



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ANNA ΛΕΒΕΝΤΗ

A.M.: 1748

Η ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΚΑΙ Η ΚΑΤΑΡΓΗΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΗΣ ΣΥΝΗΘΕΙΑΣ

ΔΙΔΑΚΤΟΡΙΚΗ ΔΙΑΤΡΙΒΗ

ΑΘΗΝΑ, 2022

ANNA LEBENTH

Η ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΚΑΙ Η ΚΑΤΑΡΓΗΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΗΣ ΣΥΝΗΘΕΙΑΣ

ΔΙΔΑΚΤΟΡΙΚΗ ΔΙΑΤΡΙΒΗ

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ:ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ	
ΤΡΙΜΕΛΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΕΥΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ:ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΤΡΑΥΛΟΣ-ΤΖΑΝΕΤΑΤΟΣ, ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΖΕΡΔΕΛΗΣ	
ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ	
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ	ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΤΡΑΥΛΟΣ-ΤΖΑΝΕΤΑΤΟΣ
ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΖΕΡΔΕΛΗΣ	ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΜΠΑΚΟΠΟΥΛΟΣ
ΑΓΓΕΛΟΣ ΣΤΕΡΓΙΟΥ	ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΛΑΔΑΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΚΑΝΔΑΛΗΣ	

Copyright © Άννα Λεβέντη, 2022

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Π Ε Ρ Ι Ε Χ Ο Μ Ε Ν Α

Εισαγωγή.....σελ. 7

Α' ΚΕΦΑΛΑΙΟ

ΕΝΝΟΙΑ – ΝΟΜΙΚΗ ΦΥΣΗ ΚΑΙ ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΤΗΣ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ

I. Νομική Φύση της πρακτικής - Οι αντιμαχόμενες θεωρίες	
1. Η κανονιστική θεωρία.....	11
2. Η συμβατική θεωρία.....	16
3. Η θεωρία της εμπιστοσύνης-venire contra factum proprium nulli conceditur.....	21
4. Αξιολόγηση των θεωριών.....	31
α) Ευνοϊκή πρακτική.....	40
β) Δυσμενής πρακτική.....	41
5. Χαρακτηριστικά της παροχής που αποτελεί αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας.....	46
α. Ο υλικός χαρακτήρας της παροχής.....	47
β. Το ύψος της παροχής.....	47
γ. Παροχές ΣΣΕ από εργοδότη, ο οποίος δεν δεσμεύεται από ΣΣΕ, ως αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας.....	47
δ. Εφαρμογή της ΣΣΕ και επί των μη συνδικαλισμένων μισθωτών ως αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας.....	49
6. Ο σκοπός της παροχής ως στοιχείο προσδιοριστικό της επιχειρησιακής συνήθειας.....	51
II. Οι προϋποθέσεις για τη δημιουργία της επιχειρησιακής συνήθειας.....	53
1. Το στοιχείο του χρόνου.....	53
2. Το συλλογικό στοιχείο στην επιχειρησιακή συνήθεια.....	57
3. Η σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη.....	60
4. Παροχή χωρίς επιφύλαξη του εργοδότη – Γενική και ειδική επιφύλαξη, επιφύλαξη ελευθεριότητας – επιφύλαξη ανάκλησης, σιωπηρή επιφύλαξη.....	62

Β' ΚΕΦΑΛΑΙΟ

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ – ΠΟΤΕ ΑΠΟΚΛΕΙΕΤΑΙ Η ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ – Η ΔΕΣΜΕΥΣΗ ΤΩΝ ΝΕΟΠΡΟΣΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΩΝ – ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΚΑΙ ΙΣΗ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗ – ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΤΗΤΑΣ / ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ ΑΝΑΚΛΗΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ

I. Το αντικείμενο της πρακτικής – Οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη	
1. Όροι εργασίας επί των οποίων δημιουργείται συνήθως πρακτική..	70
2. Οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη.....	72
3. Πότε η καταβολή μιας οικειοθελούς παροχής δεν μπορεί να αποτελέσει περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας	
α) Εργοδοτικές παροχές που συνιστούν παράνομη συμπεριφορά.....	74
β) Εργοδοτική παροχή λόγω πλάνης.....	76
γ) Εργοδοτική παροχή χωρίς τήρηση του επιβαλλόμενου από κανονιστική διάταξη τύπου (από νόμο ή ΣΣΕ).....	82
II. Δέσμευση νεοπροσλαμβανομένου από υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική.....	84
III. Επιχειρησιακή συνήθεια και αρχή της ίσης μεταχείρισης, ομοιότητες και διαφορές.....	94
IV. Οι παροχές βάσει επιχειρησιακής συνήθειας έχουν χαρακτήρα μισθού;.....	103
V. Επιφύλαξη ελευθεριότητας και επιφύλαξη (ή δικαίωμα) ανάκλησης.....	109
1. Ειδικότερα: η επιφύλαξη ελευθεριότητας.....	117
2. Ειδικότερα: η επιφύλαξη (ή δικαίωμα) ανάκλησης.....	121
3. Συμπεράσματα από τον δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου των συμβάσεων εργασίας στο γερμανικό δίκαιο.....	129
4. Ο δικαστικός έλεγχος του περιεχομένου των συμβάσεων εργασίας στο ελληνικό δίκαιο.....	133

Γ' ΚΕΦΑΛΑΙΟ

ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΚΑΙ ΚΑΤΑΡΓΗΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΗΣ ΣΥΝΗΘΕΙΑΣ

I. Μεταβολή και κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας στο πλαίσιο της κρατούσας συμβατικής θεωρίας

1. Συμφωνημένη τροποποίηση ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας.....140

2. Ειδικότερα ο αυτοπεριορισμός του διευθυντικού δικαιώματος με επιχειρησιακή συνήθεια και η κατάργηση αυτής.....142

3. Δημιουργία αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας (αρνητικής πρακτικής).....145

α) Η δημιουργία αντίθετης πρακτικής στο γερμανικό δίκαιο.....146

β) Η εξέλιξη της νομολογίας του BAG μετά τη μεταρρύθμιση του ενοχικού δικαίου.....150

4. Η δημιουργία αντίθετης πρακτικής στο ελληνικό δίκαιο και το πρόβλημα των ορίων του δικαστικού ελέγχου της σύμβασης εργασίας.....155

α) Ο Ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή και η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας.....156

β) Η ανάγκη δικαστικού ελέγχου της σύμβασης εργασίας.....157

γ) Ο δικαστικός έλεγχος της σύμβασης εργασίας βάσει της 281 ΑΚ, η καλή πίστη ως κριτήριο της 281 ΑΚ και οι νομοθετικές αξιολογήσεις του Ν. 2251/1994.....159

δ) Ο δικαστικός έλεγχος και οι ιδιαιτερότητες της σύμβασης εργασίας.....164

ε) Συμπερασματικές θέσεις ως προς τη δημιουργία αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας.....169

4. Συμβατικός αποκλεισμός νεοπροσλαμβανομένων από υφιστάμενη πρακτική.....174

5. Μεταβολή της επιχειρησιακής συνήθειας με τροποποιητική καταγγελία ή άσκηση δικαιώματος ανάκλησης.....175

6. Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών – Ανατροπή του «δικαιοπρακτικού θεμελίου».....184

II. Μεταβολή – Κατάργηση της πρακτικής στο πλαίσιο της θεωρίας της εμπιστοσύνης.....	189
1. Δυνατότητες και όρια μεταβολής της πρακτικής βάσει της θεωρίας της εμπιστοσύνης.....	190
2. Προϋποθέσεις άσκησης δικαιώματος ανάκλησης σύμφωνα με τη θεωρία της εμπιστοσύνης.....	192
III. Μεταβολή της επιχειρησιακής συνήθειας που επέρχεται με άλλες πηγές	
1. Συσχέτιση ΣΣΕ και πρακτικής.....	193
α) Η αρχική αντιμετώπιση του ζητήματος σύμφωνα με την αρχή της τάξεως.....	193
β) Η επικράτηση της αρχής της εύνοιας.....	198
γ) Η συλλογική αρχή της εύνοιας.....	200
δ) Η ασκούμενη κατά της συλλογικής αρχής της εύνοιας κριτική.....	202
ε) Επιφύλαξη μεταβολής της πρακτικής με κανονισμό εργασίας.....	205
2. Η συσχέτιση πρακτικής και επιχειρησιακής ΣΣΕ ή κανονισμού εργασίας στο ελληνικό δίκαιο.....	207
3. Μεταβολή της πρακτικής που παραπέμπει σε ΣΣΕ.....	212
4. Συσχέτιση πρακτικής και κανονισμού εργασίας.....	216
5. Πρακτική και γενικοί όροι εργασίας.....	220
IV. Η ισχός της πρακτικής σε περίπτωση μεταβίβασης, συγχώνευσης ή διάσπασης επιχειρήσεων.....	221
V. Η πρακτική στον χώρο του Δημοσίου (των δημοσίων υπηρεσιών).....	225
VI. Συμπεράσματα.....	228
VII. Βιβλιογραφία.....	237

Εισαγωγή

Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως ή επιχειρησιακή συνήθεια ή επιχειρησιακή πρακτική είναι ο σταθερός και ομοιόμορφος χειρισμός από τον εργοδότη ορισμένων ζητημάτων που προκαλεί την εντύπωση ότι γίνεται κατ' εφαρμογή κάποιου δεσμευτικού κανόνα. Παράλληλα προς την ατομική σύμβαση, τον νόμο, τη συλλογική σύμβαση, τη διαιτητική απόφαση, τον κανονισμό εργασίας και το διευθυντικό δικαίωμα, σημαντικά παράγοντα διαμόρφωσης του περιεχομένου της εργασιακής σχέσης αποτελεί και η πρακτική της εκμετάλλευσης, η οποία - σύμφωνα με την κανονιστική θεωρία- αποτελεί αυτοτελή πηγή του εργατικού δικαίου. Ο καθορισμός των όρων εργασίας από περισσότερες «πηγές» αποτελεί βασικό χαρακτηριστικό γνώρισμα της σχέσης εργασίας και μια εν γένει ιδιαιτερότητα του εργατικού δικαίου. Η επιχειρησιακή συνήθεια αποτελεί έναν από τους σημαντικότερους ίσως παράγοντες διαμόρφωσης των όρων εργασίας, διότι η εμπειρία βεβαιώνει ότι δεν υπάρχει σχεδόν επιχείρηση ή εκμετάλλευση στην οποία δεν έχει δημιουργηθεί κάποια επιχειρησιακή συνήθεια¹, στην οποία δηλ. δεν έχουν θεσπισθεί, τροποποιηθεί ή καταργηθεί όροι εργασίας με επιχειρησιακή συνήθεια. Έχει εξ άλλου πολύ εύστοχα υποστηριχθεί ότι η επιχειρησιακή συνήθεια ανήκει στο βασικό λεξιλόγιο του εργατικού δικαίου².

Η επιχειρησιακή συνήθεια εμφανίστηκε ως έννοια για πρώτη φορά το έτος 1905 σε απόφαση του Kaufmannsgericht³ στο Βερολίνο, εξελίχθηκε και αναπτύχθηκε για δεύτερη φορά από το Reichsarbeitsgericht το 1929⁴ και το 1938⁵, ενώ το 1940⁶ συναντήσαμε για πρώτη φορά τον όρο «επιχειρησιακή συνήθεια» όπως τον γνωρίζουμε σήμερα, ο οποίος έκτοτε συζητείται στη νομολογία και βιβλιογραφία. Ωστόσο στη θεωρία έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις σχετικά με τη φύση της επιχειρησιακής συνήθειας, όπως π.χ. ότι

¹ Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 16

² Christian-Armand Houben, Anfechtung einer betrieblichen Übung?, BB 2006, σελ. 2301

³ Kaufmannsgericht Berlin 27.3.1905, Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin, Bd I, 1908, σελ. 279

⁴ RAG 15.6.1929 ARS 6, 203 επ. Σε αυτή την απόφαση υπήρχε για πρώτη φορά αναφορά σε ένα τυπικό παράδειγμα επιχειρησιακής συνήθειας, το δώρο Χριστουγέννων.

⁵ RAG 19.1.1938, RAGE 19, σελ. 281 επ. Αξίζει να σημειωθεί ότι το RAG υποστήριξε τη συμβατική θεμελίωση της πρακτικής, βλ. και Κ. Bepler, Betriebliche Übungen, RdA 2004, 227

⁶ RAG 26.11.1940, ARS 41, 99

αποτελεί αμφίβολη πηγή του δικαίου¹, ότι αποτελεί ένα φαινόμενο της σχέσης εργασίας², έναν χαμαιλέοντα του εργατικού δικαίου³, έναν ‘αντιπαθή’ και ταυτόχρονα παράξενο νομικό θεσμό⁴, καθώς επίσης έναν από τους γρίφους του εργατικού δικαίου⁵.

Σύμφωνα με τη νομολογία, *επιχειρησιακή συνήθεια είναι η διαμορφούμενη μέσα στον χώρο μιας επιχειρήσεως πρακτική από τον μακροχρόνιο και ομοιόμορφο χειρισμό ορισμένων ζητημάτων που ανάγονται στις σχέσεις εργοδότη και εργαζομένων*⁶. Ανάλογους ορισμούς για τον προσδιορισμό της έννοιας της πρακτικής χρησιμοποιεί και η θεωρία. Έτσι έχει υποστηριχθεί⁷ ότι πρακτική είναι «η σταθερή συνήθεια που διαμορφώνεται στην εκμετάλλευση με τον για σημαντικό χρονικό διάστημα ομοιόμορφο χειρισμό από τον εργοδότη ζητημάτων αναγομένων στις σχέσεις του με τους εργαζομένους με τρόπο που να δίνεται η εντύπωση και να προκαλείται η πεποίθηση ότι οι ρυθμίσεις του ακολουθούν ορισμένο κανόνα», ενώ σύμφωνα με παλαιότερη διατύπωση «*συνήθεια της επιχειρήσεως είναι η από χρόνου μακρού εν ορισμένη επιχειρήσει μεταξύ του εργοδότη και του προσωπικού του ακολουθουμένη ομοιομόρφως τάξις περί την εκπλήρωσι των αμοιβαίων παροχών*»⁸. Πρακτική μπορεί να διαμορφωθεί για όλους τους όρους εργασίας, οι οποίοι μπορεί να αποτελέσουν αντικείμενο συμβατικής ρύθμισης, όπως π.χ. το ωράριο και η τοποθέτησή του στο 24ωρο, ο μισθός, ο τρόπος αμοιβής, ο χρόνος καταβολής του μισθού, ζητήματα τάξεως και συμπεριφοράς, οι προαγωγές, η οικειοθελής καταβολή από τον εργοδότη των ασφαλιστικών εισφορών ή του φόρου του μισθωτού, παροχές για σειρά ετών στο προσωπικό (όπως επιδόματα παραγωγής ή από τα κέρδη της επιχειρήσεως ή δώρα Χριστουγέννων-νέου έτους μεγαλύτερα από τα υποχρεωτικά), η καταβολή

¹ **K. Bepler**, RdA 2005, 323, **P. Hanau**, ZfA 2003, 753

² **R. Waltermann**, RdA 2006, 257

³ **G. Thüsing**, NZA 2005, 718

⁴ **U. Preis**, NZA 2009, 281

⁵ **F. Gamillscheg**, στο FS Hilger/Stumpf, 1983, σελ. 227

⁶ ΑΠ 869/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠΑ 1228/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1769/2017, ΑΠ 1002/2017, ΔΕΝ 2019, σελ. 200, ΑΠ 524/2008, ΔΕΝ 2010, σελ. 488, ΑΠ 1801/2008, ΔΕΝ 2009, σελ. 356, ΑΠ 91/2008, ΔΕΝ 2008, σελ. 722, ΑΠ 788/1989, ΕΕργΔ 1990, σελ. 610, ΑΠ 2/1992, ΕΛΛΔνη 1993, σελ. 349, ΑΠ 1898/1988, ΕΕργΔ 1989, σελ. 920, ΕφΑθ 7199/1992, ΕΛΛΔνη 1993, σελ. 186, ΕφΑθ 10853/1991, ΕΛΛΔνη 1993, σελ. 177, ΑΠ 758/2003, ΕΛΛΔνη 45, 6/2004, ΑΠ 328/2000, ΕΕργΔ 2001, σελ. 762, BAG 27.6.2006, NZA 2007, 351, BAG 19.5.2005, NZA 2005, 889

⁷ **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 102-103

⁸ **Ι. Καποδίστριας**, ΕΕΝ 1958, σελ. 53

μισθού σε είδος, η καταβολή πλήρους αποζημίωσης σε περίπτωση αποχώρησης λόγω συνταξιοδότησης¹, η εφαρμογή ΣΣΕ σε σχέσεις μη δεσμευόμενες από αυτές κ.ο.κ.²

Η επιχειρησιακή συνήθεια έχει ιδιαίτερη σημασία και για τη συμπλήρωση της σύμβασης³ (Vertragsergänzung). Η υποχρέωση πίστεως και η υποχρέωση πρόνοιας είναι γενικές υποχρεώσεις, οι οποίες απαιτείται να συγκεκριμενοποιούνται σε κάθε σχέση εργασίας. Ο ρόλος της πρακτικής είναι αποφασιστικός στο σημείο αυτό -ιδίως σε περίπτωση έλλειψης ρητής συμφωνίας- για το αν και σε ποια έκταση έχει υποχρέωση ο εργοδότης να συνεχίσει να καταβάλλει ειδικές παροχές κοινωνικού χαρακτήρα λόγω της σταθερής και ομοιόμορφης συμπεριφοράς που έχει ήδη εφαρμόσει.

Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, ανεξάρτητα από την άποψη που θα υποστηρίξει κανείς για τη νομική της φύση, ανήκει στα συλλογικά μέσα διαμόρφωσης των εργασιακών σχέσεων. Δηλαδή με την πρακτική ρυθμίζονται κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο οι όροι εργασίας του συνόλου του προσωπικού ή κατηγορίας μισθωτών της εκμετάλλευσης· ή άλλως, η σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη ενέχει μέσα της ένα **συλλογικό στοιχείο** (kollektives Element), δηλ. απευθύνεται στο σύνολο ή σε κατηγορίες εργαζομένων⁴. Σήμερα γίνεται γενικά δεκτό ότι η μακροχρόνια, ομοιόμορφη και ανεπιφύλακτη χορήγηση οικειοθελών παροχών (δηλ. παροχών «εξ απλής ελευθεριότητας») προς το προσωπικό δεσμεύει τον εργοδότη να συνεχίσει την καταβολή τους και στο μέλλον, γιατί η συμπεριφορά αυτή οδηγεί στη δημιουργία πρακτικής της εκμετάλλευσης ή επιχειρησιακής συνήθειας. Στο γερμανικό

¹ ΑΠ 802/2015, ΕΕργΔ 2015, 1214

² ΑΠ 1801/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 793/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 524/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 226/2014 ΝΟΜΟΣ, BAG 21.1.1997, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 64 "grundsätzlich für jeden Gegenstand vorstellbar, der arbeitsvertraglich in einer so allgemeinen Form geregelt werden kann", βλ. και BAG 24.6.2003, NZA 2003, 1145, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ, 2017, σελ. 151, **M. Bieder**, RdA 2019, σελ. 378, **Αλ. Καρακατσάνης**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, Ξένιον, Festschrift für Pan. J. Zepos, τόμ. III, 1973, σελ. 69 επ., **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ.102

³ **Alfred Hueck**, Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, 1956, σελ. 642-643. Κατά τον **Ληξουριώτη** (Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2013, σελ. 28) η λειτουργία της επιχειρησιακής συνήθειας συνίσταται να ερμηνεύει απλώς ή να συμπληρώνει ή να τροποποιεί το περιεχόμενο των ατομικών συμβάσεων εργασίας, εκτός εάν ήδη έχει σαφώς εκφραστεί σχετική αντίθετη βούληση.

⁴ Διότι διαφορετικά, αν η συμπεριφορά αυτή απευθύνεται σε ένα συγκεκριμένο εργαζόμενο, θα πρόκειται για ατομική συμβατική δέσμευση, βλ. BAG 14.9.2011, NZA 2012, 81 (σκέψη 13).

δίκαιο ο θεσμός της επιχειρησιακής συνήθειας έχει και μερική νομοθετική αναγνώριση. Σύμφωνα με την § 1b Abs 1 S. 4 BetrAVG «μία επιχειρησιακή συνήθεια στον χώρο των προνοιακών παροχών γήρατος μπορεί να δημιουργεί τη νομική βάση για τη θεμελίωση αξιώσεων».

Νομικά ζητήματα ανακύπτουν, όταν μετά την παρέλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος, κατά το οποίο ο εργοδότης χορηγούσε οικειοθελείς παροχές προς το προσωπικό, χορηγούσε δηλ. παροχές χωρίς να δεσμεύεται προς τούτο από τον νόμο ή τη σύμβαση, αποφασίζει να διακόψει τη χορήγησή τους για το μέλλον. Με τον τρόπο αυτό ανατρέπεται μία παγιωμένη κατάσταση στην εκμετάλλευση, την οποία δημιούργησε ο εργοδότης με την έμπρακτη συμπεριφορά του και στην οποία καλόπιστα προσαρμόστηκαν οι εργαζόμενοι, έχοντας την προσδοκία ότι η χορήγηση των εν λόγω παροχών θα συνεχισθεί και στο μέλλον. Στο σημείο αυτό γεννάται το πρωταρχικό ερώτημα για ποιο λόγο η σταθερή και επανειλημμένη χορήγηση μιας οικειοθελούς παροχής δεσμεύει τον εργοδότη να συνεχίσει την καταβολή της και στο μέλλον. Επίσης ερωτάται αν και υπό ποιές προϋποθέσεις η μη επανάληψη μιας παροχής, η οποία αποτέλεσε περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας, μπορεί να οδηγήσει στην κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας αυτής με τη δημιουργία μιας αντίθετης πρακτικής ή αντίθετης συμφωνίας.

Α' ΚΕΦΑΛΑΙΟ

ΕΝΝΟΙΑ – ΝΟΜΙΚΗ ΦΥΣΗ ΚΑΙ ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΤΗΣ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ

I. Νομική Φύση της πρακτικής – Οι αντιμαχόμενες θεωρίες

Έχουν υποστηριχθεί τρεις θεωρίες για τη νομική φύση της πρακτικής της εκμετάλλευσης. Οι θεωρίες αυτές αναζητούν τον γενεσιουργό λόγο της πρακτικής, δηλ. ερευνούν το ζήτημα πού οφείλεται ο δεσμευτικός της

χαρακτήρας και είναι οι εξής: (α) Η κανονιστική θεωρία που αναγνωρίζει την πρακτική ως κανόνα δικαίου (δηλαδή δέχεται ότι η πρακτική έχει ενέργεια όμοια με εκείνη των κανονισμών ή της συλλογικής σύμβασης ή του εθίμου), (β) Η συμβατική θεωρία που αναγνωρίζει την πρακτική ως βάση σιωπηρής συμφωνίας, η οποία είναι η κρατούσα και (γ) Η θεωρία της εμπιστοσύνης που αναζητεί τον γενεσιουργό λόγο της πρακτικής στον εξωδικαιοπρακτικό χώρο, στην απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς.

1. Η κανονιστική θεωρία

Η κανονιστική θεωρία υποστηρίχθηκε παλαιότερα στον χώρο του γερμανικού δικαίου και περιλαμβάνει τη θεωρία της συγκεκριμένης τάξης της εκμεταλλεύσεως (Theorie der konkreten Ordnung des Betriebs¹) και τη θεωρία του επιχειρησιακού εθίμου (Theorie des betrieblichen Gewohnheitsrechtes²). Η άποψη αυτή θεωρεί ως γενεσιουργό λόγο της πρακτικής τη δημιουργία ενός **εθιμικού** κανόνα μέσα στην εκμετάλλευση³ ή -παλαιότερα- τη συγκεκριμένη τάξη που διαμορφώνεται στην εκμετάλλευση, την οποία θεωρεί ως αυτόνομη πηγή δικαίου. Η κανονιστική αυτή ισχύς απορρέει από την ίδια την πρακτική, η οποία ανάγεται σε αυτοτελή πηγή του εργατικού δικαίου και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του αυτόνομου δικαίου της εκμετάλλευσης. Με τον μακροχρόνιο και ομοιόμορφο χειρισμό ορισμένων ζητημάτων στη σχέση εργοδότη και εργαζομένων δημιουργείται μια γενική και αντικειμενική τάξη στον χώρο της εκμετάλλευσης⁴, η οποία διαπλάσσει κανονιστικά τις επιμέρους

¹ RAG ARS 33, 172. 34, 180. 42, 287. Η θεωρία αυτή αναπτύχθηκε κατά την περίοδο του εθνικοσοσιαλισμού στη Γερμανία, βλ. **Reuss-Siebert**, Die konkrete Ordnung des Betriebes, 3^η εκδ., Berlin 1943.

² **F. Gamillscheg**, FS Hilger/Stumpf, 1983, 227 (243 επ.)

³ ΑΠ 850/1989, ΕΕργΔ 1990, **Αλ. Καρακατσάνης**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, Ξένιον, Τόμ. III, σελ. 78, **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, σελ. 426 επ., **Γ. Τσατήρης**, ΕΕργΔ 1989, σελ. 657, 659 επ., **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1990, σελ. 606, 608, **ο ίδιος**, ΕΕργΔ 1994, σελ. 559, 560, **Ι. Κουκιάδης**, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το δικαιο της ευελιξίας της εργασίας, 2005, σελ. 108 επ., **W. Däubler**, Das Arbeitsrecht 2, 1979, σελ. 144, βλ. επίσης **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, Berlin 2003, σελ. 31 επ. Την κανονιστική ισχύ της πρακτικής δέχεται και ο **Σπ. Σταμούλης**, Το διευθυντικόν δικαίωμα του εργοδότη, 1978, σελ. 179 επ.

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 239

εργασιακές σχέσεις, όπως π.χ. ο κανονισμός εργασίας ή η συλλογική σύμβαση εργασίας. Υποστηρίζεται ότι η παραγωγή ειδικού εθιμικού δικαίου στα πλαίσια της εκμετάλλευσης ακολουθεί την ίδια διαδικασία που παράγει γενικά το εθιμικό δίκαιο¹. Η πρακτική συνιστά τον «άγραφο κανόνα δικαίου» που συμπληρώνει τον «γραπτό νόμο», τον κανονισμό εργασίας, στη ρύθμιση της εσωτερικής τάξης της εκμεταλλεύσεως.

Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή, η επαναλαμβανόμενη ομοιόμορφη και ανεπιφύλακτη συμπεριφορά του εργοδότη προσλαμβάνει ιδιαίτερη νομική σημασία και της αποδίδεται αξία ίση με εκείνη του κανόνα δικαίου. Η συμπεριφορά του εργοδότη, εφόσον διαθέτει τα χαρακτηριστικά της μακράς διάρκειας, της ομοιομορφίας και της σταθερής επανάληψης, σε συνδυασμό με τις υπόλοιπες πηγές του δικαίου της εκμετάλλευσης, σχηματίζει μια γενική και αντικειμενική τάξη στον χώρο της εκμετάλλευσης που δεσμεύει τους συμβαλλομένους στην εργασιακή σχέση, όπως ο νόμος και οι συλλογικές συμβάσεις εργασίας, λειτουργώντας στον χώρο της επιχείρησης ή της εκμετάλλευσης ως αυτοτελής πηγή του εργατικού δικαίου με κανονιστική ενέργεια². Η παραπάνω άποψη εξηγεί πολλές από τις πτυχές της επιχειρησιακής συνήθειας, όπως π.χ. τη δέσμευση των νεοπροσλαμβανομένων από υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική, καλύτερα από τις άλλες θεωρίες, ιδίως τη συμβατική. Εκείνο όμως που παραμένει ασαφές είναι το ζήτημα της αιτίας που δημιουργεί τη νομική δέσμευση και ειδικότερα το ζήτημα της δικαιολόγησης του κανονιστικού της χαρακτήρα. Η κανονιστική ισχύς της πρακτικής δεν μπορεί να θεμελιωθεί στο γεγονός ότι ο εργοδότης δημιουργεί με τη δήλωση βούλησής του ή με τη συμπεριφορά του, έναν κανόνα³ από τον οποίο δεσμεύεται και ο ίδιος ως φορέας της επιχειρήσεώς του. Επίσης ο σταθερός και ομοιόμορφος χειρισμός ορισμένων ζητημάτων δεν παράγει κανονιστική ισχύ· διότι ο εργοδότης ενεργεί στο πλαίσιο της ιδιωτικής αυτονομίας και όχι βάσει νομοθετικής εξουσιοδότησης⁴. Επί πλέον η επιχειρησιακή συνήθεια δεν μπορεί να

¹ **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 428

² **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 31 επ., **Δ. Ζερδελής**, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Γ' εκδ. 2015, σελ. 157

³ **E. Bötticher**, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161 (162)

⁴ **STAUDINGER/Richardi/Phischinger**, BGB §§ 611-613, Dienstvertragsrecht 1, 2011, σελ. 490

ερμηνευθεί ως δήλωση βούλησης του εργοδότη που παράγει συλλογική νομική δέσμευση (kollektivrechtliche Verpflichtungserklärung), διότι η συνολική υπόσχεση/διαβεβαίωση του εργοδότη δεν αποτελεί αυτόνομο παράγοντα διαμόρφωσης της σχέσης εργασίας¹.

Η θεωρία του επιχειρησιακού εθίμου προσπάθησε εν μέρει να καλύψει τα κενά της θεωρίας της δημιουργίας μιας συγκεκριμένης τάξεως της εκμεταλλεύσεως, επιχειρώντας να εντάξει τη θεωρία αυτή στην έννοια του εθίμου, το οποίο ούτως ή άλλως αναγνωρίζεται ως πηγή του δικαίου και μάλιστα πρωτογενής. Έτσι η εκμετάλλευση, παρά την περιορισμένη της έκταση, λαμβάνεται ως ένας κοινωνικός σχηματισμός ο οποίος έχει δύναμη παραγωγής δικαίου, εφ' όσον η επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά έχει το χαρακτηριστικό της μακροχρόνιας συνήθειας που αντιμετωπίζεται από τους κοινωνούς της με πεποίθηση δικαίου (opinio necessitatis), με την ιδέα δηλαδή ότι εφαρμόζουν ή υπακούουν σε κάποιο κανόνα δικαίου². Η θεωρία αυτή δέχεται επίσης ότι η αναγνώριση της αρχής της ίσης μεταχείρισης έχει ως συνέπεια τη δημιουργία ενός επιχειρησιακού εθίμου³.

Η κανονιστική θεωρία εγκαταλείφθηκε μετά τον Β' παγκόσμιο πόλεμο και από το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό και οι απόψεις που δέχονται την κανονιστική ενέργεια της πρακτικής υποστηρίζονται περιορισμένα⁴. Εξ άλλου από τον συλλογικό χαρακτήρα μιας ρύθμισης δεν συνάγεται κατ' ανάγκη ότι η ρύθμιση αυτή ενεργεί ως κανόνας δικαίου, με άμεση και αναγκαστική εφαρμογή στις ατομικές εργασιακές σχέσεις. Η κανονιστική θεωρία αποδίδει μεγάλη σημασία στον συλλογικό-γενικό και απρόσωπο χαρακτήρα της πρακτικής. Κατά τον Καρακατσάνη, οι άλλες θεωρίες δεν λαμβάνουν υπόψη τη συλλογικότητα του φαινομένου της πρακτικής και προσεγγίζουν την πρακτική μέσα από τις κατηγορίες του αστικού δικαίου και κυρίως τη συμβατική θεωρία. Όμως κατά τον Καρακατσάνη, η κανονιστική ισχύς της πρακτικής είναι μεν άμεση, όπως κάθε κανόνα δικαίου, **αλλά όχι και αναγκαστική**, όπως είναι η ισχύς της

¹ Rn 375 επ., **STAUDINGER/Richardi/Phischinger**, ό.π.

² **Δ. Ζερδελής**, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Γ' εκδ. 2015, σελ. 158

³ **D. Reuter**, Anmerkung zu BAG 18.8.1988, 6 AZR 361/86, EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 26, σελ. 5, 8

⁴ **G. Thüsing**, NZA 2005, 718 (721)

συλλογικής σύμβασης ή του κανονισμού¹. Η άποψη αυτή αντικρούεται με το επιχείρημα ότι από τον συλλογικό χαρακτήρα μιας ρύθμισης, δεν συνάγεται κατ' ανάγκη, ότι η ρύθμιση αυτή ενεργεί ως κανόνας δικαίου με άμεση και αναγκαστική ισχύ στις ατομικές εργασιακές σχέσεις². Η γενική και ενιαία ρύθμιση των εργασιακών σχέσεων στο επίπεδο της εκμετάλλευσης είναι δυνατό να επιτευχθεί και μέσω των ατομικών συμβάσεων εργασίας. Εξ άλλου είναι γνωστό ότι οι γενικοί όροι εργασίας όπως και η εγκύκλιος του εργοδότη δεν χάνουν τη δικαιοπρακτική τους προέλευση, ούτε μεταβάλλονται σε συλλογική, με κανονιστική ενέργεια, ρύθμιση των εργασιακών σχέσεων, από το γεγονός και μόνο ότι αποτελούν περιεχόμενο πολυάριθμων συμβάσεων εργασίας³.

