμόδια να κρίνουν διαφορές δημοσίου δικαίου και να δημιουργούν δεδικασμένο. Γ) Θεσπίζεται ότι «λογίζονται» ως μισθοί υπερημερίας εκτός των τελεσίδικα επιδικασθέντων οι μισθοί που συμφωνήθηκαν με δικαστικό ή εξώδικο συμβιβασμό και μάλιστα ανακαλούνται ακόμα και Πράξεις Επιβολής Εισφορών που έχουν ήδη εκδοθεί και εκδίδονται νέες τροποποιημένες, σύμφωνα με το περιεχόμενο του συμβιβασμούς ή της απόφασης. Με την παραπάνω εξάρτηση του ύψους των οφειλομένων εισφορών από εξώδικες και δικαστικές ενέργειες ιδιωτών διαδίκων πλήττεται το ελάχιστο συνταγματικά κατοχυρωμένο θεσμικό περιεχόμενο της κοινωνικής ασφάλισης, αφού ενοχή δημοσίου δικαίου του Ι.Κ.Α. κατά του εργοδότη ρυθμιζόμενη από διατάξεις δημοσίας τάξεως μετατρέπεται σε παρακολούθημα της βούλησης και των ενεργειών ιδιωτών λειτουργούντων στα πλαίσια του ιδιωτικού δικαίου ενώ καταστρατηγείται και η αρχή της υποχρεωτικής και αυτοδίκαιης υπαγωγής των μισθωτών στην ασφάλιση του Ιδρύματος. Επιπλέον δημιουργείται έδαφος για καταστρατηγήσεις με στόχο την εισφοροδιαφυγή και για συμπαιγνία εργαζομένου και εργοδότη εις βάρος του Ιδρύματος είτε με δικαστικές είτε με εξώδικες ενέργειες τους, ενώ επιβαρύνονται διοικητικά οι υπηρεσίες του Ιδρύματος με την υποχρέωση να κρίνουν το κύρος τυχόν εγγράφων συμβιβασμών, αρμοδιότητα που ανήκει στις υπηρεσίες επιβολής της εργασιακής νομοθεσίας και στα πολιτικά δικαστήρια. Για το λόγο αυτό η διάταξη καταργείται από τότε που ίσχυσε».

Ωστόσο, παρά την πάγια νομολογία του ΣΤΕ επί του κρίσιμου διοικητικής φύσεως ζητήματος, δηλαδή της διατήρησης της ασφαλιστικής σχέσης κατά τη διάρκεια της επίσκεψης εργασίας, της νομολογίας των πολιτικών δικαστηρίων σχετικά με την διατήρηση της υποχρέωσης καταβολής του μισθού κατά τη διάρκεια της επίσκεψης κατά τα άρθρα 325 και 656 ΑΚ, αλλά και την *ex tunc* κατάργηση της διάταξης του άρθρου 55 παρ. 4 του ν. 4301/2014, οι υπηρεσίες του ΙΚΑ συνεχίζουν να εξαρτούν την ασφαλιστική τακτοποίηση των εργαζομένων κατά τη διάρκεια της επίσκεψης από την προσκόμιση τελεσίδικης απόφασης πολιτικού δικαστηρίου επί της εργατικής διαφοράς.



Ο Συνήγορος του Πολίτη θεωρεί ότι το ζήτημα παρουσιάζει ιδιαίτερη βαρύτητα. Πέραν των ατομικών περιπτώσεων των ασφαλισμένων που έχουν υποβάλει αναφορά στην Αρχή, αφορά μεγάλο αριθμό εργαζομένων, δεδομένης της συχνότητας με την οποία, λόγω της οικονομικής κρίσης, συντρέχει υπερημερία του εργοδότη ως προς την καταβολή δεδουλευμένων αποδοχών και ασκείται από τους μισθωτούς το δικαίωμα της επίσχεσης, με αποτέλεσμα οι ενδιαφερόμενοι να μην συμπληρώνουν ασφαλιστικές προϋποθέσεις για την πρόσβαση σε ασφαλιστικές παροχές. Συγκεκριμένα, η μη ασφάλιση τους πέραν του ενός μηνός κατά την διάρκεια της επίσχεσης, οδηγεί συχνά στην αδυναμία συμπλήρωσης των χρονικών προϋποθέσεων είτε για τη χορήγηση παροχών ανεργίας, σε όσους έχουν απολυθεί, είτε για την ασφαλιστική κάλυψη ασθενείας³ και το οικοδομικό επίδομα, σε όσους ακόμη βρίσκονται σε ενεργό εργασιακή σχέση. Περαιτέρω, η ασφαλιστική κάλυψη του χρόνου κατά τον οποίο ασκείται το δικαίωμα της επίσχεσης εργασίας σύμφωνα με τις διατάξεις του δικαιού κοινωνικής ασφάλισης, αποτελεί βαρύνουσα διάσταση του ίδιου του δικαιώματος της επίσχεσης. Όπως αναπτύσσεται αναλυτικά παρακάτω, η αποδυνάμωση της ασφαλιστικής προστασίας αποδυναμώνει το ίδιο το δικαίωμα της επίσχεσης.

VI. Νομικό πλαίσιο και επισημάνσεις

A. Το δικαίωμα της επίσχεσης στη σύμβαση εργασίας

1. Προϋποθέσεις άσκησης

Σύμφωνα με το άρθρο 648 του Αστικού Κώδικα, ο εργοδότης έχει την υποχρέωση να πληρώσει στον εργαζόμενο τις συμφωνημένες αποδοχές του, μετά την παροχή της εργασίας που συμφώνησαν να του προσφέρει, ενώ, κατά τη λειτουργία της συμβάσεως, έχει την υποχρέωση να τηρεί τους όρους που συμφωνήθηκαν και τον βαρύνουν. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 325 ΑΚ, που εφαρμόζονται και στις σχέσεις εργοδότη και εργαζομένου στα πλαίσια της εργασιακής συμβάσεως, σε συνδυασμό με εκείνες των άρθρων 329, 353 και 656 του ίδιου Κώδικα, όταν ο μισθωτός έχει ληξιπρόθεσμη αξίωση κατά του εργοδότη σχετική με την παροχή της εργασίας του (κατ' εξοχήν για την καταβολή του μισθού) δικαιούται, ασκώντας το δικαίωμα επισχέσεως της εργασίας του, να αρνηθεί την εκπλήρωση της δικής του παροχής, απέχοντας από την εργασία του, ώσπου ο εργοδότης να εκπληρώσει την υποχρέωση που τον βαρύνει. Η επίσχεση της εργασίας μπορεί να ασκηθεί όχι μόνο για την πληρωμή καθυστερημένων αποδοχών ή άλλων νομίμων ή συμβατικών παροχών από την παροχή εργασίας ή με αφορμή την εργασία, αλλά και για την ενέργεια πράξεων που σχετίζονται με την παροχή της εργασίας, όπως είναι και η επαναφορά των αρχικών όρων εργασίας σε περίπτωση μονομερούς μεταβολής τους από τον εργοδότη, εφ' όσον η μεταβολή αυτή είναι βλαπτική για τον εργαζόμενο. Η επίσχεση έχει ως συνέπεια ότι, αν και ο εργαζόμενος παύει να παρέχει την εργασία του, δεν είναι υπερήμερος αυτός, αλλά ο εργοδότης, ο οποίος έχει την υποχρέωση όσο διαρκεί η υπερημερία του, για όσο δηλαδή δεν καταβάλλει τις καθυστερούμενες αποδοχές, αν για το λόγο αυτό ασκήθηκε η επίσχεση, να πληρώνει στον εργαζόμενο τις αποδοχές του σαν να εργαζόταν κανονικά (πάγια νομολογία του Α.Π., βλ. ενδεικτικά, ΑΠ, 940/2015, Δ.Ε.Ν., 2015, σ. 1517, 2094/2014, Ε.Ε.Δ., 2015, σ. 238, 1288/2003, Δ.Ε.Ν., 2004, σ. 631).

