

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

**Αριθμός Γνωμοδότησης: 49/2019
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(ΣΤ' ΤΜΗΜΑ)
Συνεδρίαση της 6^{ης} Μαρτίου 2019**

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Ιωάννης Διονυσόπουλος, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Μέλη: Παρασκευάς Βαρελάς, Ασημίνα Ροδοκάλη, Δήμητρα Κεφάλα, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Ευαγγελία Σκαλτσά, Χαράλαμπος Μπρισκόλας, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής: Περικλής Αγγέλου, Πάρεδρος ΝΣΚ.

Αριθμός Ερωτήματος: Α.Π. 1218224/16-10-2018 Δνση Ανθρώπινου Δυναμικού. Τμήμα Προσωπικού πρώην ΕΤΑΠ ΜΜΕ.

Περίληψη ερωτήματος: Ερωτάται εάν οι δικηγόροι του ΕΦΚΑ που συνδέονται με αυτόν με έμμισθη εντολή δικαιούνται οικονομικής αποζημίωσης, στην περίπτωση που δεν έλαβαν την προβλεπόμενη κανονική με αποδοχές άδεια του έτους 2018 έως την ημερομηνία της αυτοδίκαιης λύσης της σύμβασής τους.

Στο πιο πάνω ερώτημα το Νομικού Συμβούλιο του Κράτους (τμήμα ΣΤ') γνωμοδότησε ως εξής:

Ιστορικό:

1. Οι δικηγόροι Δ.Σ. και Σ.Σ. οι οποίοι συνδέονταν με το πρώην Ενιαίο Ταμείο Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης με σύμβαση έμμισθης εντολής αποχώρησαν από την Υπηρεσία στις 21-5-2018 εξαιτίας της αυτοδίκαιης λύσης των συμβάσεών των, προβάλλοντας όμως αξιώσεις για οικονομική

αποζημίωσή τους, επειδή δεν τους δόθηκε η ετήσια κανονική άδεια απουσίας τους κατά τα έτη 2013 και 2014. Με αφορμή το γεγονός αυτό το τέως Ταμείο επικοινωνήσε με διάφορες Υπηρεσίες, προκειμένου να λάβει οδηγίες για τον τρόπο αντιμετώπισης της υπόθεσης και συγκεκριμένα: Με τα υπ' αριθμ. 5279/437/403/30.1.2014 και 26377/2394/403/21.7.2017 έγγραφά του απευθύνθηκε σχετικά στην Δνση Διοίκησης, Τμήμα ΠΦΚΑ του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας. Η απάντηση τελικά προήλθε από την Δνση Διαχείρισης Ανθρώπινου Δυναμικού, Τμήμα Πειθαρχικής ευθύνης και Δεοντολογίας του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, η οποία με το υπ' αριθμ. ΔΙΔΑΠ/Φ.51, ΙΔΑΧ/6/25056/1.7.2016 δικό της έγγραφο εξέθεσε τις απόψεις της με αναφορά στο γενικό νομικό πλαίσιο που ισχύει στο προκείμενο και με μνεία σχετικών γνωμοδοτήσεων ΝΣΚ που είχαν εκδοθεί για τέτοιες υποθέσεις. Ακολούθησε το υπ' αριθμ. 27900/3490/403/19.9.2016 έγγραφο του τέως Ταμείου προς την 22^η Δνση Μισθολογίου του ΓΛΚ η οποία όμως διαβίβασε το έγγραφο προς την ανωτέρω Υπηρεσία ως αρμοδία προς απάντηση. Αυτή με το υπ' αριθμ. ΔΙΔΑΠ/Φ.64/4/296/5.5.2017 έγγραφό της επανέλαβε τις απόψεις της. Η ερωτώσα Υπηρεσία εκτίμησε ότι από τις σχετικές απαντήσεις προκύπτουν κατά την αντίληψή της αντιφάσεις και γι' αυτό επέλεξε να απευθυνθεί τελικά στο ΝΣΚ προς το οποίο διατύπωσε το εξεταζόμενο ερώτημα. Ο προβληματισμός της Διοίκησης παρά την αναφορά στα έτη 2013-2014 έγκειται στο εάν οι δικηγόροι που πρόσφεραν τις υπηρεσίες τους με έμμισθη εντολή στον ΕΦΚΑ δικαιούνται οικονομικής αποζημίωσης, στην περίπτωση που δεν έλαβαν την προβλεπόμενη ετήσια κανονική με αποδοχές άδεια απουσίας από την Υπηρεσία για το έτος 2018 έως την ημερομηνία της αυτοδίκαιης λύσης της σύμβασής τους.