Η θέση ότι η επιχειρησιακή συνήθεια αναπτύσσει κανονιστική ισχύ δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή, διότι κάτι τέτοιο δεν στηρίζεται ούτε στον νόμο ούτε σε συλλογική σύμβαση εργασίας, η οποία (ΣΣΕ) έλκει ούτως ή άλλως την κανονιστική της δύναμη από τον ίδιο τον νόμο (αρθρ. 7 § 1 Ν. 1876/1990). Είναι γνωστό ότι η θέσπιση κανόνων δικαίου, δηλ. κανόνων με άμεση και αναγκαστική ισχύ, ανήκει στην πολιτεία, η οποία διαθέτει το νομοθετικό μονοπώλιο. Ιδιώτες δεν διαθέτουν τέτοια εξουσία, εκτός αν έχουν εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από το κράτος, όπως συμβαίνει με τους φορείς της συλλογικής αυτονομίας⁴. Επίσης είναι αμφίβολο αν η εκμετάλλευση ως «κοινότητα» έχει τη δύναμη από μόνη της να θεσπίζει κανόνες δικαίου, γραπτούς ή άγραφους, για τη ρύθμιση θεμάτων που αφορούν την εσωτερική της τάξη⁵.

Επίσης η άποψη που δέχεται τη δημιουργία ενός εθιμικού κανόνα μέσα στην εκμετάλλευση δεν είναι -κατά τη γνώμη μας- σωστή, διότι στην προκειμένη περίπτωση δεν πληρούνται οι αυστηρές προϋποθέσεις από τις οποίες εξαρτάται η δημιουργία εθίμου. Όσον αφορά την πρώτη προϋπόθεση, δηλ. την μακρά διάρκεια, είναι εξαιρετικά αμφίβολο αν αυτή πληρούται στο πλαίσιο μιας επιχειρησιακής συνήθειας, δεδομένου μάλιστα ότι κατά το γερμανικό δίκαιο για τη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής αρκούν και ολιγάριθμες (π.χ. τρεις)

¹ **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 428

² **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 11

³ **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 51

⁴ **Γ. Λεβέντης**, Συλλογική αυτονομία και κρατικός παρεμβατισμός στο εργατικό δίκαιο, 1981, σελ. 48 επ.

⁵ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Γ' εκδ. 2015, σελ. 158

επαναλήψεις¹. Ακόμη περισσότερο αμφισβητείται η πλήρωση της δεύτερης γενικής προϋπόθεσης, δηλ. της πεποίθησης δικαίου (opinio necessitatis). Ενώ θεωρείται σχεδόν αυτονόητο ότι οι εργαζόμενοι θα έχουν κατά κανόνα πεποίθηση δικαίου κατά την εφαρμογή μιας ευνοϊκής γι' αυτούς πρακτικής² και δεν θα επιθυμούν να απωλέσουν την οικειοθελώς καταβληθείσα παροχή, δεν θα μπορούσε βάσιμα να υποστηριχθεί κάτι τέτοιο και για τον εργοδότη. Διότι ο εργοδότης κατά κανόνα διατηρεί την πεποίθηση ότι δεν δεσμεύεται για την καταβολή της παροχής για το μέλλον, αλλά αντιθέτως θεωρεί ότι μπορεί να την ανακαλεί ή να την μειώνει στο μέλλον. Προκειμένου να υποστηριχθεί ότι υπάρχει πεποίθηση δικαίου από την πλευρά του εργοδότη θα πρέπει να υπάρχουν αδιαμφισβήτητα στοιχεία³. Τέλος είναι αμφίβολο αν είναι δυνατή η δημιουργία εθίμου μέσα στον περιορισμένο χώρο μιας μόνο εκμετάλλευσης (επιχειρησιακό έθιμο)⁴. Κατά τον ΑΠ⁵ το εργατικό έθιμο είναι διαφορετικό της επιχειρησιακής συνήθειας, διότι προϋποθέτει μακροχρόνια και ομοιόμορφη εφαρμογή ορισμένης πρακτικής σε σχετικά ευρύ κύκλο προσώπων και όχι μόνο σε ορισμένη επιχείρηση, με κοινή συνείδηση ότι η πρακτική αυτή ισχύει ως δίκαιο.

Σύμφωνα με τη νομολογία, ο θεσμός της επιχειρησιακής συνήθειας διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στη διαμόρφωση της σύμβασης εργασίας, υπό την έννοια ότι δημιουργεί μία αξίωση των εργαζομένων η οποία όμως συνάγεται από τη συμπεριφορά του εργοδότη, τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης και από τη σιωπηρή αποδοχή των εργαζομένων⁶. Η αδυναμία της κανονιστικής θεωρίας να εξηγήσει τον λόγο για τον οποίο παράγει δέσμευση η πρακτική επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι η επιχειρησιακή συνήθεια δεν μπορεί να

¹ Κατά τον **M. Maties** (Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 76) «το γενικό εθιμικό δίκαιο απαιτεί ένα μακροχρόνιο χειρισμό».

² **F. Gamillscheg**, FS Hilger/Stumpf, σελ. 244

³ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, σελ. 77

⁴ ΜΠΑ 1228/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Σύμφωνα με την κρατούσα νομολογία, για τη θεμελίωση εργατικού εθίμου προϋποτίθεται μακροχρόνια και ομοιόμορφη εφαρμογή ορισμένης πρακτικής σε σχετικά ευρύ κύκλο εργαζομένων, κι όχι μόνο σε ορισμένη επιχείρηση, και δη με κοινή συνείδηση ότι αυτό που ασκείται ισχύει ως δίκαιο, ως κανόνας δικαίου (βλ. ΑΠ 850/1989, ΕΕργΔ 1990, 613, ΑΠ 1581/1987, ΕΕργΔ 1989, 210, ΕφΑθ 5508/1991, ΕΕργΔ 1993, 657), **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 13, **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις και δίκαιο της ευελιξίας της εργασίας, Στ'εκδ., 2012, σελ. 125. Εξ άλλου ο χρόνος που απαιτείται να παρέλθει για τη δημιουργία εθίμου είναι πολύ μεγαλύτερος από αυτόν που απαιτείται για τη δημιουργία πρακτικής (**Ι. Δεληγιάννης-Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο, 1976, σελ. 72-73, ΕΕργΔ 1985, σελ. 818).

⁵ ΑΠ 850/1989, ΕΕργΔ 1990, σελ. 613

⁶ BAG 19.2.2002 – 1 ABR 26/01

διευρύνει την κανονιστική ισχύ της ΣΣΕ. Το κανονιστικό μέρος της συλλογικής σύμβασης εργασίας δεν επηρεάζεται ούτε διευρύνεται από την επιχειρησιακή συνήθεια. Αν βάσει επιχειρησιακής συνήθειας η ΣΣΕ εφαρμόζεται και επί των μη δεσμευομένων (π.χ. επί των μη συνδικαλισμένων εργαζομένων), η δέσμευση αυτή δεν είναι κανονιστική, αλλά συμβατική. Η κανονιστική ισχύς της ΣΣΕ ή του κανονισμού εργασίας δεν μπορεί να διευρυνθεί μέσω της επιχειρησιακής συνήθειας. Άλλωστε η διεύρυνση αυτή απαγορεύεται και εξαιτίας της υποχρεωτικής τήρησης του εγγράφου τύπου κατά την κατάρτιση των ΣΣΕ ή του κανονισμού εργασίας (αρθρ. 5 § 1 Ν. 1876/1990¹). Αυτή η «απαγόρευση» δεν μπορεί να παρακαμφθεί και να γίνει δεκτό ότι εκτός από τη ΣΣΕ και τον κανονισμό εργασίας, για τα οποία επιβάλλεται ο έγγραφος τύπος, είναι δυνατό να αποδοθεί ισχύς κανόνα δικαίου και στην επιχειρησιακή συνήθεια μόνο και μόνο λόγω της εφαρμογής της στην πράξη². Κάτι τέτοιο θα οδηγούσε στην «υποταγή» (Unterwerfung) των εργαζομένων, ιδίως στην περίπτωση που η επιχειρησιακή συνήθεια είναι δυσμενής, στην μονομερή (ακόμα και αυθαίρετη) νομοθέτηση του εργοδότη³. Είναι επομένως αναμφισβήτητο ότι η δέσμευση από μία ΣΣΕ, η οποία προκύπτει από το γεγονός ότι βάσει επιχειρησιακής συνήθειας η ΣΣΕ εφαρμόζεται και επί των μη δεσμευομένων από τη ΣΣΕ εργαζομένων/εργοδοτών, έχει ενοχικό χαρακτήρα και δεν μπορεί να προσδώσει στην επιχειρησιακή συνήθεια κανονιστική ισχύ⁴. Για όλους αυτούς τους λόγους θεωρούμε ότι δεν είναι δυνατόν να γίνει δεκτή η κανονιστική θεωρία.

2. Η συμβατική θεωρία

Σήμερα επικρατούν οι απόψεις εκείνες που απορρίπτουν τον κανονιστικό χαρακτήρα της πρακτικής και επιχειρούν να την εντάξουν στις κατηγορίες που διαθέτει το αστικό δίκαιο. Κρατούσα σήμερα τόσο στη θεωρία όσο και στη

¹ Αντίστοιχη η διάταξη του γερμανικού δικαίου § 1 Abs 2 TVG και § 77 Abs 2 BetrVG.

² **Alfred Hueck**, Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, 1956, σελ. 635

³ **Ch. Jaeckel**, 'Tarifbindung' durch betriebliche Übung, 2009, σελ. 45

⁴ **Ch. Jaeckel**, ό.π., σελ. 47

νομολογία είναι η συμβατική θεωρία¹, η οποία θεωρεί ως γενεσιουργό λόγο της πρακτικής την ατομική σύμβαση εργασίας. Ο σταθερός και ομοιόμορφος χειρισμός από τον εργοδότη ορισμένων θεμάτων θεωρείται ως πρόταση του εργοδότη προς σύναψη σύμβασης, την οποία οι μισθωτοί αποδέχονται σιωπηρά. Κατά συνέπεια η πρακτική είναι σύνολο στερεότυπων ατομικών συμβάσεων εργασίας μεταξύ του εργοδότη και των εργαζομένων της εκμετάλλευσης και συνεπώς, δεν αποτελεί, από πρώτη άποψη, η πρακτική καθ' εαυτή πηγή του εργατικού δικαίου. Τη συμβατική θεωρία ακολουθεί και η νομολογία², κατά την οποία η πρακτική «δεν αποτελεί μόνη πηγή γενέσεως αξιώσεων, μπορεί όμως να αποτελέσει τη βάση σιωπηρής συμφωνίας...». Επομένως, σύμφωνα με τη νομολογία, δεν υπάρχουν κατά νομική ακριβολογία αξιώσεις που απορρέουν από την πρακτική. Η πρακτική, ως πραγματικό γεγονός, δεν έχει τη δύναμη να δημιουργήσει από μόνη της δικαιώματα και υποχρεώσεις στη σχέση του εργοδότη με τους εργαζομένους. Η σημασία της συνίσταται στη δυνατότητα να αποτελέσει το περιεχόμενο της τη βάση μιας σιωπηρής συμφωνίας³. Στην περίπτωση της πρακτικής έχουμε κατάρτιση σιωπηρής σύμβασης, δηλ. σύμβασης συναγομένης από τις περιστάσεις («facta concludentia»). Γίνεται μάλιστα δεκτό ότι η θέση ότι η επιχειρησιακή συνήθεια έχει συμβατική βάση, όχι μόνο δεν παραβλέπει το συλλογικό στοιχείο, αλλά στηρίζεται ακριβώς σ' αυτό για να δικαιολογήσει τον σχηματισμό αυτής (σιωπηρή συλλογική δήλωση

¹ **Χρ. Αγαλλόπουλος**, Εργατικόν Δίκαιον, Σχέσις Εργασίας, 1958, σελ. 73, **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το Δίκαιο της Ευελιξίας της εργασίας, Η' εκδ. 2017, σελ. 134, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρητημένης εργασίας, 1990, σελ. 40, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, 1993, σελ. 25 επ., **Δ. Καλομοίρης**, Εργατικόν Δίκαιον, Γενικαί Αρχαί, 1969, σελ. 58, **Λ. Ντάσιος**, Εργατικό Δικονομικό Δίκαιο, τόμ. Α/Ι, 1991, σελ. 317, **Στ. Βλαστός**, Η σύμβαση εξηρητημένης εργασίας, τόμ. Ι, 1990, σελ. 355, **Hueck/Nipperdey**, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 1963, σελ.150, **Preis/Genenger**, Betriebliche Übung, freiwillige Leistungen und rechtsgeschäftliche Bindung, Jb ArbR 2010, σελ. 93 επ. Η θεωρία αυτή επικρατεί ιδίως στη νομολογία του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού (BAG 28.2.1996, AP 192 zu § 611 BGB Gratifikation, BAG 24.6.2003, NZA 2003, 1145, 1147), αλλά και στην αυστριακή επιστήμη και νομολογία, BAG 9.3.1961, 18.7.1968, 17.9.1970, 1.3.1972, 16.4.1997, 16.1.2002 και 20.1.2004 AP Nr 5, 8, 9, 11, 53, 56 και 65 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

² ΑΠ 802/2015, ΔΕΝ 2016, 986, ΑΠ 48/2015, ΔΕΝ 2016, 1158, ΑΠ 673/2014, ΔΕΝ 2014, 926, ΑΠ 328/2000, ΔΕΝ 2001, σελ. 895, ΑΠ 279/2000, ΔΕΕ 2000, σελ. 1267, ΑΠ 974/1998, ΔΕΝ 2000, σελ. 193, ΑΠ 541/1997, ΔΕΝ 1999, σελ. 917, ΑΠ 52/1994, ΕΕΝ 1995, σελ. 32, ΑΠ 1898/88, ΔΕΝ 1989, σελ. 607, ΑΠ 301/88, ΔΕΝ 1989, σελ. 1182, ΑΠ 1739/86, ΔΕΝ 1987, σελ. 880, ΑΠ 769/85, ΔΕΝ 1986, σελ. 558, ΑΠ 658/84, ΔΕΝ 1985, σελ. 280, ΕφΑθην 947/88, ΕΕργΔ 1989, σελ. 678, ΑΠ 1898/1988, ΔΕΝ 1989, σελ. 606, BAG 13.10.1960, AP Nr 30 zu § 242 BGB

³ BAG 27.2.2019 – 5 AZR 354/18, ΑΠ 1402/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 868/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, BAG 13.10.1960, AP Nr 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Bl 1 R

βούλησης)¹. Στο σημείο αυτό αξίζει να υπογραμμισθεί ότι η σύμβαση μπορεί να καταρτισθεί και με μόνη την αποδοχή της πρότασης, αν απ' το περιεχόμενο αυτής ή από τα συναλλακτικά ήθη ή τις ειδικές περιστάσεις δεν πρέπει να αναμένεται η περιέλευση της αποδοχής σ' αυτόν που έκανε την πρόταση, σύμφωνα με το αρ. 193 ΑΚ (σιωπηρή αποδοχή), όπως δέχθηκε η ΑΠ 765/1989². Αντίστοιχη στο άρθρο 193 ΑΚ είναι η διάταξη της § 151 του ΓερμΑΚ (BGB). Σύμφωνα με τη § 151 BGB «Η σύμβαση καταρτίζεται με την αποδοχή της πρότασης, χωρίς να απαιτείται να δηλωθεί η αποδοχή στον προτείνοντα, αν μία τέτοια δήλωση δεν πρέπει σύμφωνα με τα συναλλακτικά ήθη να αναμένεται ή αν ο προτείνων παραιτήθηκε από αυτή. Το χρονικό σημείο κατά το οποίο η πρόταση αποσβέννυται καθορίζεται σύμφωνα με τη βούληση του προτείνοντα όπως αυτή συνάγεται από την πρόταση ή τις συντρέχουσες συνθήκες».