Προϋπόθεση για την άσκηση αυτού του δικαιώματος είναι η αξιολογημένη καθυστέρηση της εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του εργοδότη. Ο εργαζόμενος ασκεί το δικαίωμά του με δήλωση προς τον εργοδότη ότι παύει να του παρέχει την εργασία του μέχρις ότου ο

³ Βέβαια, η Διοίκηση του ΙΚΑ, με το υπ' αρ. Α11/ 116/19.7.2013 Γενικό Έγγραφο της ενημέρωσε τις υπηρεσίες του Ιδρύματος ότι θα πρέπει να συνυπολογίζουν τις ημέρες επιδότησης λόγω επίσχεσης εργασίας, στις λοιπές ημέρες ασφάλισης για τη συμπλήρωση των προϋποθέσεων χορήγησης παροχών ασθενείας σε είδος από τον Ε.Ο.Π.Υ.Υ. Νομικό έρεισμα του εγγράφου αυτού με το οποίο δόθηκε μία (μερική και εκ των ενόντων) λύση στο πρόβλημα είναι οι διατάξεις του άρθρου 20 του ν. 1836/1989, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 24 παρ. 3 του Ν.Δ.2961/54, από τις οποίες προκύπτει ότι οι επιδοτούμενοι λόγω επίσχεσης, όπως και οι επιδοτούμενοι με τακτική επιδότηση ανεργίας ασφαλιζονται για τον κλάδο ασθενείας βάσει των όσων ορίζονται από και την οικεία ασφαλιστική νομοθεσία του ΙΚΑ – ΕΤΑΜ.



τελευταίος καταβάλει τις καθυστερούμενες αποδοχές του. Αν και η αναγγελία αυτή δεν υπόκειται στον έγγραφο τύπο, για λόγους ασφάλειας δικαίου πραγματοποιείται συνήθως με επίδοση εξώδικης δήλωσης.

Με την έγγραφη αναγγελία της επίσχεσης η σύμβαση εργασίας δεν λύεται, αλλά αναστέλλεται, ο μισθωτός απαλλάσσεται από την υποχρέωση παροχής εργασίας στο μέλλον, αλλά ο εργοδότης, βάσει του άρθρου 656 ΑΚ, συνεχίζει να έχει υποχρέωση καταβολής του μισθού. Η επίσχεση έχει συνεπώς διαρκή χαρακτήρα και παύει είτε όταν ο εργοδότης καταβάλει τους καθυστερημένους μισθούς για τον χρόνο πριν από την επίσχεση, καθώς και τους μισθούς που οφείλονται κατά τη διάρκεια της επίσχεσης είτε όταν λυθεί η σύμβαση εργασίας (βλ. και Ι. Κουκιάδη, *Εργατικό Δίκαιο. Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις*, Εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Δ' Έκδοση, 2009, σ. 684, ΕφΘεσ. 611/95, Δ.Ε.Ν. 1996, 1255).

2. Καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος

Όπως και κάθε άλλο δικαίωμα, το δικαίωμα επισχέσεως της μέλλουσας να παρασχεθεί εργασίας του εργαζομένου, υπόκειται στους περιορισμούς του άρθρου 281 ΑΚ. Συνεπώς, η άσκηση αυτού πρέπει να γίνεται εντός των ορίων της καλής πίστεως και των χρηστών ηθών, να αποβλέπει δε στην εξυπηρέτηση του οικονομικού σκοπού για τον οποίο θεσπίσθηκε, δηλαδή στην καταβολή του μισθού ή στην επαναφορά των λοιπών όρων εργασίας στα νόμιμα και/ή συμφωνηθέντα. Διαφορετικά, η άσκησή του είναι καταχρηστική. Η κρίση σχετικά με την καταχρηστικότητα διαμορφώνεται αξιολογώντας την συμπεριφορά του μισθωτού κατά την χρονική στιγμή της έναρξης της επίσχεσης. Η νομολογία του εργατικού δικαίου έχει διαμορφώσει ορισμένα κριτήρια: «ως καταχρηστικώς ενασκούμενο θεωρείται το δικαίωμα επισχέσεως της εργασίας του μισθωτού όταν, μεταξύ άλλων, **δεν υπάρχει χρονικά αξιόλογη καθυστέρηση** της εκπληρώσεως των υποχρεώσεων του εργοδότη (όπως της πληρωμής των ληξιπρόθεσμων μισθών) ή όταν η καθυστέρηση δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του εργοδότη, αλλά σε **απρόβλεπτες περιστάσεις ή αντιξοότητες ή σε πρόσκαιρη οικονομική δυσπραγία ή σε εξαιρετικά δυσμενείς γι' αυτόν περιστάσεις** ή όταν η επίσχεση προξενεί **δυσβάσταχτη και δυσανάλογη ζημία** στον εργοδότη, σε σχέση με το σκοπούμενο αποτέλεσμα ή όταν **στρέφεται κατά αξιόπιστου και αξιόχρεου εργοδότη** ή όταν αναφέρεται **σε ασήμαντη αντιπαροχή του εργοδότη**» (ΑΠ 940/2015, 2094/2014, ό.π., ΑΠ 790/2014, ΑΠ 1342/2014, ΑΠ 1502/2010).

3. Διάρκεια της επίσχεσης

Η υπερημερία του εργοδότη παύει είτε με την καταβολή των οφειλομένων είτε ύστερα από συμφωνία με τον εργαζόμενο είτε με την σύννομη καταγγελία της σύμβασης εργασίας. Εφόσον δεν έχει συντρέξει ένα από αυτά τα γεγονότα, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η συνέχιση της επίσχεσης αντίκειται στην καλή πίστη ή στα συναλλακτικά ήθη.