Νομοθετικό πλαίσιο.

2. Με την διάταξη του άρθρου 83 παράγραφος. 2 Π.Δ. 410/1988 (Α' 191) ορίζεται ότι:

Άρθρο 83 παρ. 2. «Τα σχετικά με τους νομικούς συνεργάτες ή νομικούς συμβούλους, ή δικηγόρους που προσλαμβάνονται με σύμβαση στο Δημόσιο, Ν.Π.Δ.Δ. και Ο.Τ.Α., διέπονται από τις κείμενες γι' αυτούς διατάξεις».



3. Με τις διατάξεις του άρθρου 63 παράγραφος. 3 εδ. α' και 4 και 94 παράγραφος 4 ν.δ. 3026/1954 ορίζονται τα ακόλουθα:

Άρθρο 63 παράγραφος 3 εδ. α': «Είναι ασυμβίβαστος προς το Δικηγορικόν Λειτουργήμα πάσα έμμισθος υπηρεσία παρά φυσικώ ή νομικώ προσώπω».

Παράγραφος. 4: «Κατ' εξαίρεσιν επιτρέπεται εις τον Δικηγόρον: α) η επί παγία ετησία ή μηνιαία αμοιβή παροχή καθαρώς νομικών εργασιών είτε ως Δικαστικού είτε ως νομικού Συμβούλου είτε ως Δικηγόρου και β) η διαδικασία μαθημάτων νομικών ή πολιτικών επιστημών».

Άρθρο 94 παράγραφος 4, όπως αυτή προστέθηκε με την παράγραφο 2 του άρθρου 8 ν. 4507/1966: «Αι περί αδείας διατάξεις του Ν. 539/1945 εφαρμόζεται αναλόγως και επί των Δικηγόρων και Νομικών ή Δικαστικών Συμβούλων παρεχόντων τας υπηρεσίας αυτών προς τους εντολείς των κατά τους όρους του άρθρου 63 παράγραφος 4 του παρόντος Νόμου».

4. Με τις διατάξεις των άρθρων 42 και 46 παράγραφος. 1 ν. 4194/2013 (Α' 208) ορίζονται τα ακόλουθα:

Άρθρο 42: «Έμμισθος δικηγόρος είναι αυτός που προσφέρει αποκλειστικά νομικές υπηρεσίες, ως νομικός σύμβουλος ή ως δικηγόρος, σε συγκεκριμένο εντολέα, σταθερά και μόνιμα, αμειβόμενος αποκλειστικά με πάγια περιοδική αμοιβή. Ο ίδιος ο δικηγόρος μπορεί επίσης να αναλαμβάνει υποθέσεις από οποιονδήποτε άλλον, αμειβόμενος είτε ανά υπόθεση είτε με άλλον τρόπο».

Άρθρο 46 παράγραφος 1: «Οι διατάξεις για την χορήγηση ετήσιας αδείας και επιδόματος αδείας που ισχύουν για τους υπαλλήλους στον ιδιωτικό τομέα, ισχύουν και για τους έμμισθους δικηγόρους. Σε περίπτωση ύπαρξης κανονισμού εργασίας για τους εργαζόμενους στον εντολέα, εφαρμόζονται οι διατάξεις του κανονισμού, εφόσον είναι ευνοϊκότερες. Εφαρμόζονται επίσης στους έμμισθους δικηγόρους όλες οι κείμενες διατάξεις για την χορήγηση αδείας μετ' αποδοχών λόγω ασθενείας, αναρρωτικής αδείας και προστασίας της κύησης και της λοχείας».