Όπως επισημαίνει χαρακτηριστικά η ΑΠ 457/1971 (NoB 1971, σελ. 1247), «η συνήθεια ή τις τηρείται εις επιχείρησιν τινα (επιχειρησιακή συνήθεια), δύναται να αποτελέση όρον της συμβάσεως εργασίας, **έλκουσα την υποχρεωτικήν ισχύν της εκ της σιωπηράς δηλώσεως βουλήσεων των μερών**». Σύμφωνα με τη νομολογία, «αυτό συμβαίνει και στην περίπτωση που ο εργοδότης, χωρίς προηγούμενη θετική υπόσχεση, κορηγεί συνεχώς στους μισθωτούς παροχές που δεν τις οφείλει, οπότε η αποδοχή των παροχών αυτών από τους τελευταίους δημιουργεί τη βάση της συμβατικής δεσμεύσεως και αφαιρεί από την άνω πράξη του εργοδότη τον χαρακτήρα της μονομερούς και ελευθέρως ανακλητής δηλώσεως βουλήσεως»³. Σε περίπτωση δε παράβασης της στηριζόμενης σε επιχειρησιακή συνήθεια υποχρέωσης του εργοδότη για καταβολή της παροχής, «γεννιέται, βάσει του αρ. 648 ΑΚ ευθεία αξίωση για απόληψή της από την εργασιακή σύμβαση και όχι από άλλη αιτία»⁴. Η επιχειρησιακή συνήθεια, επί της οποίας ο εργαζόμενος στηρίζει την αξίωσή του, θεωρείται επίκληση «πράγματος» κατά την έννοια του άρθρου 559 αρ. 8 ΚΠολΔ⁵.

¹ **Χ. Αγαλλόπουλος**, Εργατικόν Δίκαιον, Σχέσις Εργασίας, 1958, σελ. 73

² ΕΕργΔ 1990, σελ. 616, ΑΠ 1400/2007, ΔΕΕ 2008, 332

³ ΑΠ 337/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 869/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠΘεσο 6605/2015, ΕΕργΔ 2017, 834, ΑΠ 1263/2005, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1898/1988, ΔΕΝ 1989, σελ. 606

⁴ ΕφΑθ 7987/2000, ΕΛΛΔνη 2001, σελ. 476, ΕφΑθ 4503/1996, ΕΕργΔ 1997, σελ. 493, ΑΠ 52/1994, ΕΕργΔ 1995, σελ. 729

⁵ **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1994, σελ. 564

Για τους υποστηρικτές της συμβατικής θεωρίας κρίσιμο είναι αν οι εργαζόμενοι καλόπιστα εξέλαβαν την ομοιόμορφη, ανεπιφύλακτη και μακροχρόνια συμπεριφορά του εργοδότη ως δήλωση βούλησης, ως πρόταση του εργοδότη από την οποία θα προκύψει δικαιοπρακτική δέσμευση και για το μέλλον. Ακόμη και αν αυτή η πρόταση στην πράξη δεν υπάρχει, σύμφωνα με τη συμβατική θεωρία, εύλογα μπορεί να συνάγεται από τη σταθερή, μακροχρόνια και ομοιόμορφα επαναλαμβανόμενη μεταχείριση ζητημάτων της εκμετάλλευσης εκ μέρους του εργοδότη¹. Αυτό είναι ζήτημα ερμηνείας της συγκεκριμένης συμπεριφοράς και θα εξαρτηθεί από την εκτίμηση όλων των συνθηκών που τη συνοδεύουν (173, 200 AK, §§ 133, 157 BGB). Το γεγονός ότι ο εργοδότης ενδεχομένως να μην έχει πρόθεση, αλλά ούτε καν συνείδηση ότι με τη σταθερά επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά του είναι δυνατό να δεσμευθεί και για το μέλλον, δεν αποκλείει τη δικαιοπρακτική του δέσμευση. Διότι για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς του εργοδότη ως δήλωσης βούλησης κρίσιμο είναι όχι μόνο αν ο εργοδότης ενήργησε με ή χωρίς πρόθεση νομικής δέσμευσης, αλλά και αν οι εργαζόμενοι δικαιολογημένα, κατά την καλή πίστη, αντιλήφθηκαν τη συμπεριφορά αυτή ως δήλωση βούλησης, ο δε εργοδότης όφειλε και μπορούσε, καταβάλλοντας την απαιτούμενη στις συναλλαγές επιμέλεια, να διαγνώσει ότι η συγκεκριμένη συμπεριφορά του είναι δυνατό να θεωρηθεί από τους εργαζομένους ως πρότασή του να δεσμευθεί και για το μέλλον. Με άλλα λόγια, για τη συμβατική δέσμευση του εργοδότη σημασία δεν έχει μόνο το γεγονός, αν ο εργοδότης με τη σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του θέλησε πράγματι να δεσμευθεί απέναντι στους μισθωτούς της εκμετάλλευσης, αλλά και το γεγονός αν η συμπεριφορά αυτή του εργοδότη προκάλεσε στους μισθωτούς -κατ' αντικειμενική κρίση και σύμφωνα με την καλή πίστη- τη δικαιολογημένη πεποίθηση ότι πρόκειται για δεσμευτική δήλωση βούλησης². Την έλλειψη δηλ.

¹ **R. Waltermann**, RdA 2006, Heft 5, σελ. 260

² **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 39, 40, BAG AP 1,2,10 zu § 242 BGB, Betriebliche Übung AP 12 a.a.O., BetriebsBerater 83, 1283, AP 15 a.a.O., DB 84, AP 27 a.a.O., σταθερή νηλυ BAG, BAG 27.2.2019-5 AZR 354/18, BAG 16.1.2002 AP Nr. 56 § 242 BGB, BAG 16.9.1998 AP Nr. 54 zu § 242 BGB, BAG 13.12.2000-5 AZR 381/99. Σύμφωνα με την από 24.6.2003 απόφαση του BAG (9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145, 1147) «αποφασιστικό στοιχείο για τη δημιουργία αξίωσης από επιχειρησιακή συνήθεια δεν είναι η βούληση δέσμευσης του εργοδότη, αλλά το πώς ο αποδέκτης της δηλώσεως του εργοδότη (δηλ. ο εργαζόμενος) όφειλε και μπορούσε να αντιληφθεί τη δήλωση ή τη συμπεριφορά του εργοδότη σύμφωνα με την καλή πίστη λαμβανομένων υπ' όψη και όλων των συνυφασισμένων περιστάσεων».

της βούλησης ή της συνείδησης της βούλησης του εργοδότη αναπληρώνει η δυνατότητα να καταλογισθεί σ' αυτόν η συμπεριφορά του ως δικαιοπρακτική δήλωση βούλησης. Αυτή η αυστηρή εφαρμογή της συμβατικής θεωρίας έχει υποστηριχθεί ότι οδηγεί σε μία “extreme Vertragstheorie”¹ (ακραία συμβατική θεωρία).

Κατά τη συμβατική θεωρία, το γεγονός ότι η καταβολή συγκεκριμένων οικειοθελών παροχών σε **ορισμένους** μόνο εργαζομένους έγινε γνωστή στην επιχείρηση, δεν μπορεί να επεκτείνει τη δήλωση βούλησης του εργοδότη απέναντι σε άλλους εργαζομένους² που δεν έλαβαν την παροχή. Επίσης άλλες περιστάσεις όπως ο αριθμός των εργαζομένων που έλαβαν την παροχή σε σχέση με το σύνολο των εργαζομένων της επιχείρησης, το ύψος της παροχής κ.ο.κ. δεν έχουν σχέση με την ύπαρξη ή όχι δικαιοπρακτικής δήλωσης βούλησης. Αυτά τα θέματα παίζουν σημαντικό ρόλο για τη θεωρία της εμπιστοσύνης³, η οποία θα αναπτυχθεί στη συνέχεια.

Ας σημειωθεί ότι το 3ο Τμήμα του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού (BAG)⁴ έχει αφήσει ανοικτό το ζήτημα πώς η δεσμευτική ισχύς της πρακτικής της εκμετάλλευσης εντάσσεται στο αστικό δίκαιο. Στις συγκεκριμένες αποφάσεις το BAG έκρινε ότι είναι αδιάφορο αν η πρακτική αποτελεί τη βάση σιωπηρής συμφωνίας ή η δεσμευτική ισχύς της οφείλεται στην προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των μισθωτών. Το BAG⁵ επικαλείται ωστόσο τη διάταξη του άρθρου 151 του ΓερμΑΚ (= 193 ΑΚ), δηλ. τη διάταξη σύμφωνα με την οποία «η σύμβαση συντελείται με μόνη την αποδοχή της πρότασης, χωρίς να είναι ανάγκη να περιέλθει η αποδοχή στον προτείνοντα, όταν κατά τα συναλλακτικά ήθη δεν πρέπει να αναμένεται η δήλωση αποδοχής ή ο προτείνων έχει παραιτηθεί από αυτή». Το γεγονός αυτό σημαίνει ότι το ανώτατο δικαστήριο προσανατολίζεται μάλλον στη συμβατική θεωρία.

¹ **F. Gamillscheg**, Arbeitsrecht, Τόμος I, 2000, σελ. 38

² **W. Zöllner**, FS Canaris 2007, Betriebsübung und Vertrauenshaftung, σελ. 1527

³ **W. Zöllner**, FS Canaris 2007, Betriebsübung und Vertrauenshaftung, σελ. 1527

⁴ BAG 5.2.1971 BAGE 23, 213, AP Nr 10 zu § 242 BGB, BAG 30.10.1984, BAGE 47, 130, AP Nr 1 zu § 1 BetrAVG

⁵ BAG 19.9.2018, NZA 2019, 106, BAG 4.5.1999 - 10 AZR 290/98. Και κατά τον **Henssler** (Tarifbindung durch betriebliche Übung, 2004, σελ. 689) η στερεότυπη αυτή επίκληση από το BAG του άρθρου 151 γερμΑΚ συνηγορεί μάλλον υπέρ της θεωρίας της εμπιστοσύνης, αφού η διάταξη του άρθρ. 151 δεν παραιτείται από την ανάγκη να υπάρχει δήλωση αποδοχής της πρότασης, αλλά μόνο από την περιέλευση αυτής στον προτείνοντα.

Τα τελευταία χρόνια το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό υποστηρίζει σταθερά πλέον τη συμβατική θεωρία¹. Στη γερμανική θεωρία τέλος υποστηρίζεται η άποψη ότι όταν γενικά ελλείπει ή είναι αμφίβολη η βούληση δέσμευσης του εργοδότη και ο εργοδότης αρνείται την καταβολή παροχών, η οποία (καταβολή) ήταν σταθερή και μακροχρόνια στην επιχείρηση, έχει όμως δημιουργηθεί στους εργαζομένους η δικαιολογημένη πεποίθηση κατά την καλή πίστη ότι θα συνεχισθεί η καταβολή τους και στο μέλλον, τότε η άρνηση αυτή του εργοδότη αποτελεί απαγορευμένη αντιφατική συμπεριφορά (θεωρία της εμπιστοσύνης)².

3. Η θεωρία της εμπιστοσύνης-venire contra factum proprium nulli conceditur

Μία άλλη άποψη, την οποία υποστηρίζει σημαντικό μέρος της γερμανικής θεωρίας³, αναζητεί τον γενεσιουργό λόγο της πρακτικής στον εξωδικαιοπρακτικό χώρο. Ο δεσμευτικός χαρακτήρας της πρακτικής δεν οφείλεται στη σιωπηρή σύναψη ατομικών συμβάσεων, αλλά στο γεγονός ότι η σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη προκάλεσε την εμπιστοσύνη στους μισθωτούς ότι θα συνεχισθεί και στο μέλλον. Δηλαδή ο δεσμευτικός χαρακτήρας της πρακτικής στηρίζεται στον νόμο (§ 242 γερμΑΚ = αρ. 281, 288 ΑΚ), στη γνωστή από το ρωμαϊκό δίκαιο **απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς (του venire contra factum proprium)**⁴ και όχι στη βούληση των μερών. Με άλλα λόγια, ο δεσμευτικός χαρακτήρας της πρακτικής προκύπτει από το γεγονός ότι δεν επιτρέπεται η κατά παράβαση της καλής πίστης διάψευση της εμπιστοσύνης και η ανατροπή της ομοιόμορφης και σταθερής ρύθμισης. Η άποψη αυτή απορρίπτεται

¹ Ενδεικτικά BAG 19.9.2018, NZA 2019, 106, BAG 18.3.2009, NZA 2009, 601, BAG, 28.6.2006-10 AZR 385/05, BAG 28.9.2005, NZA 2006, 107, BAG 28.7.2004, NZA 2004, 1152, BAG 16.1.2002, NZA 2002, 632, BAG 18.9.2002, BB 2003, 795, **την οποία είχε ήδη δεχθεί το RAG με τις πρώτες σχετικές αποφάσεις** (RAG 15.6.1929, ARS 6, 203, RAG 28.6.1930, ARS 9, 357, RAG 22.11.1930, ARS 10, 539, 542).

² **H. Seiter**, Betriebsübung, 1967, σελ. 92 επ., **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 254 επ., **R. Richardi**, Anm 30.1.1970, AP Nr 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt, **R. Singer**, ZfA 1993, 487, 494 επ., **R. Singer**, FS Canaris, 2007, σελ. 1467 επ.

³ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, **A. Krämer**, Der Widerruf im Arbeitsrecht, 1995, 334, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, 89, **W. Hromadka**, NZA 1984, 245

⁴ **H. Seiter**, Betriebsübung, σελ. 93

τον δικαιοπρακτικό χαρακτήρα της πρακτικής, βασίζεται όμως, σε αντίθεση με την κανονιστική θεωρία, στις έννοιες που διαθέτει το αστικό δίκαιο για να εξηγήσει τη δεσμευτική ενέργεια της πρακτικής. Υποστηρίζεται η άποψη¹ ότι η θεωρία αυτή αποτελεί εξελικτική παραλλαγή της κρατούσας συμβατικής θεωρίας, διότι «αφ' ενός η βάση του προβληματισμού και αυτής της άποψης είναι τελικά η σιωπηρή, ομοιόμορφη και μακροχρόνια συμπεριφορά του εργοδότη (βουλευτικό στοιχείο), ενώ αφ' ετέρου και η συμβατική θεωρία στηρίζεται στον νόμο· πολλές φορές μάλιστα η νομολογία ρητά επικαλείται το αρ. 361 ΑΚ».

Η αρχή της εμπιστοσύνης, ως γνωστόν, αποτελεί βασική αρχή του δημοσίου δικαίου και πηγάζει από την αρχή της ασφάλειας δικαίου. Στο ιδιωτικό δίκαιο, η αρχή της εμπιστοσύνης θεωρείται ειδικότερη εκδήλωση της αρχής της καλής πίστης. Προστατεύεται βάσει αυτής η πίστη του συναλλασσόμενου σε διαμορφωμένες ήδη καταστάσεις, όπως συμβαίνει λ.χ. όταν ένα πρόσωπο δημιουργεί με τη συμπεριφορά του την πεποίθηση σε τρίτους ότι θα συνεχίσει να τηρεί αυτή τη συμπεριφορά. Η ευλόγως δημιουργηθείσα αυτή πεποίθηση και εμπιστοσύνη των τρίτων, τουλάχιστον όταν αυτοί είναι καλόπιστοι, προστατεύεται, με βάση την καλή πίστη και για λόγους ασφάλειας των συναλλαγών. Η αρχή της εμπιστοσύνης διαμορφώθηκε στο ιδιωτικό δίκαιο βάσει ειδικών διατάξεων του ΑΚ (π.χ. ΑΚ 281 αποδυνάμωση δικαιώματος) και σε συνδυασμό με την αρχή της καλής πίστης καταλαμβάνει και περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από ειδικές διατάξεις (η σιωπή ως δικαιοπρακτική συμπεριφορά, συναλλαγές με αχυρανθρώπους κ.ο.κ.)².