Σε παλαιότερο έγγραφό της (υπ' αρ. πρωτ. 1133/20.03.1984), η Νομική Διεύθυνση του ΙΚΑ αποφάνθηκε ότι υφίσταται χρονικός περιορισμός της ασφάλισης επί επισχέσεως, βασιζόμενη στις γενικές αρχές ερμηνείας και εκτέλεσης των συμβάσεων. Ειδικότερα, αναφέρει ότι στις περιπτώσεις επίσχεσης εργασίας «η ασφάλισις εις το ΙΚΑ συνεχίζεται, ουχί όμως πέραν ευλόγου χρόνου διάρκειας αυτής, κατά τον οποίον οφείλονται και αποδοχαί, προσδιοριζόμενου εκάστοτε του ευλόγου χρόνου κατά τας αρχάς της καλής πίστεως και των χρηστών συναλλακτικών ηθών, κατ' αρθρ. 200 και 288 ΑΚ, ουχί πάντως πέραν του μηνός⁴, εκτός αντιθέτου δικαστικής αποφάσεως». Στην ίδια γνωμοδότηση αναφέρεται ότι ο εύλογος χρόνος θα κριθεί κατά περίπτωση, «μετά πάροdon μηνός όμως που αποτελεί κατ' αρχήν εύλογον χρόνον εξαναγκασμού του εργοδότη, θα πρέπει το ΙΚΑ δια να συνεχίσει την ασφάλισιν να αξιώσει δικαστικήν απόφασιν εκ της οποίας να προκύπτει η συνέχισις της

⁴ Σύμφωνα με άλλον συγγραφέα, ο οποίος υποστηρίζει τον χρονικό περιορισμό της επίσχεσης εργασίας επί τη βάση της αρχής της καλής πίστης, ο εύλογος χρόνος δεν μπορεί να υπερβαίνει το **1 έτος**, βλ. Σ. Βλαστό, *Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις. Ουσιαστικά και δικονομικά ζητήματα*, Εκδ. Α. Σάκκουλα, 2005, σ. 909.



σχέσεως εργασίας, μη λυθείσης εκ της συνεχιζομένης επισχέσεως εργασίας» (με αναφορά σε παλαιότερη νομολογία ΑΠ 516/1983, 630/1983).

Ωστόσο, η αρχή της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών δεν μπορούν πλέον να αποτελέσουν νομική βάση για τον χρονικό περιορισμό της επίσχεσης και, κατά συνεκδοχή, της ασφάλισης κατά τον χρόνο της επίσχεσης. Και οι δύο έννοιες, της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, είναι ιδιαίτερα εύπλαστες, προσαρμοζόμενες στα κοινωνικά και οικονομικά δεδομένα και στη λειτουργία των συναλλαγών σε κάθε χρονική στιγμή. Είναι άλλωστε χαρακτηριστικό ότι η νομολογία σύμφωνα με την οποία τα άρθρα 200 και 288 ΑΚ θέτουν χρονικούς περιορισμούς, και μάλιστα στενούς, στην επίσχεση εργασίας, έχει εγκαταλειφθεί από τα δικαστήρια⁵. Ο εργοδότης μπορεί να θέσει τέλος στην επίσχεση είτε με την καταβολή των οφειλομένων είτε ύστερα από συμφωνία με τον εργαζόμενο είτε καταγγέλλοντας τη σύμβαση εργασίας και καταβάλλοντας τη νόμιμη αποζημίωση. ***Το γεγονός ότι και ο εργαζόμενος μπορεί να θεωρήσει την επί μακρόν χρόνο άρνηση του εργοδότη να ικανοποιήσει τη συγκεκριμένη αξίωσή του ως καταγγελία της συμβάσεώς του από αυτόν και να αξιώσει τη νόμιμη αποζημίωσή του, ή αναλόγως των περιστάσεων, να προσβάλει αυτήν ως άκυρη, με όλες τις εκ της τυχόν ακυρότητας της δυσμενείς για τον εργοδότη συνέπειες⁶, δεν μπορεί να χρησιμοποιείται εις βάρος του, προκειμένου να περιορισθεί χρονικά το δικαίωμα της επίσχεσης. Με τον τρόπο αυτό ένα δικαίωμα μετατρέπεται σε βάρος (με τη νομική έννοια του όρου) για τον εργαζόμενο.***

Η καλή πίστη των άρθρων 200 και 288 ΑΚ, υπαγορεύει την ευθύτητα και εντιμότητα στις συναλλαγές και θέτει όρια στην απηνή επιδίωξη των ατομικών συμφερόντων του ενός μέρους, το οποίο δεν θα πρέπει να αδιαφορεί για τα έννομα αγαθά του άλλου μέρους⁷. Τα συναλλακτικά ήθη είναι «*οι συνηθισμένοι στις συναλλαγές τρόποι ενέργειας, οι οποίοι λαμβάνονται υπ' όψιν μόνο όταν δεν προσκρούουν στην κοινωνική ηθική, δηλαδή όταν είναι σύμφωνα με αυτήν ή ηθικώς ουδέτερα*»⁸. Σε ένα περιβάλλον οξείας οικονομικής κρίσης, σημαντικής απομείωσης των δικαιωμάτων των εργαζομένων και έκθεσής τους σε αυξημένους κινδύνους αφερεγγυότητας του εργοδότη και ανεργίας, η νοσηματοδότηση της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών και η εφαρμογή των άρθρων 200 και 288 ΑΚ στη σύμβαση εργασίας, θα πρέπει να συναρτάται με τα δεδομένα αυτά και, υπό το πρίσμα και των αυξημένης τυπικής ισχύος κανόνων του Συντάγματος (άρθρο 22), να οδηγεί στην ενίσχυση της προστασίας του δικαιώματος στην εργασία και στην εξασφάλιση της αμοιβής της. Το ίδιο ισχύει και για την ερμηνεία του δικαίου κοινωνικής ασφάλισης και, εν προκειμένω ειδικότερα, για την πλήρη υπαγωγή στην ασφάλιση του χρόνου της επίσχεσης, κατά την οποία διατηρείται η αξίωση στον μισθό. Η αγνόηση της οικονομικής και κοινωνικής πραγματικότητας κατά την εννοιολόγηση της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών (ή αλλιώς συνηθειών), μπορεί να οδηγήσει σε πλήρη διαστρέβλωση των εννοιών, αναστρέφοντας το περιεχόμενο της καλής πίστης και πιστώνοντας ανήθικες συναλλακτικές πρακτικές.

Τέλος, όσον αφορά την καταχρηστική ή μη άσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης όταν αυτή παρατείνεται στον χρόνο, ας επισημανθεί ότι σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις (άρθρο 27 ν.δ. 2961/1954, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 20 του ν. 1836/89, σε συνδυασμό με το ν. 1545/85), ο ΟΑΕΔ χορηγεί επίδομα κατά τη διάρκεια της επίσχεσης και μέχρι ένα έτος. Ενόψει τούτων, η άποψη ότι η συνέχιση της επίσχεσης μετά τον ένα μήνα συνιστά καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος βρίσκεται σε αντίθεση με την νομοθεσία περί επιδότησης της επίσχεσης από τον ΟΑΕΔ, ο οποίος, εάν υιοθετηθεί η άποψη αυτή, θα

⁵ Διαφορετικό είναι το ζήτημα του ελέγχου της άσκησης του δικαιώματος της επίσχεσης με βάση το άρθρο 281 ΑΚ. Βλ. παραπάνω, υπό 2.

⁶ ΕφΑθηνών 4267/1998.