5. Με τις διατάξεις του άρθρου 1 παράγραφος 1 και 4 και των άρθρων 2 παράγραφος 1 εδ. Α', 3 παράγραφος 1, 4 παρ. 1 και 5 παράγραφος 1 και 5 ν. 539/1945 ορίζονται τα ακόλουθα:

Άρθρο 1 παράγραφος 1: «Αι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται υπέρ των αντί μισθού απασχολουμένων εις επιχειρήσεις ή εργασίας, ασκουμένας επί

κέρδει βιομηχανικής, βιοτεχνικής και εμπορικής φύσεως, διενεργείας μεταφορών ή φορτοεκφορτώσεως, ασχέτως της μορφής ή του χαρακτήρος (δημοσίου ή ιδιωτικού) της οργανώσεως των ως και εις επιχειρήσεις κοινής ωφελείας, εις νοσηλευτικά ή άλλα ιδρύματα ή οργανισμούς, ή οιαδήποτε άλλα έργα διεξαγόμενα δια λογαριασμόν ιδιωτών, νομικών προσώπων, οργανισμών δημοσίου δικαίου ή του Δημοσίου, εις σωματεία, συνεταιρισμούς, θεάματα και λέσχας».

Παράγραφος 4, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 παράγραφος 2 του ν. 1346/1983: «Εν τοις επομένοις οι όροι α) υπόχρεη επιχείρησις, β) εργοδότης, γ) μισθωτός σημαίνουν αντιστοίχως χάριν συντομίας: α) τας επιχειρήσεις, εργασίας, ασχολουμένους επί κέρδει κ.λ. της παραγράφου 1 β) τον κύριον διευθυντήν εντεταλμένον ή επιτετραμμένον υποκειμένης επιχείρησεως, γ) τον υπάλληλον, τεχνίτην, εργάτην, μαθητευόμενον ή υπηρέτην αντί μισθού απασχολουμένου εις υποκειμένην επιχείρησιν».

Άρθρο 2 παράγραφος 1 εδάφιο α', όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παράγραφος 1 ν. 3302/2004: «Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι της συμπλήρωσης δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές και αναλογία με τον χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση».

Άρθρο 3 παράγραφος 1: «Κατά την διάρκεια της άδειας ο μισθωτός δικαιούται, των συνήθων αποδοχών, ων θα εδικαιούτο εάν απασχολείτο παρά τη υποκειμένη επιχείρησις κατά τον αντίστοιχο χρόνον ή των αποδοχών των τυχόν δια την περίπτωσιν ταύτην καθορισμένων δια συλλογικής συμβάσεως».

Άρθρο 4 παράγραφος 1 εδάφιο α': «Η χρονική περίοδος χορηγήσεως της αδείας κανονίζεται μεταξύ εργοδότη και μισθωτού, του πρώτου υποχρεομένου να χορηγήσει την αιτηθείσαν άδειαν το πολύ εντός διμήνου από της υπό του δευτέρου διατυπώσεως της σχετικής αιτήσεως».

Άρθρο 5 παράγραφος 1, όπως το εδάφιο β' αυτής προστέθηκε με το άρθρο 3 του ν.δ. 3755/14-17 Σεπτεμβρίου 1957: «Πάσα συμφωνία μεταξύ εργοδότη και μισθωτού, περιλαμβάνουσα την εγκατάλειψιν του εις άδειαν δικαιώματος του μισθωτού ή την παραίτησιν τούτου από του εν λόγω δικαιώματος, και εάν προβλέπη την καταβολήν εις αυτόν επηυξημένης