Η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς αντλεί τον δικαιολογητικό της λόγο από την αρχή της εμπιστοσύνης, δηλ. από μια θεμελιώδη γενική αρχή του δικαίου, η οποία, όπως αναφέραμε, διατρέχει όλη την έννομη τάξη³. Όπως και άλλες αρχές του δικαίου, έτσι και η αρχή της εμπιστοσύνης δεν διατυπώνεται ρητά σε συγκεκριμένες νομοθετικές διατάξεις, συνάγεται όμως έμμεσα από διάφορες ρυθμίσεις ή από τις λύσεις που έδωσε η νομολογία σε διάφορα

¹ **Γ. Τσατήρης**, ΕΕργΔ 1989, σελ. 658

² **Μ. Αυγουστιανάκη**, Λειτουργία των γενικών αρχών του δικαίου, ιδίως των αρχών της ισότητας, της ασφάλειας δικαίου και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου, (Με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 1508/2002), Δικαιώματα του Ανθρώπου, τόμος εκτός σειράς, Ι/2003, σελ. 153

³ **Δ. Ζερδελής**, Η αποδυνάμωση δικαιώματος στο εργατικό δίκαιο, σελ. 31 με περαιτέρω παραπομπές, **R. Singer**, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, σελ. 77

ζητήματα. Όπως ορθά επισημαίνεται¹, όχι μόνο το αίσθημα δικαίου, αλλά και η ασφάλεια των συναλλαγών θα υφίσταντο σημαντική προσβολή, αν η έννομη τάξη ανεχόταν την ανατροπή καταστάσεων, στις οποίες καλόπιστα εμπιστεύθηκαν τρίτοι και ρύθμισαν τις σχέσεις τους σύμφωνα με αυτές. Η προστασία της εμπιστοσύνης είναι θεσμοθετημένη στα άρθρα 311 § 2 εδ. 2 και § 3 εδ. 2 του ΓερμΑΚ, συγχρόνως όμως το αντικείμενο προστασίας και οι υποχρεώσεις που προκύπτουν από την αρχή της εμπιστοσύνης, οριοθετούνται από τις ενοχικές σχέσεις.

Ο γερμανικός ΑΚ προστατεύει την εμπιστοσύνη των συναλλασσομένων ακόμη κι αν δεν υπάρχει έγκυρη δικαιοπραξία². Κατά τον Canaris³ το σύστημα της προστασίας της εμπιστοσύνης λειτουργεί σε δύο φάσεις (ανάλογα με την αξία των παροχών που καταβάλλει οικειοθελώς ο εργοδότης). Κατ' αρχήν η προστασία της εμπιστοσύνης εκτείνεται τόσο, όσο απαιτεί το άξιο προστασίας συμφέρον του εργαζομένου. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η προστασία της εμπιστοσύνης κλιμακώνεται ανάλογα με τα εύλογα συμφέροντα του εργαζομένου που εμπιστεύθηκε τη συμπεριφορά του εργοδότη του. Για τέτοιες περιπτώσεις ο Canaris καθιέρωσε την έννοια του «αμετακλήτου της παροχής» (“Irreversibilität”). Για τον ίδιο αυτό λόγο το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό έχει κρίνει ότι η εμπιστοσύνη των συνταξιούχων της επιχείρησης στη συνέχιση της μακροχρόνιας επιχειρησιακής συνήθειας σε περίπτωση ασφαλιστικής κάλυψης ασθένειας είναι άξια προστασίας, διότι δημιουργήθηκε σ' αυτούς η δικαιολογημένη πεποίθηση ότι η συγκεκριμένη μετεργασιακή παροχή (Beihilfe) θα συνεχιστεί στο μέλλον, ενώ αν ανατραπεί η πρακτική αυτή δεν είναι πλέον δυνατό να συνάψουν εκ των υστέρων πρόσθετη ιδιωτική ασφάλιση⁴. **Η αρχή της εμπιστοσύνης συνδέεται, επομένως, άμεσα με την αρχή της αναλογικότητας.** Η δέσμευση του εργοδότη λόγω επιχειρησιακής συνήθειας υφίσταται κατά το μέτρο που ο εργαζόμενος δεν είναι πλέον σε θέση να

¹ **Γ. Μιχαηλίδης-Νουάρος**, Δύο θεμελιώδεις αρχές του δικαίου, η αρχή της συνεπούς συμπεριφοράς και η αρχή της αμοιβαιότητας, αφιέρωμα στον Αλ. Λιτζερόπουλο τόμ. Β, 1985, σελ. 129

² § 122 και § 179 Γερμ. ΑΚ.

³ Die Vertrauenshaftung im deutschen Arbeitsrecht, 1971, σελ. 5 επ., 291, 390 και 399 επ.

⁴ BAG 19.5.2005, AP Nr. 71 zu § 242 BGB Betriebliche Übung. Είναι γνωστό ότι οι ασφαλιστικές εταιρείες δεν δέχονται μετά από κάποιο όριο ηλικίας να συνάψουν ιδιωτική ασφάλιση.

προσαρμοσθεί σε μία κατάσταση ανατροπής της εμπιστοσύνης, σε μία δηλ. κατάσταση απώλειας των παροχών της επιχειρησιακής συνήθειας¹.

Επίσης για τον λόγο αυτό ο Bepler² χαρακτηρίζει την αρχή της εμπιστοσύνης και την αρχή της αναλογικότητας ως βασικά στοιχεία ενός μηχανισμού που μπορεί να δικαιολογήσει τη δέσμευση του εργοδότη. Επομένως αν δεχθούμε τη θεωρία της εμπιστοσύνης θα πρέπει να εξετάσουμε αν ο εργοδότης εν γνώσει του και κατά τρόπο καταλογιστό σ' αυτόν (zurechenbar) δημιούργησε στον εργαζόμενο την εύλογη αυτή κατάσταση εμπιστοσύνης (Vertrauenstatbestand) και αν η εμπιστοσύνη αυτή του εργαζομένου είναι άξια προστασίας. Εξ άλλου, σύμφωνα με τη θεωρία της εμπιστοσύνης, ο εργοδότης με την επί μακρόν καταβολή παροχών δεν θέλει να δημιουργήσει την πεποίθηση ότι θα συνεχίσει την καταβολή τους υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, αλλά μόνο ότι δεν θα διακόψει την καταβολή τους αυθαίρετα ή χωρίς λόγο. Δηλ. κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης η πεποίθηση (προσδοκία) του εργαζομένου ότι θα συνεχισθεί η καταβολή της παροχής στο μέλλον προστατεύεται εν όσω αυτή είναι δικαιολογημένη. Αν συντρέξουν περιστατικά, τα οποία δικαιολογούν κατά την καλή πίστη την άρση της εμπιστοσύνης αυτής, τότε η δημιουργηθείσα πεποίθηση δεν προστατεύεται. Έτσι μπορεί να υποστηριχθεί κανείς ότι κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης, τη δημιουργηθείσα επιχειρησιακή συνήθεια συνοδεύει πάντα μία **σύμφυτη επιφύλαξη** ότι η παροχή είναι δυνατόν να τροποποιηθεί στο μέλλον ή να καταργηθεί αν κατ' εξαίρεση συντρέξουν περιστατικά, τα οποία κατά καλή πίστη δικαιολογούν τη μεταβολή αυτή.

Αντιθέτως κατά τη συμβατική θεωρία³, στην επιχειρησιακή συνήθεια δεν ενυπάρχει επιφύλαξη ανάκλησης, αν δεν έχει ρητώς ή σιωπηρώς συμφωνηθεί. Δηλ. σύμφωνα με τη συμβατική θεωρία είναι δυνατόν να έχει συμφωνηθεί ρητά ή σιωπηρά δικαίωμα ανάκλησης της παροχής. Σιωπηρή επιφύλαξη ανάκλησης υπάρχει, όταν το δικαίωμα ανάκλησης προκύπτει από τις συνθήκες ή τους όρους υπό τους οποίους ο εργοδότης χορηγεί, κατά τη βούλησή του, την παροχή, προκύπτει δηλ. το δικαίωμα αυτό από τις συνθήκες καταβολής της οικειοθελούς παροχής. Από τα προηγούμενα συνάγεται ότι κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης

¹ R. Singer, FS Canaris, 2007 σελ. 1474

² K. Bepler, RdA 2004, σελ. 226, 237

³ A. Krämer, Der Widerruf im Arbeitsrecht, 1995, σελ. 334

επιτυγχάνεται καλύτερα στον χώρο των οικειοθελών παροχών η αναπροσαρμογή της επιχειρησιακής συνήθειας και η εναρμόνισή της με τις συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης. Τα πλεονεκτήματα της θεωρίας της εμπιστοσύνης αποδεικνύονται ιδίως στον χώρο των συνταξιοδοτικής φύσεως παροχών της επιχείρησης, όπου υφίστανται τέτοιες πολύ παλαιές παροχές και προκύπτει συχνά η ανάγκη αναπροσαρμογής τους.

Σε περίπτωση απλών και μικρής αξίας παροχών, είναι περιορισμένη η προστασία της εμπιστοσύνης όπως λ.χ. όταν παρέχεται δωρεάν μεταφορά στον χώρο εργασίας, δωρεάν χώρος πάρκινγκ, δωρεάν προσωπική χρήση ίντερνετ κ.ο.κ. Αντιθέτως σε περίπτωση μη αναστρέψιμων καταστάσεων η προστασία της εμπιστοσύνης είναι αυξημένη, διότι με την πάροδο του χρόνου η πραγματική και νομική κατάσταση γίνεται «αμετάκλητη». Αυτό ισχύει ιδίως για τη σύνταξη λόγω γήρατος. Όπου και εν όσω δεν είναι πλέον δυνατό να διαμορφώσουμε μία διαφορετική (συνταξιοδοτική) πρόνοια, κατά κανόνα δεν μπορεί να αξιώσει κανείς από τον εργαζόμενο μία ανατροπή της εμπιστοσύνης του. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση των συμπληρωματικών παροχών (Beihilfeleistungen), όταν αυτές παρείχοντο από τον εργοδότη σταθερά για μεγάλο χρονικό διάστημα και η καταβολή τους έχει αποτρέψει τους συνταξιούχους από το να αναζητήσουν μία εναλλακτική ασφάλιση υγείας¹. Για τον λόγο αυτό οι συνταξιούχοι² σε μία τέτοια περίπτωση είναι άξιοι προστασίας.

Ουσιαστική προστασία της εμπιστοσύνης παρέχεται ιδίως στην περίπτωση των όχι ασήμαντων παροχών, με βάση τις οποίες ο εργαζόμενος, με την πάροδο του χρόνου, έχει οργανώσει τη ζωή του. Συνήθως ο εργαζόμενος οργανώνει τη ζωή του σύμφωνα με το κάθε ευρώ που απολαμβάνει από την εργασία του, ώστε η εμπιστοσύνη του να είναι άξια προστασίας σε κάθε περίπτωση. Ο εργαζόμενος έχοντας ως βάση τις βασικές εισοδηματικές πηγές του, ιδίως παροχές που καταβάλλονται βάσει μιας μακράς επιχειρησιακής συνήθειας, οργανώνει τη ζωή

¹ BAG 19.5.2005, AP Nr. 71 zu § 242 BGB Betriebliche Übung «An υπάρχει μια μακροχρόνια επιχειρησιακή συνήθεια, βάσει της οποίας εργαζόμενοι και συνταξιούχοι της επιχείρησης λαμβάνουν τέτοιες πρόσθετες παροχές, είναι προφανές, ότι και οι δύο αυτές ομάδες ρυθμίζουν τη ζωή τους σύμφωνα με αυτές».

² Είναι ευνόητο ότι οι συμπληρωματικές αυτές παροχές είχαν θεσμοθετηθεί και υλοποιούντο από τον εργοδότη με την καταβολή εισφορών κατά τη διάρκεια της εργασιακής σχέσης, ενόσω δηλ. οι συνταξιούχοι ήταν εν ενεργεία εργαζόμενοι. Συνεπώς δεν πρόκειται για παροχές προς συνταξιούχους αλλά προς εργαζομένους, είναι δηλ. παροχές μετεργασιακής μέριμνας.

του και επωμίζεται έξοδα για να εξασφαλίσει τα προς το ζην της οικογένειάς του. Η διάψευση της εμπιστοσύνης του αυτής με την ανατροπή της επιχειρησιακής συνήθειας, χωρίς αυτό να δικαιολογείται από υπέρτερα συμφέροντα του εργοδότη, δεν επιτρέπεται. Σ' αυτές τις περιπτώσεις θα πρέπει να προτιμάται μία σταδιακή προσαρμογή του εργαζομένου στη διακοπή της παροχής -εφ' όσον υφίστανται αντικειμενικοί λόγοι- πριν ο εργοδότης περικόψει τις εν λόγω παροχές¹.

Γίνεται λοιπόν σαφές ότι η μεγάλη διαφορά μεταξύ συμβατικής θεωρίας και θεωρίας της εμπιστοσύνης συνίσταται στο ότι η συμβατική θεωρία θεμελιώνει την επιχειρησιακή συνήθεια στη σιωπηρή συμφωνία των μερών και αποσκοπεί στην εκπλήρωση της σύμβασης σε κάθε περίπτωση (*pacta sunt servanda*), ενώ η θεωρία της εμπιστοσύνης θεμελιώνει τη δεσμευτικότητά της στην απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς και στην αποκατάσταση της ζημίας που προκύπτει από τη διάψευση της εμπιστοσύνης (*auf den Ersatz des Vertrauensschadens*)².

Απαραίτητα στοιχεία για τη δέσμευση του εργοδότη είναι τα εξής: α) η συμπεριφορά του εργοδότη πρέπει να είναι κατ' αντικειμενική κρίση κατάλληλη και ικανή να δημιουργήσει στους μισθωτούς βάση εμπιστοσύνης ότι θα συνεχισθεί και στο μέλλον, β) ο εργοδότης πρέπει να γνωρίζει ή από αμέλεια να αγνοεί το γεγονός αυτό και γ) οι μισθωτοί της εκμεταλλεύσεως πρέπει πράγματι να εμπιστεύθηκαν καλοπίστως τη συμπεριφορά του εργοδότη και να διαμόρφωσαν τις σχέσεις τους σύμφωνα με την πεποίθηση αυτή. Εφ' όσον συντρέχουν αυτές οι προϋποθέσεις, η εμπιστοσύνη των μισθωτών στη συμπεριφορά του εργοδότη είναι δικαιολογημένη, είναι άξια προστασίας και

¹ **R. Singer**, FS Canaris, 2007 σελ. 1477. Κατά τη γερμανική νομολογία η οικονομική κατάσταση της επιχείρησης δεν είναι αντικειμενικός λόγος για την ανάκληση μιας συνταξιοδοτικής παροχής που χορηγεί η επιχείρηση («Die wirtschaftliche Notlage ist kein sachlicher Grund für den Widerruf einer Betriebsrente») BAG 31.7.2007-3 AZR 372/06

² Επίσης η ελληνική νομολογία χαρακτηρίζει ως «**διαφέρον εμπιστοσύνης**» ή «**διαφέρον διάψευσης εμπιστοσύνης**» τη ζημία που προκαλείται κατά τις διαπραγματεύσεις στο μέρος που πίστεψε καλοπίστως στην επικείμενη κατάρτιση της σύμβασης. Δηλ. ο συμβαλλόμενος, ο οποίος -μη τηρώντας κατά τις διαπραγματεύσεις τη συμπεριφορά που επιβάλλουν η καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη- ματαιώνει την κατάρτιση της σύμβασης, είναι υποχρεωμένος να ανορθώσει τη ζημία που υπέστη ο αντισυμβαλλόμενος του επειδή πίστεψε καλοπίστως στην επικείμενη σύναψη της σύμβασης, βλ. ΑΠ 1302/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 197/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1242/2005 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

αποτελεί τον νομικό λόγο για τη δημιουργία πρακτικής¹. Έτσι η πρακτική της εκμετάλλευσης εμφανίζεται ως αντίποδας της αποδυνάμωσης δικαιώματος. Ενώ δηλ. η αποδυνάμωση (Verwirkung) έχει ως συνέπεια την απώλεια, την απόσβεση του δικαιώματος, η πρακτική οδηγεί στη γένεση, στη δημιουργία ενός δικαιώματος (Erwirkung)². Και οι δύο όμως θεσμοί έχουν την ίδια αξιολογική βάση: την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των συναλλασσομένων, που προκαλεί η συμπεριφορά ενός άλλου προσώπου. Και οι δύο θεσμοί προστατεύουν τη δικαιολογημένη προσδοκία συνεπούς συμπεριφοράς, την εμπιστοσύνη ότι το άλλο μέρος θα τηρήσει και στο μέλλον την ίδια συμπεριφορά³.