⁷ Μ. Σταθόπουλος, άρθρο 288 ΑΚ, παρ. 4, σε Γεωργιάδη Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικς, Κατ' άρθρον ερμηνεία*, τ. II

⁸ Μ. Σταθόπουλος, όπ. π., 6.



επιδοτεί τους εργαζομένους για χρονικό διάστημα κατά το οποίο αυτοί ασκούν καταχρηστικά το δικαίωμά τους.

4. Μη εφαρμογή των άρθρων 657, 658 Α.Κ. στην επίσχεση εργασίας

Χρονικοί περιορισμοί της διάρκειας της επίσχεσης δεν μπορούν να επιβληθούν ούτε κατ' εφαρμογήν των άρθρων 657 και 658 Α.Κ. Οι διατάξεις αυτές αναφέρονται στην διατήρηση της αξίωσης του εργαζομένου για τον μισθό, σε περιπτώσεις **«λόγων που εμπόδισαν τον εργαζόμενο»** (σύμφωνα και με τον τίτλο του άρθρου 657) να παρέχει την εργασία του **και δεν αφορούν την μη παροχή εργασίας λόγω της άσκησης του δικαιώματος της επίσχεσης**, το γεγονός δε ότι τα άρθρα αυτά έπονται του άρθρου 656 δεν θα πρέπει να οδηγεί σε σύγχυση ως προς το πεδίο εφαρμογής τους⁹.

Στο άρθρο 656 προβλέπεται η υποχρέωση του εργοδότη να καταβάλει τον μισθό, παρά το γεγονός ότι δεν παρέχεται εργασία, στις περιπτώσεις που η μη παροχή εργασίας ανάγεται στην **σφαίρα επιρροής του εργοδότη**. Αυτό συμβαίνει είτε όταν έχει καταστεί *«υπερήμερος ως προς την αποδοχή της εργασίας»* (λόγω μη καταβολής των δεδουλευμένων) είτε όταν *«η αποδοχή της εργασίας είναι αδύνατη από λόγους που τον [σ.σ. τον εργοδότη] αφορούν και δεν οφείλεται σε ανώτερη βία»*. Αντιθέτως, τα άρθρα 657 και 658 ΑΚ ρυθμίζουν την τύχη της αξίωσης επί του μισθού όταν η μη παροχή της εργασίας οφείλεται σε λόγους που ανάγονται στην **σφαίρα επιρροής του εργαζομένου**. Έτσι, σύμφωνα με το άρθρο 657 *«Ο εργαζόμενος διατηρεί την αξίωση του για το μισθό, αν ύστερα από δεκαήμερη τουλάχιστον παροχή εργασίας εμποδίζεται να εργαστεί από σπουδαίο λόγο που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του. Ο εργοδότης έχει δικαίωμα να αφαιρέσει από το μισθό τα ποσά που εξαιτίας του εμποδίου καταβλήθηκαν στον εργαζόμενο από ασφάλιση υποχρεωτική κατά το νόμο»*, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 658 *«Το χρονικό διάστημα κατά το οποίο διατηρείται, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο, η αξίωση για το μισθό σε περίπτωση εμποδίου, δεν μπορεί να υπερβεί τον ένα μήνα, αν το εμπόδιο εμφανίστηκε ένα τουλάχιστον έτος μετά την έναρξη της σύμβασης, και το μισό μήνα σε κάθε άλλη περίπτωση. Η αξίωση για το διάστημα αυτό υπάρχει και αν ακόμη ο εργοδότης κατάγγειλε τη μίσθωση επειδή το εμπόδιο του παρείχε το δικαίωμα αυτό»*.

Το κοινό στοιχείο των παραπάνω διατάξεων είναι ότι με αυτές ο νομοθέτης προβαίνει σε μία κατανομή του μισθολογικού κινδύνου επί μη εκτέλεσης της σύμβασης, ανάλογα με την ένταξη του λόγου μη εκτέλεσης στη σφαίρα επιρροής του ενός ή του άλλου μέρους¹⁰, αλλά και λαμβάνοντας υπ' όψιν τον βιοποριστικό χαρακτήρα του μισθού για τον μισθωτό, που δικαιολογεί την αυξημένη προστασία του. Κατά τη διαμόρφωση του μηχανισμού κατανομής του κινδύνου μη εκτέλεσης της σύμβασης, ο νομοθέτης διαφοροποιεί τη χρονική έκταση της υποχρέωσης καταβολής του μισθού, ανάλογα με το εάν ο λόγος της μη παροχής της εργασίας ανάγεται στην σφαίρα ευθύνης του εργοδότη ή του μισθωτού. Η έκταση της υποχρέωσης του εργοδότη για καταβολή του μισθού είναι ευρύτερη όταν ο λόγος της μη παροχής εργασίας ανάγεται στη δική του σφαίρα και πιο περιορισμένη όταν ανάγεται στην σφαίρα του εργαζομένου (π.χ. ασθένεια). Στην τελευταία περίπτωση, η περαιτέρω

⁹ Έτσι ρητά και Δ. Ζερδελής, *Εργατικό Δίκαιο. Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις*, Εκδ. Α. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2007, σ. 833: **«Η ΑΚ 657 καλύπτει περιπτώσεις αδυναμίας παροχής που δεν εμπίπτουν στο πραγματικό της ΑΚ 656, περιπτώσεις δηλαδή που η αδυναμία παροχής οφείλεται σε λόγους που δεν αφορούν τον εργοδότη αλλά τον εργαζόμενο. Οι λόγοι δε αυτοί μπορεί είτε να αναφέρονται στις προσωπικές σχέσεις του εργαζομένου, να αφορούν δηλαδή αυτό το άτομο (π.χ. ασθένεια) ή να συνιστούν αντικειμενικά κωλύματα που εμποδίζουν τον εργαζόμενο να προσφέρει την εργασία του. Παρόλο που οι λόγοι αυτοί αφορούν τον εργαζόμενο και όχι τον εργοδότη, εμπίπτουν στη δική του «σφαίρα κινδύνου», εντούτοις ο νομοθέτης, για λόγους επιείκειας, αποκλίνει και εδώ από τον κανόνα «χωρίς εργασία κανένας μισθός» και ο εργαζόμενος για το περιορισμένο χρονικό διάστημα που ορίζει το άρθρο 658, διατηρεί την αξίωσή του στον μισθό, εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις που απαιτεί το άρθρο 657»** (υπογράμμιση δική μας).

¹⁰ Δ. Ζερδελής, όπ.π., σσ. 808 επ.



αποκατάσταση της απώλειας του εισοδήματος από την εργασία ανατίθεται στον ασφαλιστικό μηχανισμό (επίδομα ασθενείας).