αποζημιώσεως, θεωρείται ανύπαρκτος. Επιφυλασσομένων των διατάξεων της κειμένης νομοθεσίας, εργοδότης αρνούμενος την χορήγησιν εις μισθωτόν αυτού της νομίμου κατ' έτος αδείας του, υποχρεούται όπως άματα λήξει του έτους, καθ' ο δικαιούται αδείας ο μισθωτός, και μετά προηγουμένην διαπίστωσιν της παραλείψεως ταύτης υπό οργάνου του Υπουργείου Εργασίας, καταβάλη εις αυτόν τας αντιστοίχους αποδοχάς των ημερών αδείας, ηυξημένας κατά 100%».

Παράγραφος 5, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παράγραφος 3 ν. 1346/1983: «Αν λυθεί η σχέση εργασίας του μισθωτού με οποιοδήποτε τρόπο πριν λάβει την κανονική άδεια που του οφείλεται, ο μισθωτός δικαιούται τις αποδοχές τις οποίες θα έπαιρνε αν του είχε χορηγηθεί η άδεια».

Ερμηνεία – Εφαρμογή των διατάξεων:

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, εν όψει και του όλου νομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται, του σκοπού που υπηρετούν και την υπαγωγή σ' αυτές των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπ' όψη μας συνάγονται τα ακόλουθα:

6. Στο Π.Δ. 410/1988 που αφορά στο προσωπικό ιδιωτικού δικαίου του Δημοσίου, Ο.Τ.Α. και Ν.Π.Δ.Δ. έχει περιληφθεί η διάταξη του άρθρου 83 παρ. 2, με την οποία ορίζεται ότι τα θέματα των νομικών συνεργατών, νομικών συμβούλων και δικηγόρων του Δημοσίου των Ο.Τ.Α. και Ν.Π.Δ.Δ. ρυθμίζονται από τις κείμενες γι' αυτούς διατάξεις. Σε εκείνο τον χρόνο κείμενες διατάξεις για τους δικηγόρους ήταν ο προΐσχύσας κώδικας Περί Δικηγόρων, δηλαδή το ν.δ. 3026/1954 (βλ. σχετ. ΝΣΚ 98/2014). Ειδικότερα στις διατάξεις των άρθρων 63 παρ. 3 εδ. α' και παράγραφος 4 του υπ' όψη νομοθετήματος οριζόταν ότι ήταν ασυμβίβαστος προς το δικηγορικό λειτούργημα κάθε έμμισθη υπηρεσία και μόνο κατ' εξαίρεση επιτρεπόταν δικηγόρος να παρέχει καθαρά νομικές εργασίες με πάγια ετήσια ή μηνιαία αμοιβή σε φυσικό ή νομικό πρόσωπο. Αυτών των δικηγόρων οι υπηρεσίες παρέχονταν με σύμβαση έμμισθης εντολής πάντοτε αορίστου διάρκειας ή δε προσφορά των υπηρεσιών δεν προσέδιδε την ιδιότητα σ' αυτούς του υπαλλήλου του εντολέα (βλ. σχετ. ΝΣΚ 292/2002, όπου παραπομπή σε νομολογιακά δεδομένα). Στους υπ' όψη δικηγόρους τα ζητήματα που

αφορούσαν στις (ετήσιες κανονικές) άδειες ρυθμίζονταν κατά ρητή παραπομπή του νόμου από τον α.ν. 539/1945 του οποίου οι διατάξεις εφαρμόζονταν αναλόγως (Εφ.Θεσ. 4159/1995 Αρμέν. 1996: 613, Π.Πρ. Αθ. 5979/2010) ακόμα και αν η πρόσληψή τους έχει γίνει από το Δημόσιο, τους Ο.Τ.Α. και τα Ν.Π.Δ.Δ. (βλ. σχετ. ολ. ΝΣΚ 292/2002 ο.π. ΝΣΚ 22/1999, 239/1988).