Κατά τους οπαδούς της θεωρίας της εμπιστοσύνης, για τη δέσμευση του εργοδότη από επιχειρησιακή συνήθεια δεν έχει σημασία η βούληση του εργοδότη. Το στοιχείο αυτό διαφοροποιεί σημαντικά τη θεωρία της εμπιστοσύνης από τη συμβατική θεωρία. Κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης για τη δέσμευση του εργοδότη αρκεί η δυνατότητα καταλογισμού σε αυτόν της εμπιστοσύνης που προκάλεσε με τη συμπεριφορά του στους εργαζομένους, την ανατροπή της οποίας (εμπιστοσύνης) επιδιώκει ο εργοδότης εκ των υστέρων. Με άλλα λόγια η θεωρία της εμπιστοσύνης δεν δέχεται ότι η συμπεριφορά του εργοδότη, που αποτελεί τον πυρήνα της πρακτικής, έχει το νόημα που της αποδίδει η συμβατική θεωρία, ότι δηλ. η συμπεριφορά αυτή, αντικειμενικά εκτιμώμενη, εκφράζει δικαιοπρακτική βούληση. Δηλ. από τη θεωρία της εμπιστοσύνης αμφισβητείται όχι μόνο η ύπαρξη στο πρόσωπο του εργοδότη του υποκειμενικού στοιχείου της βούλησης ή της συνείδησης της δήλωσης (Erklärungswille ή Erklärungsbewusstsein), αλλά και η ύπαρξη του «αντικειμενικού στοιχείου» της δήλωσης βούλησης (objektiver Erklärungstatbestand). Τον λόγο της δεσμευτικότητας της πρακτικής βλέπει η παραπάνω άποψη όχι στην αξιολόγηση της συμπεριφοράς του εργοδότη (μέσω των κανόνων ερμηνείας) ως πρότασης, η αποδοχή της οποίας οδηγεί στη σύναψη σιωπηρής συμφωνίας, αλλά στην προστασία της εμπιστοσύνης των εργαζομένων ότι η μακροχρόνια, ομοιόμορφη

¹ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό εργατικό δίκαιο, 2011, σελ. 21, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2019, σελ. 242

² **STAUDINGER/Richardi/Fischinger**, 2011, § 611, Rn 468, σελ. 491, **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, σελ. 387 επ.

³ **Δ. Ζερδελής**, ό.π., σελ. 242 επ.

και ανεπιφύλακτη συμπεριφορά του εργοδότη θα συνεχισθεί και στο μέλλον. Η αυθαίρετη διακοπή από τον εργοδότη της παροχής, την οποία για σημαντικό χρονικό διάστημα κατέβαλλε σταθερά, ομοιόμορφα και ανεπιφύλακτα στο προσωπικό, συνιστά **αντιφατική συμπεριφορά**, η οποία προσκρούει στις επιταγές της καλής πίστης, επειδή διαψεύδει τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των εργαζομένων στη συνέχιση της συγκεκριμένης πρακτικής και ανατρέπει μια κατάσταση με επαχθείς γι' αυτούς συνέπειες. Η δέσμευση αυτή και η αντίστοιχη ευθύνη του εργοδότη πηγάζουν από τον νόμο (ΑΚ 281, 288) και όχι από τη βούληση των μερών.

Το γεγονός ότι η προστασία της εμπιστοσύνης των εργαζομένων και όχι η βούληση του εργοδότη είναι ο γενεσιουργός λόγος της πρακτικής, προκύπτει - κατά μία άποψη- και από αυτή τη συμβατική θεωρία, η οποία δεν αναγνωρίζει στον εργοδότη το δικαίωμα να ακυρώσει λόγω πλάνης τη συμβατική του δέσμευση¹. Πράγματι κατά τη συμβατική θεωρία, η επανειλημμένη και ομοιόμορφη καταβολή μιας παροχής λόγω πλάνης του εργοδότη ως προς την πραγματική νομική κατάσταση, δεν οδηγεί στη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής² και έτσι δεν προκύπτει ζήτημα ακύρωσής της λόγω πλάνης.

Κατά τους οπαδούς της θεωρίας της εμπιστοσύνης, εάν εφαρμοζόταν με συνέπεια η συμβατική θεωρία, θα έπρεπε κατ' αρχήν να έχει ο εργοδότης τη δυνατότητα να ακυρώνει λόγω πλάνης την επιχειρησιακή συνήθεια³. Τη δυνατότητα όμως αυτή αρνούνται οι οπαδοί της συμβατικής θεωρίας, οι οποίοι υποστηρίζουν ότι ο εργοδότης, καταβάλλοντας την παροχή λόγω πλάνης, δεν εκφράζει δικαιοπρακτική βούληση και, συνεπώς, δεν μπορεί να δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια.

Πρέπει όμως να παρατηρήσει κανείς ότι η ακύρωση μιας δικαιοπραξίας λόγω πλάνης κατά τον ΑΚ δεν είναι πάντα δυνατή και αποκλείεται, όταν η ακύρωση αντιβαίνει στην καλή πίστη (αρθρ. 144 περ. 2 ΑΚ). Σύμφωνα με την ΑΚ 144 περ. 2 «η δικαιοπραξία δεν ακυρώνεται λόγω πλάνης αν η ακύρωση αντιβαίνει στην

¹ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 22, **W. Zöllner**, FS Canaris 2007, Betriebsübung und Vertrauenshaftung, σελ. 1525, **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, σελ. 427

² Το ίδιο δέχεται και ο **Αλ. Καρακατσάνης**, ο οποίος υποστηρίζει την κανονιστική θεωρία (Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, σελ. 271).

³ Βλ. **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 91

καλή πίστη». Η διάταξη αυτή είναι μία εκδήλωση της αρχής της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης¹ και σκοπό έχει να αποκλείσει την ακύρωση της δικαιοπραξίας, όταν η ακύρωση θα κατέληγε σε ανεπιεική αποτελέσματα για τον αντισυμβαλλόμενο που εμπιστεύθηκε καλοπίστως την πρόταση του άλλου μέρους. Επομένως η αρχή της βούλησης δεν ισχύει απεριορίστα στο ελληνικό δίκαιο, αλλά περιορίζεται όπου αυτό επιβάλλεται από το υπέρτερο συμφέρον του αντισυμβαλλομένου ή από την ανάγκη προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του προσώπου στο οποίο απευθύνεται η δήλωση βουλήσεως. Είναι προφανές ότι ο ΑΚ δεν ακολουθεί αποκλειστικώς τη θεωρία της βούλησης· αντιθέτως την υποβάλλει σε σοβαρούς περιορισμούς χάριν της ασφάλειας των συναλλαγών² και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Έτσι η βούληση δήλωσης δεν είναι πάντα αναγκαίο στοιχείο για να υπάρχει μία έγκυρη και δεσμευτική δήλωση βούλησης· αντιθέτως είναι δυνατόν να υπάρχει δεσμευτική δήλωση βούλησης, έστω και αν η δήλωση αυτή δεν στηρίζεται σε μία αληθή (άνευ πλάνης) βούληση δήλωσης³. Αρκεί βέβαια στην τελευταία περίπτωση η δήλωση βούλησης να μπορεί να καταλογισθεί στον προτείνοντα (στην προκειμένη περίπτωση στον εργοδότη). Καταλογιστή ως δήλωση βούλησης είναι η συμπεριφορά όταν ο προτείνων (εδώ ο εργοδότης) έπρεπε και μπορούσε, καταβάλλοντας ορισμένη προσοχή και επιμέλεια, να έχει αντιληφθεί ότι οι τρίτοι (οι εργαζόμενοι) είναι δυνατόν να θεωρήσουν τη συμπεριφορά του ως δήλωση βούλησης⁴.

Από τα προηγούμενα συνάγεται ότι η προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης παίζει σημαντικό ρόλο και στον χώρο των δικαιοπραξιών⁵. Κατά την ερμηνεία της δηλώσεως βουλήσεως πρέπει να γίνεται κατά τον ΑΚ

¹ **Εμμ. Μικελάκης**, ΕρμΑΚ, Εισαγ. αρθρ. 127-200, αριθμ. 108

² **Ν. Παπαντωνίου**, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, 3^η εκδ., σελ. 293, βλ. και **Αλ. Λιτζερόπουλος**, Τα άρθρα 173 και 200 ΑΚ και η αναιρέσις για ψευδή ερμηνείαν δικαιοπραξίας, Τιμητικός Τόμος του ΑΠ, 1963, σελ. 542

³ Πρβλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Περί της μεθόδου ερμηνείας της δηλώσεως βουλήσεως, ΝΔικ 1969, σελ. 6, **Ν. Παπαντωνίου**, Γεν. Αρχές, 3^η εκδ., σελ. 293

⁴ **Ν. Παπαντωνίου**, Γεν. Αρχές, 3^η εκδ., σελ. 293/294

⁵ Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Περί της μεθόδου ερμηνείας της δηλώσεως βουλήσεως, ΝΔικ 1969, σελ. 9 επ., **Εμμ. Μικελάκη**, ΕρμΑΚ, Εισαγ. αρθρ. 197-200, αριθμ. 108, Γ. Λεβέντη, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 39, Δ. Ζερδελή, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, σελ. 26, **F-J. Säcker**, NoB 1989, σελ. 231 επ.

συνδυασμός υποκειμενικών και αντικειμενικών κριτηρίων¹. Η δήλωση βουλήσεως γίνεται αντιληπτή από τον προς τον απευθύνεται και ερμηνεύεται όχι μόνο με υποκειμενικά στοιχεία (όπως δηλ. την εννοούσε ο δηλών εργοδότης) αλλά και με βάση αντικειμενικά στοιχεία (όπως δηλ. κατά καλή πίστη θα μπορούσε να την ερμηνεύσει και κατανοήσει ο μισθωτός). Η συναγωγή των εννόμων συνεπειών από μια δήλωση βούλησης δεν εξαρτάται μόνο από τη βούληση του δηλούντος, αλλά και από το πώς η δήλωση αυτή γίνεται αντιληπτή κατά καλή πίστη και δημιουργεί μία δικαιολογημένη εμπιστοσύνη στο πρόσωπο που απευθύνεται. Η δήλωση βουλήσεως έχει διττή λειτουργία, από τη μια συνιστά μέσο πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας, δηλ. πράξη αυτοδιάθεσης και από την άλλη πράξη «διαπροσωπικής, κοινωνικής επικοινωνίας»², συνιστά δηλ. μια πράξη κοινωνικής ευθύνης έναντι των προσώπων με τα οποία κανείς συναλλάσσεται. Ο Waltermann, αν και οπαδός της συμβατικής θεωρίας, υποστηρίζει -σε αντίθεση με τους λοιπούς οπαδούς της συμβατικής θεωρίας- ότι δεν υπάρχει νομικό επιχείρημα το οποίο δικαιολογεί να αρνηθούμε στον εργοδότη τη δυνατότητα να ακυρώσει λόγω πλάνης τη συμβατική του δέσμευση³. Η ανάπτυξη όμως που προηγήθηκε καταδεικνύει, κατά τη γνώμη μας, ότι στην περίπτωση της επιχειρησιακής συνήθειας επιβάλλεται η προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των εργαζομένων και για τον λόγο αυτό πρέπει να αποκλείεται, στις περισσότερες των περιπτώσεων, η δυνατότητα ακύρωσης της συμβατικής σχέσης που έχει δημιουργηθεί με βάση την επιχειρησιακή συνήθεια. Πράγματι η ακύρωση της δικαιοπρακτικής δήλωσης που συνήγαγαν οι εργαζόμενοι από την έμπρακτη συμπεριφορά του εργοδότη (π.χ. από την καταβολή της παροχής), την οποία καλοπίστως εμπιστεύθηκαν, οδηγεί σε πολύ ανεπιεική⁴ για τους εργαζομένους αποτελέσματα, αφού επιφέρει αναδρομική ανατροπή και κατάργηση της συμβατικής δέσμευσης (184 ΑΚ), γεγονός που

¹ **Γ. Μπαλής**, Γενικά Αρχαί, 8^η εκδ., σελ. 242 επ., § 88, **Μ. Σταθόπουλος**, ΝΔικ 1969, σελ. 9 επ.

² Akt zwischenmenschlicher, sozialer Kommunikation, **Laretz**, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7^η εκδ., 1989, σελ. 335, **Σταθόπουλος**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, αρθρ. 200 αριθμ. 20

³ **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ. 265

⁴ Βλ. **Δ. Ζερδελή**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, σελ. 40, **F-J. Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, σελ. 486

αντίκειται στην καλή πίστη. Εύλογα λοιπόν η συμβατική θεωρία δεν αναγνωρίζει στον εργοδότη δικαίωμα ακύρωσης της επιχειρησιακής συνήθειας λόγω πλάνης¹.

4. Αξιολόγηση των θεωριών

Από την μέχρι τώρα ανάπτυξη γίνεται σαφές, ότι η συζήτηση σήμερα για τη νομική φύση της πρακτικής διεξάγεται μεταξύ της συμβατικής θεωρίας και της θεωρίας της εμπιστοσύνης, αφού η κανονιστική θεωρία έχει πλέον εγκαταλειφθεί. Και οι δύο αυτές θεωρίες, ακολουθώντας διαφορετική οδό η καθεμία, προστατεύουν τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των εργαζομένων, την οποία προκάλεσε ο εργοδότης με τη συμπεριφορά του, που για ικανό χρονικό διάστημα τήρησε ομοιόμορφα και ανεπιφύλακτα². Η επιφύλαξη που τυχόν διατυπώνει ο εργοδότης κατά τη χορήγηση της παροχής, δεν επιτρέπει, κατά τη συμβατική θεωρία, να ερμηνεύεται η συμπεριφορά αυτή του εργοδότη ως δεσμευτική για το μέλλον δήλωση βούλησης, ενώ, κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης, η επιφύλαξη του εργοδότη εμποδίζει τη δημιουργία μιας βάσης «πραγματικού εμπιστοσύνης»³.

Κατά μία άποψη⁴ όλες οι θεωρίες αναφορικά με τη νομική φύση της πρακτικής στηρίζουν, έστω εν μέρει, την υποχρέωση του εργοδότη να συνεχίσει να επιδεικνύει και στο μέλλον την ίδια συμπεριφορά, στην ανάγκη προστασίας της εμπιστοσύνης των εργαζομένων. Άλλως αν δεν λάβουν υπ' όψη τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των εργαζομένων, δεν μπορούν να δικαιολογήσουν τη νομική δέσμευση του εργοδότη να χορηγεί την παροχή και στο μέλλον. Αυτό -κατά τον Maties- όλες οι θεωρίες το παραδέχονται, άλλες περισσότερο και άλλες λιγότερο.

¹ Ας σημειωθεί ότι υποστηρίζεται ότι λόγω του διαρκούς χαρακτήρα της έννομης σχέσης εργοδότη-εργαζομένου και της επιείκειας προς τον εργαζόμενο, η αγωγή ακυρώσεως λόγω πλάνης του εργοδότη δεν ενεργεί αναδρομικά αλλά αναπτύσσει ισχύ μόνον για το μέλλον, βλ. **Δ. Λαδά**, Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, 2021, σελ. 271.

² **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 244

³ Vertrauenstatbestand

⁴ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, 109

Σύμφωνα με εκείνους που αμφισβητούν τη συμβατική θεμελίωση της επιχειρησιακής συνήθειας, η συμβατική θεωρία δεν εξηγεί πειστικά για ποιό λόγο ο εργοδότης δεσμεύεται και έναντι προσώπων, στα οποία ακόμη δεν έχει εκδηλώσει την ίδια συμπεριφορά, π.χ. έναντι των νεοπροσλαμβανομένων¹, αλλά και έναντι των ήδη απασχολούμενων στην επιχείρηση, όταν πρόκειται για παροχές που χορηγούνται εφ' άπαξ² σε κάθε εργαζόμενο μετά τη συμπλήρωση κάποιων προϋποθέσεων ή επ' ευκαιρία συγκεκριμένου εξωτερικού και άσχετου με την εργασία γεγονότος. Για παράδειγμα εκφράζεται η απορία, πώς είναι δυνατόν να δεσμεύεται ο εργοδότης έναντι κάθε αποχωρούντος εργαζομένου στην καταβολή εφ' άπαξ πρόσθετης αποζημίωσης, όταν η αποζημίωση αυτή χορηγείται στον καθένα μόνο μία φορά και άρα ούτε διάρκεια ούτε επανάληψη υπάρχει.

Ειδικότερα η δέσμευση από την πρακτική αμφισβητείται περισσότερο όσον αφορά τους νεοπροσλαμβανόμενους³, για τους οποίους δεν είναι δυνατό να γίνει λόγος για δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, αφού μέχρι την πρόσληψή τους δεν ανήκουν καν στην επιχείρηση κι έτσι δεν θα μπορούσε να συντρέχει ως προς αυτούς η προϋπόθεση της ομοιόμορφης, μακροχρόνιας και επαναλαμβανόμενης συμπεριφοράς. Η συμβατική θεωρία αφήνει ανοικτό το ερώτημα αν αρκεί, προκειμένου να εξαιρεθούν οι νεοπροσλαμβανόμενοι από την παροχή, μία ανακοίνωση του εργοδότη προς κάθε νεοπροσλαμβανόμενο, κατά τη σύναψη σύμβασης εργασίας, ότι δεν ισχύει ως προς αυτόν η υφιστάμενη επιχειρησιακή συνήθεια, ή αν απαιτείται κατάργηση της υφιστάμενης στην εκμετάλλευση επιχειρησιακής συνήθειας ανάλογα με τον χρόνο πρόσληψης⁴. Με το θέμα αυτό θα ασχοληθούμε αναλυτικότερα παρακάτω.