B. Ασφαλιστική αντιμετώπιση του χρόνου επίσχεσης εργασίας

Σύμφωνα με τη διάταξη του εδ. α. της παρ. 1 του άρθρου 2 του Α.Ν. 1846/ 1951, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 2 παρ. 1 του Ν. 4476/1965, στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α. υπάγονται υποχρεωτικά και αυτοδίκαια τα πρόσωπα, τα οποία παρέχουν μέσα στα όρια της χώρας κατά κύριο επάγγελμα εξαρτημένη εργασία έναντι αμοιβής. Περαιτέρω, κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου 2, τα ασφαλιζόμενα πρόσωπα «συνεχίζουν την υπαγωγή των εις την ασφάλισιν του παρόντος και διαρκούντος του χρόνου, καθ' ον δικαιωματικώς ή εκ λόγων ανεξαρτήτων της θελήσεως των, δεν προσφέρουν εξερτημένην εργασίαν πλην όμως τυγχάνουν εν όλω ή εν μέρει των αποδοχών των παρά του εργοδότη (άδειαι, στράτευσις)». Περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ίδιου νόμου, ως ημέρες εργασίας νοούνται οι ημέρες κατά τις οποίες οι ασφαλισμένοι από την υπαγωγή τους στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α. δικαιούνται αμοιβής, σε χρήμα ή σε είδος, για εργασία που παρέχεται κατά τους ορισμούς του ανωτέρω άρθρου 2 ή κατά τις οποίες δικαιούνται, κατά την κείμενη νομοθεσία, αμοιβής, χωρίς πραγματική παροχή υπηρεσιών.

Η νομολογία του ΣτΕ ως προς την αντιμετώπιση του χρόνου της επίσχεσης ως χρόνου ασφάλισης είναι αταλάντευτη. Σύμφωνα με την πάγια αυτή νομολογία, από τις διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 2 και 8 παρ. 2 του α.ν. 1846/1951 συνάγεται ότι «ως ημέρες εργασίας υπαγόμενες στην ασφάλιση του Ι.Κ.Α. θεωρούνται και οι ημέρες κατά τις οποίες ο εργαζόμενος δικαιούται, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, αμοιβή αν και δεν εργάζεται, εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση κατά την οποία θεσπίζεται από το νόμο υποχρέωση του εργοδότη προς καταβολή της αμοιβής του εργαζομένου, χωρίς ο τελευταίος να παρέχει την εργασία του (βλ. ΣτΕ 1363/2011, πρβλ. Σ.τ.Ε. 4445/1998, 4449/1995 κ.ά.). Τέτοια είναι και η κατά τα άρθρα 325 και 656 του Αστικού Κώδικα περίπτωση αποχής του εργαζομένου από την εργασία του λόγω παράβασης από τον εργοδότη της υποχρέωσής του για έγκαιρη καταβολή του οφειλόμενου μισθού και, συνεπεία τούτου, άσκησης από τον εργαζόμενο του δικαιώματος επίσχεσης, με συνέπεια να καθίσταται στην περίπτωση αυτή ο εργοδότης υπερέμμερος ως προς την αποδοχή της προσφερόμενης εργασίας. Επομένως, εφόσον κατά τον χρόνο της επίσχεσης παραμένει άθικτη η υποχρέωση καταβολής του μισθού, παραμένει ενεργή και η ασφαλιστική σχέση του εργαζομένου, η οποία συνεχίζει να λειτουργεί υπό τους ίδιους όρους και με όλες τις συνέπειες από την άποψη καταβολής εισφορών στο Ι.Κ.Α. Δεν ασκεί δε επιρροή το γεγονός της μη πραγματικής απασχόλησης του εργαζομένου, ο οποίος διατηρεί το σύνολο των δικαιωμάτων που θα απολάμβανε αν είχε εξελιχθεί ομαλά η σύμβαση εργασίας. Αν, ειδικότερα, ο εργαζόμενος απασχολείται με ειδικότητα η οποία υπάγεται στα βαρέα και ανθυγιεινά επαγγέλματα, οι ειδικές περί των επαγγελμάτων αυτών διατάξεις εξακολουθούν να έχουν εφαρμογή, θεωρείται, δηλαδή, ο χρόνος της επίσχεσης εργασίας ως χρόνος απασχόλησης στα ανωτέρω επαγγέλματα» (ΣτΕ, 4642/2012).

Μάλιστα, ο κοινωνικοασφαλιστικός νομοθέτης δέχεται και η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων επισημαίνει την διαφοροποίηση μεταξύ των δύο περιπτώσεων κατά τις οποίες διατηρείται η υποχρέωση καταβολής μισθού παρά το γεγονός ότι δεν παρέχεται εργασία, δηλαδή αφενός, της επίσχεσης χωρίς χρονικό περιορισμό, αφετέρου των ανυπαίτιων κωλυμάτων από την πλευρά του εργαζομένου (π.χ. ασθένεια), με τους χρονικούς περιορισμούς του άρθρου 658. Όπως παγίως κρίνει το ΣτΕ, η διατήρηση της ασφάλισης στο καθεστώς των Β.Α.Ε. όταν ο εργαζόμενος απασχολείται σε τέτοια ειδικότητα, «δεν έρχεται σε αντίθεση με τα οριζόμενα στη διάταξη του εδαφίου β' της παραγράφου 3 του άρθρου 28 του α.ν. 1846/1951 – με την οποία τίθεται ανώτατο όριο στον χρόνο της οφειλόμενης σε κανονική άδεια ή ασθένεια αποχής του εργαζομένου από την εργασία του και ορίζεται ότι ο χρόνος αυτός λογίζεται ως χρόνος διανυθείς στην ασφάλιση των βαρέων και ανθυγιεινών επαγγελμάτων – γιατί η διάταξη αυτή αναφέρεται σε περιπτώσεις αδυναμίας παροχής εργασίας που οφείλεται στον ίδιο τον εργαζόμενο (κανονική άδεια, ασθένεια) και όχι σε



περιπτώσεις όπως αυτή της επίσχεσης εργασίας, στις οποίες ο εργαζόμενος εμποδίζεται να παρέχει την εργασία του για λόγους που αφορούν τον εργοδότη» (ΣΤΕ, 4642/2012).

Τέλος, η νομολογία του ΣΤΕ επισημαίνει emphaticά ότι **«Η αντίθετη εκδοχή θα είχε ως αποτέλεσμα να αποτρέπονται οι υπαγόμενοι στην ασφάλιση των βαρέων και ανθυγιεινών επαγγελματιών να ασκούν το δικαίωμα επισχέσεως εργασίας, αφού η άσκηση του δικαιώματος αυτού θα είχε ως συνέπεια την απώλεια της αυξημένης ασφαλιστικής προστασίας που παρέχουν οι ειδικές περί των επαγγελματιών αυτών διατάξεις και να τίθενται, επομένως, ως προς την άσκηση του εν λόγω δικαιώματος, χωρίς δε επαρκή δικαιολογητικό λόγο, σε δυσμενέστερη θέση έναντι των λοιπών ασφαλισμένων, οι οποίοι διατηρούν κατά τον χρόνο της επισχέσεως το σύνολο των δικαιωμάτων τους και εξακολουθούν να ασφαίζονται υπό τους όρους που ισχύουν και επί πραγματικής παροχής εργασίας»** (ΣΤΕ, 4642/2012, 1363/2011, 4038-4040/2010, 697/2010, 2987-2988/2009 7μ.). Με την κρίση αυτή υπογραμμίζει ότι η ερμηνεία και εφαρμογή του δικαίου κοινωνικής ασφάλισης όχι μόνον θα πρέπει να λαμβάνει υπ' όψιν τους κανόνες του εργατικού δικαίου, αλλά και να συμβάλλει στην εμπέδωση των δικαιωμάτων που απορρέουν από τους τελευταίους. Αλλά και η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος στην κοινωνική ασφάλιση των εργαζομένων (άρθρο 22 παρ. 5 Σ) υπαγορεύει την προστασία του εργαζομένου που ασκεί το δικαίωμα της επίσχεσης και από την σκοπιά της κοινωνικοασφαλιστικής του υπαγωγής.