7. Ήδη από 27-9-2013 ισχύει ο νέος κώδικας Περί Δικηγόρων (ν. 4194/2013). Στην διάταξη του άρθρου 42 εδάφιο α' του υπ' όψη νομοθετήματος δίδεται ο ορισμός του εμμίσθου δικηγόρου ως εκείνου, που προσφέρει αποκλειστικά νομικές υπηρεσίες σε συγκεκριμένο εντολέα σταθερά και μόνιμα, αμειβόμενος αποκλειστικά με πάγια περιοδική αμοιβή (έμμισθη εντολή). Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 46 παρ. 1 οι διατάξεις για την χορήγηση της ετήσιας άδειας και του επιδόματος αδείας που ισχύουν για τους υπαλλήλους στον ιδιωτικό τομέα ισχύουν και γι' αυτούς εκτός εάν υπάρξει κανονισμός εργασίας, για τους εργαζόμενους του εντολέα οπότε εφαρμόζονται αυτές εφόσον είναι ευνοϊκότερες. Ενταύθα η παραπομπή στον α.ν. 539/1945 λαμβάνει χώρα κατ' έμμεσο τρόπο, καθ' όσον σύμφωνα με το άρθρο 4 αυτού το υπ' όψη νομοθέτημα εφαρμόζεται και επί υπαλλήλων (στον ιδιωτικό τομέα). Λεκτέο ότι οι εν λόγω διατάξεις του ν. 4194/2013 εφαρμόζονται και για εκείνους που έχουν προσληφθεί στο Δημόσιο, Ο.Τ.Α. και Ν.Π.Δ.Δ. εκ της ιδιότητός τους ως δικηγόρων.

8. Από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1 παράγραφος 1, 2 παράγραφος 1, 3 παράγραφος 1, 4 παράγραφος 1 και 5 παράγραφος 1 του α.ν. 539/1945, όπως ισχύουν συνάγονται τα ακόλουθα: Σε όλους τους μισθωτούς υπαλλήλους ή μη οι οποίοι παρέχουν εργασία, τόσο στον ιδιωτικό όσο και στον δημόσιο τομέα, είτε με έγκυρη σύμβαση είτε με απλή σχέση εργασίας, πρέπει να χορηγείται μέσα σε κάθε ημερολογιακό έτος, άδεια αναψυχής (ή «αναπαύσεως»), με τις συνήθεις αποδοχές. Η άδεια αυτή, που αποκαλείται «κανονική άδεια» για να ξεχωρίζει από άλλες μορφές αδείας, αποβλέπει αφ' ενός στη διατήρηση της σωματικής και ψυχικής ευεξίας των εργαζομένων και αφ' ετέρου στη δυνατότητα συμμετοχής ενός εκάστου στα αγαθά του ελευθέρου χρόνου. Το δικαίωμα στην άδεια αναψυχής, απορρέει ευθέως εκ του νόμου και δεν εξαρτάται από την ουσιώδη ή μη ανάλωση των



παραγωγικών δυνάμεων του εργαζομένου. Ο εργοδότης πρέπει σε κάθε περίπτωση να χορηγήσει την άδεια, την οποία ο εργαζόμενος δικαιούται, μέσα στο ημερολογιακό έτος για το οποίο πρόκειται και, παράλληλα, να καταβάλει τις αποδοχές των ημερών αδείας σαν ο εργαζόμενος να είχε δουλέψει κανονικά. Εάν για οποιονδήποτε λόγο δεν καταστεί εφικτή η χορήγηση της αδείας αυτοουσίως (in natura) μέσα στο ημερολογιακό έτος, στο οποίο αυτή αντιστοιχεί, η αξίωση για την άδεια μετατρέπεται σε χρηματική. Τότε, ο εργοδότης οφείλει, ως υποκατάστατο της αδείας, να καταβάλει στον εργαζόμενο τις αποδοχές, τις οποίες θα κατέβαλε εάν ο τελευταίος είχε λάβει την άδεια αναψυχής αυτοουσίως. Εάν, πέραν τούτου, η μη χορήγηση της αδείας μπορεί να αποδοθεί σε πταίσμα του εργοδότη (ακόμη και σε ελαφριά αμέλεια), αυτός οφείλει ως αστική ποινή υπέρ του εργαζόμενου, προσαύξηση 100% επί των αποδοχών αδείας. Το πταίσμα του εργοδότη τεκμαίρεται όταν αποδειχθεί ότι ο εργαζόμενος ζήτησε να του χορηγηθεί η άδεια αυτοουσίως, αλλά ο εργοδότης απέφυγε να τον ικανοποιήσει. (περί αυτών βλ. Α.Π. 1050/2018, 902/2017).