Επί πλέον ένα ακόμη σημαντικό μειονέκτημα της συμβατικής θεωρίας είναι το γεγονός ότι θεμελιώνεται, τουλάχιστον εν μέρει, σε υποθέσεις, σε πλάσματα δικαίου⁵. Πράγματι, όπως έχουμε ήδη εκθέσει, οι υποστηρικτές της συμβατικής

¹ **A. Καρακατσάνης**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 424 § 683

² BAG 28.5.2008-10 AZR 274/07, NZA 2008, σελ. 941, BAG 27.6.2001-10 AZR 488/00, NZA 2002, σελ. 54. Είναι γνωστό ότι μπορεί να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια και στην περίπτωση της **εφ' άπαξ** χορήγησης παροχών.

³ **Björn Ken Braun**, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 56

⁴ **K. Bepler**, Die "zweifelhafte Rechtsquelle" der betriebliche Übung, RdA 2005, Heft 6, σελ. 324

⁵ **Hromadka-Maschmann**, Arbeitsrecht Band 1, 2^η εκδ., σελ. 168, MünchArbR/**Richardi**, 2^η εκδ., § 13 Rn 16

θεωρίας θεωρούν ως δεδομένη μία δήλωση βούλησης (πρόταση προς κατάρτιση σύμβασης), η οποία στην πραγματικότητα δεν υπάρχει, αλλά συνάγεται σιωπηρώς από τη συμπεριφορά του εργοδότη, λαμβανομένων υπόψη και των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης. Πέρα από αυτό, δέχονται ότι πίσω από τη δήλωση βούλησης υφίσταται και αντίστοιχη βούληση δέσμευσης, η οποία οδηγεί σε νομική δέσμευση του εργοδότη. Ωστόσο οι οπαδοί της συμβατικής θεωρίας δεν εξετάζουν, όπως έχουμε ήδη αναφέρει, αν από την ομοιόμορφη και επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά του εργοδότη συνάγεται πράγματι μία βούληση δέσμευσης του εργοδότη, αλλά **υποθέτουν** την ύπαρξή της, αρκούμενοι στο γεγονός ότι ο εργαζόμενος αποκόμισε μια τέτοια εντύπωση¹. Το γεγονός αυτό είναι το αδύνατο σημείο της συμβατικής θεωρίας, διότι προσκρούει πράγματι στην αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας², κύρια μορφή εκδήλωσης της οποίας αποτελεί η αρχή της συμβατικής ελευθερίας (AK 361)³, το να παράγεται δηλ. συμβατική δέσμευση χωρίς να έχει διαπιστωθεί προηγουμένως η ύπαρξη δικαιοπρακτικής βούλησης δεσμεύσεως. Εξ αιτίας των αδυναμιών αυτών της συμβατικής θεωρίας έχει υποστηριχθεί ότι η επιχειρησιακή συνήθεια αποτελεί «ξένο σώμα» στη δογματική του αστικού δικαίου⁴.

Ο Canaris⁵ και ο Gamillscheg⁶, επικριτές της συμβατικής θεωρίας, υποστηρίζουν ότι είναι αδιανόητο και αντίθετο στην κοινή πείρα και λογική να υπάρχει βούληση του εργοδότη να καταβάλλει οικειοθελείς παροχές για αόριστο χρόνο στο μέλλον. Οι παραπάνω συγγραφείς θεωρούν ως απίθανο το γεγονός να υπάρχει βούληση του εργοδότη να δεσμευθεί επ' αόριστον για το μέλλον, χωρίς συγχρόνως να έχει εκφράσει με κάποιο ιδιαίτερο τρόπο ο εργοδότης τη βούλησή του αυτή και χωρίς να έχει επιδείξει τη «γενναιοδωρία» του αυτή με κάποιο σαφή τρόπο στους εργαζομένους. Την ίδια άποψη υποστηρίζει και ο Hromadka⁷. Για τους λόγους αυτούς οι συγκεκριμένοι συγγραφείς υποστηρίζουν ότι οι εργαζόμενοι δεν μπορούν να εκλάβουν τη συμπεριφορά του εργοδότη ως

¹ STAUDINGER/**Richardi/Fischinger** (2011), § 611 Nr. 467

² **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, σελ. 427, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 86, **M. Henssler**, FS 50 Jahre BAG, 2004, 683 (687), STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, ό.π.

³ **A. Γεωργιάδης**, Σύντομη Ερμηνεία του AK I, 2010, σελ. 711

⁴ **M. Henssler**, Tarifbindung durch betriebliche Übung, σελ. 691

⁵ **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung, σελ. 258

⁶ **F. Gamillscheg**, FS für Hilger/Stumpf, σελ. 239

⁷ **W. Hromadka**, DB 2004, 1261 (1263)

έκφραση δικαιοπρακτικής βούλησης. Ο Waltermann¹, αντιθέτως, υποστηρίζει ότι ο εργοδότης γνωρίζει πολύ καλά ότι η συμπεριφορά του είναι νομικά σημαντική κάθε φορά που καταβάλλει μία παροχή προς τους εργαζομένους. Κατά την άποψή του θα πρέπει η συνείδηση της δήλωσης του εργοδότη να ταυτίζεται με τη δικαιοπρακτική του βούληση.

Ο Thüsing², επικριτής επίσης της συμβατικής θεωρίας, στηρίζει την επιχειρηματολογία του στην αντίθετη πρακτική, δηλ. στην πρακτική η οποία τροποποιεί ή καταργεί μία προηγούμενη πρακτική (“gegenläufige betriebliche Übung”). Βασιζόμενος στη νομολογία του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού (BAG), σύμφωνα με την οποία είναι δυνατή η τροποποίηση ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας και η αντικατάστασή της από νεότερη αντίθετη επιχειρησιακή συνήθεια, υποστηρίζει ο Thüsing ότι εφ’ όσον η αντίθετη επιχειρησιακή συνήθεια γίνεται αποδεκτή από το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό ως μέσο με το οποίο μπορεί να τροποποιηθεί ή καταργείται μια προηγούμενη επιχειρησιακή συνήθεια, τότε θα πρέπει το Γερμανικό Ακυρωτικό και η συμβατική θεωρία, για να είναι συνεπείς με τον εαυτό τους, να δέχονται την επιχειρησιακή συνήθεια και ως μέσο με το οποίο μπορεί να τροποποιηθεί ή καταργείται και κάθε όρος προηγούμενης ατομικής σύμβασης εργασίας. Κάτι τέτοιο όμως δεν γίνεται δεκτό από το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό, το οποίο δεν εξηγεί για ποιο λόγο δεν μπορεί η αντίθετη πρακτική να καταργήσει άλλες ατομικές συμφωνίες. Γενικότερα, η συμβατική θεωρία (με εξαίρεση το Γερμανικό Ακυρωτικό) δεν δέχεται ότι είναι δυνατή η δημιουργία μιας αντίθετης πρακτικής μέσω της αποδοχής εκ μέρους των εργαζομένων μιας δυσμενούς εργοδοτικής πρότασης, ακόμη και με επίκληση του άρθρου 151 BGB (AK 193). Διότι -κατά τη συμβατική θεωρία- σύμφωνα με τα συναλλακτικά ήθη δεν είναι αναμενόμενο ότι ο εργαζόμενος θα αποδέχεται σιωπηρά μία δυσμενή πρόταση του εργοδότη³ για μεταβολή υφιστάμενης πρακτικής.

¹ **R. Waltermann**, RdA 2006, σελ. 260 «man würde bei dieser Annahme Erklärungs-bewusstsein und Geschäftswillen in eins setzen»

² **G. Thüsing**, NZA 2005, 718 (720)

³ **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ. 257 επ. (260 επ.). Βλ. και **M. Henssler**, 50 Jahre BAG, 2004, σελ. 692 επ., **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, σελ. 371 επ., **Björn Kern Braun**, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 21-22

Από την άλλη πλευρά οι οπαδοί της συμβατικής θεωρίας προσάπτουν στη θεωρία της εμπιστοσύνης ότι δεν αποδίδει τη δέουσα προσοχή στη συμπεριφορά του εργοδότη ούτε επιχειρεί να την ερμηνεύσει με αντικειμενικά στοιχεία, αλλά πολύ εύκολα την προσπερνά και αρκείται στο γεγονός ότι ο εργαζόμενος εμπιστεύθηκε τη συμπεριφορά του εργοδότη δικαιολογημένα. Κατά την άποψη αυτή, κρίσιμη είναι η συμπεριφορά του εργοδότη και η σιωπηρή δήλωση βούλησης που περιέχει, η οποία δεν πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με τις υποκειμενικές αντιλήψεις του αποδέκτη της συμπεριφοράς αυτής αλλά κατά αντικειμενικό τρόπο. Μέσω της αντικειμενικής αυτής **ερμηνείας** θα προκύπτει αν από την ομοιόμορφη και σταθερή επανάληψη της παροχής συνάγεται μία βούληση δέσμευσης του εργοδότη για το μέλλον, ενώ η αόριστη υπόθεση (που προβάλλει η θεωρία της εμπιστοσύνης) ότι ο εργοδότης θέλει να αποφύγει μία δέσμευση και περιορίζεται απλά σε μία πραγματική παροχή δεν βοηθά στη διερεύνηση της βούλησής του.

Επί πλέον ο Björn Ken Braun¹ επικρίνει τη θεωρία της εμπιστοσύνης επειδή δεν λαμβάνει καθόλου υπ' όψη την εμπιστοσύνη από την πλευρά του εργοδότη.

Παρά το γεγονός ότι στις περισσότερες περιπτώσεις η συμβατική θεωρία και η θεωρία της εμπιστοσύνης καταλήγουν στις ίδιες λύσεις, δεν παύουν να υπάρχουν μεταξύ τους ουσιαστικές διαφορές, όπως π.χ. στο ζήτημα δημιουργίας δεσμευτικής πρακτικής για παροχές που χορηγεί ο εργοδότης από πλάνη² και κυρίως στον τρόπο μεταβολής ή κατάργησης της πρακτικής. Όσον αφορά την πλάνη: παροχές που καταβάλλει επανειλημμένως ο εργοδότης από **πλάνη**, πιστεύοντας εσφαλμένα ότι έχει προς τούτο νομική υποχρέωση, δεν τις καταβάλλει προφανώς εκουσίως και, συνεπώς, δεν μπορούν -κατά τη συμβατική θεωρία- να θεωρηθούν ως σιωπηρή πρόταση του εργοδότη προς κατάρτιση συμβάσεως. Σύμφωνα με τα ισχύοντα στις δικαιοπραξίες, αν ο εργοδότης καταβάλλει παροχές από ουσιώδη πλάνη, δεν έχει βούληση δέσμευσης, επομένως η σχετική δήλωσή του και η όλη δικαιοπραξία είναι ακυρώσιμη (140 επ. ΑΚ). Κατά τον Henssler³, και στην περίπτωση της επιχειρησιακής συνήθειας,

¹ Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 21-22

² **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 244-245

³ **M. Henssler**, 50 Jahre BAG, 2004, σελ. 686/687, πρβλ. **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 72

το δικαίωμα του εργοδότη να ζητήσει την ακύρωση της συμβατικής του δέσμευσης λόγω πλάνης είναι απολύτως αναγκαίο μέσο για να διασφαλισθεί η αυτονομία του. Αντιθέτως, κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης, η επανειλημμένη και ομοιόμορφη χορήγηση μιας παροχής, έστω και από πλάνη του εργοδότη, είναι ενδεχόμενο να δημιουργήσει στους εργαζομένους, κατά καλή πίστη, μία βάση εμπιστοσύνης, οπότε τίθεται ζήτημα εξωδικαιοπρακτικής δέσμευσης του εργοδότη να αποκαταστήσει τη ζημία που προκλήθηκε στους εργαζομένους από τη διάψευση της εμπιστοσύνης αυτής, στο πλαίσιο βέβαια μιας ενδελεχούς στάθμισης των συγκρουομένων συμφερόντων των μερών. Στις περιπτώσεις αυτές η νομολογία¹ προσπαθεί να καταλογίσει την ευθύνη και τις συνέπειες της πλάνης στον εργοδότη (καταφεύγοντας στη θεωρία της εμπιστοσύνης), ο οποίος (εργοδότης) δημιούργησε στον εργαζόμενο τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη με την ομοιόμορφη και σταθερή συμπεριφορά του (βλ. και σχετική πρόβλεψη § 122 BGB, βλ. και σελ. 73 επ.).

Όσον αφορά την κατάργηση της πρακτικής: ενώ η συμβατική θεωρία δέχεται ότι η πρακτική δεν μπορεί να καταργηθεί παρά μόνο με τα μέσα που το ιδιωτικό δίκαιο διαθέτει για την κατάργηση κάθε συμβατικής δέσμευσης, δηλ. κατά κανόνα με αντίθετες συμφωνίες ή με τον μηχανισμό της τροποποιητικής καταγγελίας, η θεωρία της εμπιστοσύνης παρέχει στον εργοδότη τη δυνατότητα να διακόψει ή να τροποποιήσει μονομερώς τη συνέχιση μιας παροχής που αποτέλεσε αντικείμενο πρακτικής, αν χορηγήθηκε λόγω πλάνης ή αν συντρέχουν ιδιαίτεροι λόγοι, π.χ. δυσμενής οικονομική κατάσταση. Προστατεύεται δηλ. - κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης- η εμπιστοσύνη των εργαζομένων ότι ο εργοδότης δεν θα διακόψει αυθαίρετα την έως τώρα τηρούμενη πρακτική, αν δεν συντρέξει κάποιος ιδιαίτερος λόγος. Κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης², η ενέργεια αυτή του εργοδότη δεν έρχεται σε αντίθεση με τις επιταγές της καλής πίστης και ειδικότερα με την απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς. Διότι η προστατευόμενη στο πλαίσιο της πρακτικής εμπιστοσύνη του μισθωτού και η συνακόλουθη απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς αναφέρονται σε μία εργοδοτική παροχή, η οποία καταβάλλεται υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις

¹ BAG 29.8.2012, 10 AZR 571/11

² **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 133, **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, σελ. 164 επ., 167 επ.

και συνθήκες. Επομένως, η προστασία της εμπιστοσύνης δικαιολογείται μόνο όταν οι προϋποθέσεις και οι συνθήκες που οδήγησαν τον εργοδότη στη χορήγηση της οικειοθελούς παροχής εξακολουθούν να υφίστανται και στο μέλλον. Αν πάψουν να υφίστανται, τότε ο εργοδότης έχει ένα άξιο προστασίας συμφέρον να καταργήσει ή τροποποιήσει μονομερώς την πρακτική¹. Επομένως, η θεωρία αυτή επιτρέπει την απαλλαγή του εργοδότη υπό λιγότερο αυστηρές προϋποθέσεις απ' ό,τι η συμβατική θεωρία. Έχει υποστηριχθεί ωστόσο και η άποψη ότι η θεωρία της εμπιστοσύνης παρέχει στην πρακτική την ίδια περίπου προστασία που παρέχει η συμβατική θεωρία².

Κατά τη συμβατική θεωρία, δεν προστατεύεται απλώς η εμπιστοσύνη των εργαζομένων στη χορήγηση των παροχών και στο μέλλον. Η εμπιστοσύνη των εργαζομένων προστατεύεται και είναι άξια προστασίας, διότι στηρίζεται σε συμβατική δέσμευση, διότι δηλ. οι εργαζόμενοι από τη συμπεριφορά του εργοδότη δικαιολογημένα συνήγαγαν, κατά την καλή πίστη, μια δήλωση βούλησης για δέσμευση του τελευταίου και για το μέλλον. Ας σημειωθεί ότι στο σημείο αυτό η συμβατική θεωρία προσεγγίζει πολύ τη θεωρία της εμπιστοσύνης, διότι χρησιμοποιεί την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης προκειμένου να ερμηνεύει τη σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη. Είναι γνωστό ότι κατά την ερμηνεία της δήλωσης βούλησης γίνεται συνδυασμός υποκειμενικών και αντικειμενικών στοιχείων (173, 200 ΑΚ)³. Η νομική αξιολόγηση της δήλωσης βούλησης δεν εξαρτάται μόνο από τη βούληση του δηλούντος, αλλά και από το γεγονός ότι η δήλωση αυτή προκαλεί συχνά δικαιολογημένη εμπιστοσύνη στο πρόσωπο που απευθύνεται⁴. Επομένως, στην περίπτωση της επιχειρησιακής συνήθειας για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς του εργοδότη και την ερμηνεία της ως δήλωσης βούλησης, κρίσιμο δεν είναι μόνο αν ο εργοδότης ενήργησε με ή χωρίς πρόθεση νομικής δέσμευσης, αλλά και αν οι εργαζόμενοι δικαιολογημένα κατά την καλή πίστη αντιλήφθηκαν τη

¹ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 8 αρ. 25 (σελ. 245)

² STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, BGB, § 611 αριθμ. 480

³ **Μ. Σταθόπουλος**, περί της μεθόδου ερμηνείας της δηλώσεως βουλήσεως, ανάπτυπο από το περιοδικό Νέο Δίκαιο, 1969, σελ. 7 επ.