Γ. Αυτονομία της διοικητικής κρίσης σχετικά με την υπαγωγή στην ασφάλιση από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων

Το πλαίσιο εντός του οποίου ασκείται η κρίση των ασφαλιστικών οργάνων ως προς την υπαγωγή στην ασφάλιση του χρόνου της επίσχεσης εργασίας καθορίζεται αφενός, από τους κανόνες που θεσπίζουν την αρμοδιότητά τους. Αφετέρου από τους κανόνες που ρυθμίζουν την έκταση της δικαιοδοσίας των διοικητικών δικαστηρίων σε σχέση με την δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων, δεδομένου ότι η αμοιβαία οριοθέτηση της δικαιοδοσίας γίνεται δεκτό ότι ακολουθείται κατά συνεκδοχή και για τα διοικητικά όργανα.

Όσον αφορά την αρμοδιότητα, τα ασφαλιστικά όργανα έχουν **δέσμια αρμοδιότητα** ως προς την υπαγωγή στην ασφάλιση την οποία οφείλουν να ασκήσουν πλήρως και να δώσουν **νόμιμο έρεισμα** στις αποφάσεις τους επιλέγοντας και εφαρμόζοντας ορθά τους οικείους κανόνες δικαίου και προβαίνοντας στην **ορθή υπαγωγή** σε αυτούς των πραγματικών περιστατικών της ασφαλιστικής περίπτωσης (Άρθρα 26 α.ν. 1846/1951 και 2 του Κανονισμού Ασφαλιστικής Αρμοδιότητας του ΙΚΑ, υπ' αρ. 57440 της 13 Ιαν./7 Φεβρ. 1938 Υ.Α.).

Όσον αφορά την σχέση μεταξύ αφενός, της διοικητικής κρίσης των ασφαλιστικών οργάνων και, αφετέρου, των αποφάσεων των πολιτικών δικαστηρίων επί ιδιωτικών εννόμων σχέσεων που αποτελούν πρόκριμα για την επίλυση της ασφαλιστικής περίπτωσης ή διαφοράς, θα πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν οι διατάξεις των άρθρων 3 και 5 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999, Α' 97).

Στο άρθρο 3 περ. α' του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ορίζεται ότι: «Κατά την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας, εφόσον ο νόμος που διέπει τη σχέση δεν ορίζει διαφορετικά, επιτρέπεται: α) με την επιφύλαξη όσων ορίζονται στο άρθρο 5, να κριθούν παρεμπιπτόντως ζητήματα της δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων, αν από τα ζητήματα αυτά εξαρτάται η επίλυση της ένδικης διαφοράς». Ο κανόνας αυτός εφαρμόζεται όχι μόνον για τα διοικητικά δικαστήρια, αλλά και για τα διοικητικά όργανα, τα οποία, προκειμένου να κρίνουν για την υπαγωγή μίας περίπτωσης στον εφαρμοστέο κανόνα του διοικητικού δικαίου, θα πρέπει κατά παρεμπίπτουσα κρίση, να χαρακτηρίσουν ή εν γένει να κρίνουν την υποκείμενη έννομη σχέση ιδιωτικού δικαίου (π.χ. την έννομη σχέση μεταξύ εργοδότη – εργαζομένου).

Περαιτέρω, στο άρθρο 5 παρ. 2 του ίδιου Κώδικα, ορίζεται ότι «Τα δικαστήρια [ενν. τα διοικητικά] δεσμεύονται, επίσης, **από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων, οι**



οποίες, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ισχύουν, έναντι όλων, καθώς και από τις αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις των ποινικών δικαστηρίων ως προς την ενοχή του δράστη». Επισημαίνεται ότι το δεδικασμένο που απορρέει από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων δεν ισχύει έναντι όλων, αλλά μόνον μεταξύ των διαδίκων (άρθρο 325 ΚΠολΔ). Από τον συνδυασμό των διατάξεων αυτών απορρέει κανόνας που έχει διατυπωθεί νομολογιακά, σύμφωνα με τον οποίο, τα διοικητικά δικαστήρια **και, κατά συνεκδοχή, τα ασφαλιστικά όργανα,** δεν δεσμεύονται από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων, αλλά «*μπορούν να κρίνουν αντιθέτως, υποχρεούμενα όμως στην περίπτωση αυτή να αιτιολογήσουν ειδικώς την απόφασή τους, παραθέτοντας τους λόγους οι οποίοι οδήγησαν στο σχηματισμό αντίθετης κρίσεως, επί του αυτού ζητήματος και μεταξύ των ιδίων διαδίκων, σε σχέση με εκείνη που περιέχεται σε τελεσίδικη (ή αμετάκλητη) απόφαση πολιτικού δικαστηρίου*» (ΣΤΕ 3131/1992, 3530/2007, 1500/2010).

Από τις παραπάνω διατάξεις προκύπτει η αυτονομία της κρίσης των διοικητικών δικαστηρίων, αλλά και των διοικητικών οργάνων, από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων, η οποία, στην περίπτωση που έχει εκδοθεί απόφαση πολιτικού δικαστηρίου, συνοδεύεται από μία αυξημένη υποχρέωση αιτιολογίας αντιθέτων κρίσεων εκ μέρους των διοικητικών δικαστηρίων και οργάνων. Η με τον τρόπο αυτό οριοθετημένη αυτονομία της διοικητικής κρίσης εδράζεται και επί της διάκρισης μεταξύ της έννομης σχέσης δημοσίου δικαίου που εξετάζει το διοικητικό δικαστήριο ή όργανο (εν προκειμένω έννομη σχέση κοινωνικής ασφάλισης) και της υποκειμένης έννομης σχέσης ιδιωτικού δικαίου την οποία θα πρέπει να κρίνει κατά παρεμπίπτοντα έλεγχο (εν προκειμένω διαφορά μεταξύ μισθωτού και εργοδότη ως προς την επίσχεση). Υπ' αυτό το πρίσμα, οι λόγοι που οδήγησαν τον νομοθέτη στην κατάργηση της διάταξης του άρθρου 55 παρ. 4 του ν. 4301/14, με τους οποίους δίδεται έμφαση στον χαρακτήρα δημοσίου δικαίου της υπαγωγής στην ασφάλιση και της υποχρέωσης καταβολής των εισφορών και στον κίνδυνο να μετατραπούν σε παρακολούθημα της βούλησης και των ενεργειών ιδιωτών, είναι εύστοχοι και ανταποκρίνονται στους προαναφερθέντες κανόνες.