Το δικαίωμα στην άδεια υφίσταται ανεξάρτητα από το αν ο εργαζόμενος ζήτησε ή όχι την χορήγησή της από τον εργοδότη, ο οποίος υποχρεούται πριν την λήξη του ημερολογιακού έτους, την παράσχει. (βλ. σχετ. Α.Π. 1683/2012, Εφ. Πατρ. 104/2018).

9. Με την διάταξη του άρθρου 5 παράγραφος 5 του α.ν. 539/1945 ορίζεται ότι αν λυθεί η σχέση εργασίας του μισθωτού με οποιονδήποτε τρόπο, πριν λάβει την κανονική άδεια και εφόσον έχει συμπληρώσει δωδεκάμηνη υπηρεσία στον ίδιο εργοδότη, δικαιούται να λάβει τις αποδοχές αδείας που θα ελάμβανε, εάν ζητούσε και ελάμβανε την κανονική του άδεια κατά το χρονικό σημείο της λύσεως, δηλαδή δικαιούται ακέραιες τις αποδοχές αδείας. (βλ. σχετ. Α.Π. 98/2009, Λαναρά «Νομοθεσία εργατική και Ασφαλιστική» εκδ. 1987 σελ. 280).

10. Κατά συνέπεια από την συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων που έχουν αναφερθεί προκύπτει ότι οι δικηγόροι, οι οποίοι προσέφεραν τις υπηρεσίες τους στον ΕΦΚΑ με σχέση έμμισθης εντολής και αποχώρησαν από την Υπηρεσία εντός του έτους 2018 εξαιτίας της αυτοδίκαιης λύσης της σύμβασής τους χωρίς να τους έχει χορηγηθεί

κανονική άδεια απουσίας, δικαιούνται να λάβουν ακέραιες τις αποδοχές της άδειας.

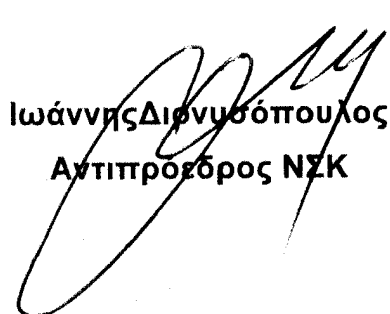
Απάντηση

11. Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα στο ερώτημα που υποβλήθηκε το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα ΣΤ') γνωμοδοτεί ομόφωνα ως εξής: Οι δικηγόροι οι οποίοι προσέφεραν τις υπηρεσίες τους στον ΕΦΚΑ με σχέση έμμισθης εντολής και αποχώρησαν από την υπηρεσία εντός του 2018 εξαιτίας της αυτοδίκαιης λύσης της σύμβασής τους χωρίς να τους έχει χορηγηθεί κανονική άδεια απουσίας, δικαιούνται να λάβουν ακέραιες τις αποδοχές της άδειας.

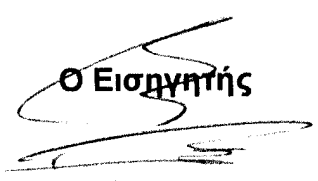
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα 20.03.2019

Ο Πρόεδρος


Ιωάννης Διονυσόπουλος
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ




Ο Εισηγητής

Περικλής Αγγέλου
Πάρεδρος ΝΣΚ