VII. Συμπεράσματα και προτάσεις

Οι λόγοι για τους οποίους καταργήθηκε η ρύθμιση της παρ. 4 του άρθρου 55 του ν. 4301/2014 ανταποκρίνονται τόσο στους κανόνες που διέπουν την έννομη σχέση κοινωνικής ασφάλισης, η οποία είναι δημοσίου δικαίου, όσο και στους δικονομικούς κανόνες που ρυθμίζουν την δεσμευτικότητα αποφάσεων των πολιτικών δικαστηρίων κατά την κρίση διοικητικής διαφοράς από τα διοικητικά δικαστήρια και, κατά συνεκδοχή, από τα διοικητικά όργανα. Ο νομοθέτης θα πρέπει να λάβει υπ' όψιν του τους κανόνες αυτούς κατά την ανάληψη κάθε τυχόν νέας σχετικής νομοθετικής πρωτοβουλίας.

Στο πλαίσιο της πλήρους άσκησης της δέσμιας αρμοδιότητάς τους ως προς την υπαγωγή στην ασφάλιση, τα ασφαλιστικά όργανα θα πρέπει να ελέγξουν την συνδρομή των προϋποθέσεων των άρθρων 2 παρ. 2 και 8 παρ. 2 του α.ν. 1846/1951, προϋποθέσεις οι οποίες εν προκειμένω αναφέρονται και στην άσκηση της επίσχεσης εργασίας. Ο έλεγχος αυτός περιλαμβάνει τις προϋποθέσεις άσκησης του δικαιώματος της επίσχεσης (σαφής δήλωση βουλήσεως του μισθωτού να ασκήσει το δικαίωμα, ληξιπρόθεσμη αξίωση και συνεπώς υπερήμερος εργοδότης, σύμβαση εργασίας η οποία δεν έχει καταγγελθεί *νόμιμα*), αλλά κατά την άποψή μας, δεν θα πρέπει να εκτείνεται και στην κρίση περί καταχρηστικής ή μη άσκησης του δικαιώματος. Ας σημειωθεί ότι και επί καταγγελίας της σύμβασης εργασίας εκ μέρους του εργοδότη, το ΙΚΑ δεν ελέγχει την τυχόν καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος της καταγγελίας προκειμένου να συνεχίσει την επιβολή εισφορών, αλλά θεωρεί την σύμβαση λυθείσα.

Ο έλεγχος των προϋποθέσεων άσκησης του δικαιώματος της επίσχεσης μπορεί να συστηματοποιηθεί και δεν παρουσιάζει ιδιαίτερες δυσχέρειες. Ειδικότερα:

Η απαίτηση ασφάλειας δικαίου ως προς την ίδια την άσκηση του δικαιώματος της επίσχεσης, με σαφή απευθυντέα δήλωση βουλήσεως, ικανοποιείται μέσω της προσκόμισης



της έγγραφης εξώδικης δήλωσης του μισθωτού με σημείωση για την κοινοποίησή της. Από το ίδιο έγγραφο προκύπτει *κατ' αρχήν* η ληξιπρόθεσμη απαίτηση του εργαζομένου.

Η διατήρηση της αξίωσης για την καταβολή μισθού, μπορεί να ικανοποιηθεί μέσω των στοιχείων που διαθέτουν είτε τα ίδια τα ασφαλιστικά όργανα είτε άλλες δημόσιες υπηρεσίες, από τις οποίες μπορεί το ΙΚΑ να αντλήσει τις αναγκαίες πληροφορίες. Κατ' αρχήν, σε πολλές περιπτώσεις, η συνέχιση της σύμβασης εργασίας προκύπτει από τη στάση του ίδιου του εργοδότη και των ίδιων των ασφαλιστικών οργάνων, μετά το τέλος της επίσκεψης: ο εργοδότης καταβάλλει οικειοθελώς εισφορές, υποβάλλοντας ΑΠΔ ή το ΙΚΑ επιβάλλει εισφορές για το διάστημα μετά το πέρας της επίσκεψης. Η άρνηση να κάνει δεκτές καταγγελίες για το διάστημα της επίσκεψης δεν βρίσκει έρεισμα στο νόμο. Η διατήρηση της αξίωσης στον μισθό επιβεβαιώνεται συχνά και από το ΣΕΠΕ, το πρακτικό του οποίου μπορεί επίσης να ληφθεί υπ' όψιν από το ΙΚΑ.

Όσον αφορά την πραγματική και όχι εικονική επίσκεψη, δεδομένου ότι, κατά τη διάρκεια της επίσκεψης εργασίας, οι εργαζόμενοι μπορούν να επιδοτηθούν από τον ΟΑΕΔ (παρ. 5 του άρθρου 27 του ν.δ. 2951/1954, όπως αντικαταστάθηκε από παρ. 1 του άρθ. 20 του Ν. 1836/89), ο οποίος προβαίνει σε επιτόπιο έλεγχο προκειμένου να εγκρίνει την επιδότηση, η επίσκεψη μπορεί να επιβεβαιωθεί και από το σχετικό πρακτικό ελέγχου του ΟΑΕΔ ή/και την απόφαση επιδότησης, απόφαση η οποία ως διοικητική πράξη παράγει τεκμήριο νομιμότητας. Ας επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι ο ΟΑΕΔ χορηγεί επίδομα κατά τη διάρκεια της επίσκεψης σύμφωνα με τις διατάξεις περί τακτικής επιδότησης ανεργίας και μέχρι ένα έτος.

Όσον αφορά την συνέχιση της επίσκεψης και την μη διακοπή της λόγω καταγγελίας της σύμβασης, το ΙΚΑ μπορεί να λάβει γνώση της καταγγελίας, αφού αυτή αναγγέλλεται υποχρεωτικά από τον εργοδότη στον ΟΑΕΔ (ν. 2556/1997, 2972/2001), ενώ έχει πλέον νομοθετηθεί η υποχρεωτική ηλεκτρονική υποβολή τους στο Πληροφοριακό σύστημα του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας (ΣΕΠΕ – ΟΑΕΔ – ΙΚΑ), σύμφωνα με την ΥΑ 17227/32/ΦΕΚ Β/2346/2012. Το επιχείρημα της Διεύθυνσης Ασφάλισης – Εσόδων του ΙΚΑ ότι ενδέχεται να έχει χωρήσει καταγγελία της σύμβασης εργασίας αλλά να μην έχει γίνει αναγγελία από τον υπόχρεο εργοδότη δεν είναι δόκιμο. Κατά κανόνα, η καταγγελία που δεν έχει αναγγελθεί είναι και καταγγελία για την οποία δεν έχει τηρηθεί ο έγγραφος τύπος και συνεπώς είναι άκυρη (άρθρο 5 παρ. 3 ν. 3198/1955). Μάλιστα, η ακυρότητα της καταγγελίας από την έλλειψη εγγράφου τύπου υπάρχει ακόμα και αν καταβλήθηκε η νόμιμη αποζημίωση (βλ. και Ι. Κουκιάδη, όπ.π., σ. 722). Όμως η άκυρη καταγγελία δεν επιφέρει την λύση της σύμβασης ούτε διακόπτει την υπερημερία του εργοδότη. Ως εκ τούτου, στην περίπτωση αυτή συνεχίζει να υφίσταται η υποχρέωσή του για την καταβολή του μισθού και συνεπώς και η βάση για την υπαγωγή στην ασφάλιση και την επιβολή εισφορών. Άλλωστε με τον ίδιο τρόπο αντιμετωπίζει το ΙΚΑ την καταγγελία χωρίς τήρηση του εγγράφου τύπου και χωρίς αναγγελία *και* για την υπαγωγή στην ασφάλιση και την επιβολή εισφορών *εν γένει*. Διαφοροποίηση στην περίπτωση που έχει ασκηθεί το δικαίωμα της επίσκεψης εκ μέρους του εργαζομένου δεν δικαιολογείται από τους κανόνες του δικαίου κοινωνικής ασφάλισης, ενώ παρεμβαίνει εμμέσως και στην ισορροπία των δυνάμεων μεταξύ εργοδότη – εργαζομένου στην σύμβαση εργασίας.

Αντίστοιχη ρωγμή στην ισορροπία αυτή από την κοινωνικοασφαλιστική αντιμετώπιση της επίσκεψης προκύπτει και από την διαφοροποίηση ως προς την καταχρηστικότητα της άσκησης αφενός του δικαιώματος της επίσκεψης, αφετέρου του δικαιώματος της καταγγελίας εκ μέρους του εργοδότη. Τα όργανα του ΙΚΑ αρκούνται στην τήρηση των νομίμων προϋποθέσεων της καταγγελίας, προκειμένου να δεχθούν την λύση της σύμβασης και την διακοπή της ασφάλισης, χωρίς να υπεισέρχονται στον έλεγχο της τυχόν καταχρηστικότητας. Αντιστρόφως, διακόπτουν την ασφάλιση επί επισκέψεως και μόνον με το ενδεχόμενο καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος εκ μέρους του εργαζομένου.

Τέλος, στις περιπτώσεις που η υπερημερία του εργοδότη παρατείνεται επί μακρόν και ιδίως στις περιπτώσεις που η επιχείρηση έχει παύσει να λειτουργεί και ο εργαζόμενος έχει



θεωρήσει εν τοις πράγμασι λυθείσα την σύμβαση εργασίας και έχει επιδοτηθεί από τον ΟΑΕΔ βάσει του άρθρου 27 παρ. 5 του ν.δ. 2961/1954, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 20 του ν. 1836/1989¹¹, το ΙΚΑ θα μπορεί να αντλήσει πληροφόρηση από τον ΟΑΕΔ.

Εν κατακλείδι, από τα προαναφερθέντα στοιχεία, ως δέσμη κριτηρίων, τα ασφαλιστικά όργανα μπορούν να μορφώσουν ασφαλή κρίση για την συνέχιση υπαγωγής στην ασφάλιση των εργαζομένων που έχουν προβεί σε επίσχεση. Ο εργοδότης θα μπορεί σε κάθε περίπτωση, τόσο στο στάδιο της προηγούμενης ακρόασης πριν την έκδοση Π.Ε.Ε., όσο και κατ' ένστασιν, να αμφισβητήσει την συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων της επίσχεσης (σαφής δήλωση βουλήσεως, ληξιπρόθεσμη απαίτηση, ενεργός σύμβαση εργασίας).

Τα όργανα του ΙΚΑ, εφαρμόζοντας ορθά και συνδυαστικά τις διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 1 εδ. α, 2 παρ. 2 και 8 παρ. 2 του α.ν. 1846/1951 και των άρθρων 648, 325, 329, 353 και 656 του Αστικού Κώδικα (και όχι τα μη εφαρμοστέα άρθρα 657 και 658 ΑΚ), θα πρέπει να προβούν σε υπαγωγή στην ασφάλιση των εργαζομένων που βρίσκονται σε επίσχεση εργασίας, για όλο τον χρόνο της επίσχεσης, μέχρις ότου αυτή παύσει, είτε με καταβολή των δεδουλευμένων είτε με συμφωνία των μερών είτε με έγκυρη λύση της σύμβασης εργασίας. Εφόσον οι ασφαλισμένοι απασχολούνται με ειδικότητα που υπάγεται στον Κ.Β.Α.Ε., η ασφάλιση συνεχίζεται σύμφωνα με αυτόν. Τα ασφαλιστικά όργανα δεν μπορούν να εξαρτούν την άσκηση της αρμοδιότητάς τους από την προσφυγή των ενδιαφερομένων στα πολιτικά δικαστήρια για την ικανοποίηση των μισθολογικών τους απαιτήσεων.

Περαιτέρω, η προθεσμία για την διερεύνηση καταγγελιών για μη ασφάλιση ή πλημμελή ασφάλιση και για την έκδοση των σχετικών διοικητικών πράξεων δεν αναστέλλεται από τυχόν εκκρεμότητα της εργατικής διαφοράς ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, οποιουδήποτε βαθμού δικαιοδοσίας. Συνεπώς τα ασφαλιστικά όργανα δεν μπορούν ούτε να αναβάλλουν την έκδοση απόφασης επί των καταγγελιών μέχρις ότου εκδοθεί απόφαση των πολιτικών δικαστηρίων, και μάλιστα τελεσίδικη. Η αναβολή εξέτασης της καταγγελίας για μη ασφάλιση αφενός είναι νομικά αβάσιμη, αφετέρου έχει συχνά κρίσιμες κοινωνικές συνέπειες, αφού η ασφαλιστική τακτοποίηση των ενδιαφερομένων είναι αναγκαία για την πρόσβαση σε παροχές υγείας, στο οικοδομικό επίδομα ή, σε περιπτώσεις που έχει λυθεί η σύμβαση εργασίας, σε παροχές ανεργίας.

Ενόψει όλων των παραπάνω, το ΙΚΑ θα πρέπει να επανεξετάσει την θέση του σχετικά με την αντιμετώπιση της υπαγωγής στην ασφάλιση των εργαζομένων που ασκούν το δικαίωμα της επίσχεσης και να εκδώσει νέες σαφείς οδηγίες προς τις υπηρεσίες του, σύμφωνα με τους προαναφερόμενους κανόνες του δικαίου κοινωνικής ασφάλισης και του εργατικού δικαίου.

Βασίλειος Καρύδης
Αναπληρωτής Συνήγορος του Πολίτη

Κοινοποίηση

Κύριο Αναστάσιο Πετρόπουλο
Υφυπουργό Κοινωνικής Ασφάλισης
Σταδίου 29
105 59 Αθήνα

¹¹ «σε περίπτωση διακοπής των εργασιών της εκμετάλλευσης και αδυναμίας από οποιοδήποτε λόγο καταγγελίας της σχέσης εργασίας και έκδοσης της σχετικής βεβαίωσης του εργοδότη [...], ο άνεργος μπορεί να - λάβει επίδομα ανεργίας [...].»



ΙΚΑ – Διοίκηση
Γενική Διεύθυνση Ασφαλιστικών Υπηρεσιών
Διεύθυνση Ασφάλισης – Εσόδων
Αγ. Κωνσταντίνου 8
102 41 Αθήνα

Ενδιαφερόμενους