⁴ Βλ. **Γ. Λεβέντη**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 39

συμπεριφορά αυτή ως δήλωση βούλησης¹, αν δηλ. η συμπεριφορά του εργοδότη (ερμηνευόμενη αντικειμενικά, λαμβάνοντας υπ' όψη όλες τις συντρέχουσες συνθήκες, το είδος, τον σκοπό της παροχής και σταθμίζοντας τα συμφέροντα και των δύο πλευρών) ² προκάλεσε στους εργαζομένους τη δικαιολογημένη πεποίθηση ότι πρόκειται για δεσμευτική δήλωση καταβολής της παροχής και στο μέλλον. Πέραν αυτού κρίσιμο στοιχείο είναι αν ο εργοδότης όφειλε και μπορούσε, καταβάλλοντας την απαιτούμενη στις συναλλαγές επιμέλεια, να διαγνώσει ότι η συγκεκριμένη συμπεριφορά του είναι δυνατό να θεωρηθεί ως πρότασή του να δεσμευθεί και για το μέλλον. Για τους οπαδούς της συμβατικής θεωρίας δεν τίθεται ζήτημα κατάργησης της πρακτικής από μόνο το γεγονός ότι ο εργοδότης επικαλείται κάποιους ιδιαίτερους λόγους. Η αρχή *pacta sunt servanda* υποχωρεί μόνο σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις (ΑΚ 388). Τέτοια εξαιρετική περίπτωση για την κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας δεν συνιστά όμως η κακή οικονομική κατάσταση της επιχείρησης³.

Όπως εκθέσαμε, η συμβατική θεωρία και η θεωρία της εμπιστοσύνης καταλήγουν συχνά στις ίδιες λύσεις. Επίσης οι προϋποθέσεις για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας είναι, όπως θα εκθέσουμε στα επόμενα, περίπου οι ίδιες σύμφωνα και με τις δύο θεωρίες. Παρά ταύτα θεωρούμε ότι η συμβατική θεωρία εξηγεί πειστικότερα τη δημιουργία και τη μεταβολή της επιχειρησιακής συνήθειας, διότι στηρίζεται στην ερμηνεία των σιωπηρών δηλώσεων βούλησης των μερών, όπως αυτή συνάγεται από τη συμπεριφορά του εργοδότη και των εργαζομένων και τις λοιπές συντρέχουσες περιστάσεις, ιδίως βέβαια από το είδος, την αιτία, τις προϋποθέσεις και τον σκοπό της παροχής.

Το γεγονός ότι το φαινόμενο της πρακτικής αντιμετωπίζεται από την κρατούσα σήμερα συμβατική θεωρία, εντός του συστήματος του δικαίου των δικαιοπραξιών, δεν σημαίνει ότι η θεωρία της εμπιστοσύνης, η οποία αναζητεί τον γενεσιουργό λόγο της πρακτικής έξω από το σύστημα αυτό, δεν λαμβάνεται υπ' όψη στο πλαίσιο της συζήτησης για τη νομική φύση της πρακτικής. Η θεωρία αυτή της εμπιστοσύνης έχει έναν σπουδαίο **επικουρικό ρόλο** απέναντι στη

¹ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 246, Γ. Λεβέντης, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 39 επ.

² Chr. Picker, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 371 επ.

³ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2015, σελ. 165

συμβατική θεωρία¹. Πράγματι αν δεν προκύπτει σιωπηρή συμφωνία, εξετάζεται η τυχόν ευθύνη του εργοδότη από την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης που προκάλεσε στους εργαζομένους. Προηγείται δηλ. ο έλεγχος της ύπαρξης ή όχι δικαιοπρακτικής βούλησης, με βάση τους κανόνες ερμηνείας των δικαιοπραξιών και, αν δεν διαπιστώνεται δικαιοπρακτική δέσμευση, έπεται η έρευνα της συνδρομής των προϋποθέσεων που απαιτούνται για τη θεμελίωση εξωδικαιοπρακτικής ευθύνης με βάση την αρχή της εμπιστοσύνης. Στις περιπτώσεις λοιπόν που δεν μπορεί να γίνει δεκτή η ύπαρξη σιωπηρής συμφωνίας, δεν αποκλείεται η θεμελίωση μιας εξωδικαιοπρακτικής δέσμευσης στην απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς.

Αξίζει να σημειωθεί ότι το άρθρο 122 του Γερμανικού ΑΚ (βλ. και 145 ΕΛΛΑΚ) ορίζει κατά κάποιο τρόπο τη βασική διαφορά μεταξύ συμβατικής και εξωσυμβατικής θεμελίωσης της επιχειρησιακής συνήθειας: η ευθύνη σε περίπτωση διάψευσης της εμπιστοσύνης των εργαζομένων (θεωρία της εμπιστοσύνης) αντισταθμίζεται με την αποκατάσταση της ζημίας, ενώ στην περίπτωση της συμβατικής θεμελίωσης απαιτείται η εκπλήρωση της σύμβασης² (pacta sunt servanda).

Τα τελευταία χρόνια το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό δέχεται ότι ο θεσμός της επιχειρησιακής συνήθειας δεν είναι τίποτε άλλο παρά μια **σιωπηρή δικαιοπρακτική υπόσχεση η οποία μετατρέπεται σε δέσμευση** (konkludente rechtsgeschäftliche Zusage)³. Σύμφωνα με το BAG είναι δυνατή η τροποποίηση της σύμβασης εργασίας σιωπηρώς, όταν συνεχίζει ο εργαζόμενος αδιαμαρτύρητα να παρέχει την εργασία του παρά την τροποποίηση της σύμβασης⁴. Η επιχειρησιακή συνήθεια δηλ. συνιστά μία **σιωπηρή συμβατική δέσμευση** (konkludent Vertragsbindung⁵). Για τον λόγο αυτό έχει υποστηριχθεί

¹ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 47, **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις και το δικαίο της ευελιξίας της εργασίας, 2017, σελ. 134

² **M. Henssler**, Tarifbindung durch betriebliche Übung, 50 Jahre BAG, 2004, σελ. 687

³ BAG 21.4.2010, NZA 2010, 808.

⁴ BAG 28.5.2008-10 AZR 274/07, BAG 1.8.2001-4 AZR 129/00, BAG 4.5.1999-10 AZR 290/98

⁵ **U. Preis**, NZA 2009, 281, 288, BAG 21.4.2010, NZA 2010, 808. Η στερεότυπη διατύπωση του ορισμού της επιχειρησιακής συνήθειας από το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό τα τελευταία χρόνια δείχνει την ταύτισή του με τις προϋποθέσεις μιας σιωπηρής τροποποίησης της σύμβασης (einer konkludenten Vertragsänderung).

ότι **η έννοια της επιχειρησιακής συνήθειας θα πρέπει να εγκαταλειφθεί**¹. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η επιχειρησιακή συνήθεια δεν αποτελεί ούτε κάποιο αναγνωρισμένο θεσμό του δικαίου ούτε μία αυτόνομη πηγή του δικαίου. Επίσης δεν αποτελεί θεσμό ή όργανο της συλλογικής τάξης της εργασιακής σχέσης (Instrument der kollektiven Ordnung des Arbeitverhältnisses). Όλα τα ερωτήματα που γεννώνται -υποστηρίζεται - μπορούν να επιλυθούν με τις αρχές του αστικού δικαίου και την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Η επιβολή μέσω της επιχειρησιακής συνήθειας μιας «ίσης μεταχείρισης στην πορεία του χρόνου» δεν αναγνωρίζεται από την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Με το θέμα αυτό θα ασχοληθούμε αναλυτικότερα παρακάτω, στη μεταβολή και κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας (Γ' Κεφάλαιο).

α) Ευνοϊκή πρακτική

Η επιχειρησιακή συνήθεια έχει, ως επί το πλείστον, ως αντικείμενο μία ευνοϊκή ρύθμιση υπέρ των εργαζομένων, μια παροχή προς αυτούς. Στην περίπτωση της δημιουργίας ευνοϊκής για τους εργαζομένους πρακτικής, όπως είναι φυσικό, δεν δημιουργούνται ιδιαίτερα προβλήματα. Η σιωπή του εργαζομένου θεωρείται ως αποδοχή της (ευνοϊκής) πρότασης του εργοδότη². Τόσο η συμβατική θεωρία όσο και η θεωρία της εμπιστοσύνης καταλήγουν στα ίδια αποτελέσματα. Για τον λόγο αυτό, το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό -μετά από κάποια αρχική αμφιταλάντευση- επικαλείται εναλλακτικά τις δύο θεωρίες³.

Το γεγονός αυτό αποδεικνύει ότι, κατά την άποψη της νομολογίας, δεν έχει σημασία ποια θεωρία θα ακολουθήσει κανείς για τη νομική φύση και τη θεμελίωση της επιχειρησιακής συνήθειας σε περίπτωση ευνοϊκής επιχειρησιακής συνήθειας. Επί πλέον υπάρχουν αποφάσεις του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού, οι οποίες αφήνουν ανοικτό το θέμα της νομικής φύσης

¹ ErfK/**Preis**, § 611, Rn 218 επ., 13. Auflage, 2013, **Preis/Genenger**, JbArbR 2010, σελ. 93 επ.

² **Ch. Jaekel**, "Tarifbindung" durch betriebliche Übung, 2009, σελ. 86-87

³ Ενδεικτικά: **Συμβατική θεωρία**: BAG 1.3.1972, AP Nr. zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 16.7.1996, AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Betriebliche Übung, BAG 18.7.1968, AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, **Θεωρία της εμπιστοσύνης**: BAG 8.11.1957, AP Nr. zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 5.7.1968, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

της πρακτικής και εμμέσως αφήνουν να εννοηθεί ότι και οι δύο θεωρίες καταλήγουν στα ίδια αποτελέσματα στην περίπτωση της ευνοϊκής πρακτικής¹.

β) Δυσμενής πρακτική

Όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, η επιχειρησιακή συνήθεια έχει κατά κανόνα ευνοϊκό για τους εργαζομένους περιεχόμενο (λ.χ. μισθολογική βελτίωση, μείωση χρόνου εργασίας κ.ο.κ.), δεν αποκλείεται όμως να έχει περιεχόμενο δυσμενές γι' αυτούς, υπό την προϋπόθεση βεβαίως ότι δεν έρχεται σε αντίθεση με κανόνες αναγκαστικού δικαίου², δηλ. δεν παραβιάζει τα κατώτατα όρια προστασίας των εργαζομένων. Παρόλο που εκ πρώτης όψεως οι δύο θεωρίες φαίνεται να μην παρουσιάζουν ουσιαστικές διαφορές, οι οπαδοί της θεωρίας της εμπιστοσύνης δέχονται ότι σε ορισμένες περιπτώσεις δεν είναι δυνατόν να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια, διότι δεν δημιουργείται στην πλευρά των εργαζομένων, η απαιτούμενη βάση εμπιστοσύνης, το απαιτούμενο πραγματικό εμπιστοσύνης (Vertrauenstatbestand). Αυτό συμβαίνει ιδίως στις περιπτώσεις όπου δυσμενείς ρυθμίσεις ερευνάται αν είναι δυνατόν να αποτελέσουν περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας³. Οι οπαδοί της θεωρίας της εμπιστοσύνης υποστηρίζουν -όπως έχει ήδη αναφερθεί- ότι για να υπάρξει αντικατάσταση της ισχύουσας πρακτικής με δυσμενέστερη πρακτική πρέπει να υπάρχει μία σιωπηρή δήλωση «υποταγής» (Unterwerfung) των εργαζομένων στη δυσμενή ρύθμιση, δηλ. δήλωση αποδοχής των εργαζομένων. Ωστόσο η διαπίστωση μιας σιωπηρής αποδοχής των εργαζομένων από την όλη συμπεριφορά τους είναι σε πολλές περιπτώσεις ιδιαίτερα αμφίβολη. Αυτή η σιωπηρή δήλωση αποδοχής αποτελεί έκφραση δικαιοπρακτικής βούλησης, την οποία όμως οι οπαδοί της θεωρίας της εμπιστοσύνης ευθέως απορρίπτουν, διότι οι δηλώσεις βούλησης τόσο του εργοδότη όσο και των εργαζομένων δεν υπάρχουν στην πραγματικότητα -όπως υποστηρίζουν- αλλά επινοούνται⁴. Με τον τρόπο

¹ BAG 17.3.1982, 5 AZR 1174/79, nv., BAG 6.3.1956, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation, BAG 5.2.1971, BAGE 23, 213 επ.

² ΑΠ 541/1997, ΔΕΝ 1999, 919

³ **F. Gamillscheg**, FS Hilger/Stumpf, 1983, σελ. 227, 240

⁴ **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, σελ. 257, **W. Hromadka**, NZA 1984, 241, 243, **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 89, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 89 επ.

αυτό ουσιαστικά οι οπαδοί της θεωρίας της εμπιστοσύνης επανέρχονται στην επιχειρηματολογία της συμβατικής θεωρίας. Τελικά κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης η κατασκευή της σιωπηρής αποδοχής των εργαζομένων σε περίπτωση αρνητικής ή δυσμενούς πρακτικής πρέπει να απορριφθεί. Πιο πειστική λύση για την αντικατάσταση της πρακτικής από μία δυσμενέστερη αποτελεί, κατά τη θεωρία αυτή, ο θεσμός της αποδυνάμωσης δικαιώματος.

Από την άλλη πλευρά, κατά τη συμβατική θεωρία, το αν θα θεωρήσουμε τη συμπεριφορά των εργαζομένων ως αποδοχή της δυσμενούς πρακτικής εξαρτάται από το αν οι εργαζόμενοι έχουν γνώση για την επιχειρούμενη τροποποίηση της σύμβασης εργασίας τους. Εφ' όσον ο εργαζόμενος είτε γνωρίζει τη δυσμενή συμπεριφορά (πρόταση) του εργοδότη είτε θα έπρεπε να τη γνωρίζει κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη και δεν αντιδρά, από αυτό προκύπτει η σιωπηρή συναίνεσή του. Απαιτείται ιδιαίτερη προσοχή κατά την ερμηνεία της συμπεριφοράς των εργαζομένων, προκειμένου να συνάγουμε από την παθητική στάση τους, δηλ. από τη σιωπή τους, μία σιωπηρή αποδοχή της δυσμενούς πρακτικής. Η σιωπή των εργαζομένων δεν μπορεί, χωρίς άλλο, να ερμηνεύεται ως σιωπηρή αποδοχή της δυσμενούς πρότασης του εργοδότη. Για παράδειγμα, το γεγονός ότι οι εργαζόμενοι δεν αντέδρασαν στην εφαρμογή ενός δυσμενούς γι' αυτούς μέτρου, δεν αρκεί αυτό και μόνο για να θεωρηθεί ότι συμφώνησαν σιωπηρώς με την εφαρμογή αυτού του μέτρου. Ιδιαίτερα το γεγονός ότι δεν αντέδρασαν οι εργαζόμενοι εκείνοι, οι οποίοι δεν θίγονται άμεσα από τη δυσμενή ρύθμιση του εργοδότη, αυτό μόνο δεν αρκεί για να συναχθεί η σιωπηρή συναίνεση και αυτών, εκτός βέβαια αν συντρέχουν ιδιαίτερες συνθήκες που δικαιολογούν τέτοια ερμηνεία της συμπεριφοράς τους. Όπως αναφέρει χαρακτηριστικά ο Maties¹ θα ήταν παράξενο να μπορεί οποιεδήποτε ο εργοδότης να τροποποιεί επί τα χείρω τη σύμβαση εργασίας και να μην έχει ο εργαζόμενος τη δυνατότητα να αμυνθεί.

Γενικότερα, η ύπαρξη της αρνητικής επιχειρησιακής συνήθειας είναι κατά τη συμβατική θεωρία, αμφίβολη, διότι προκειμένου να δημιουργηθεί αρνητική επιχειρησιακή συνήθεια, θα πρέπει να στηρίζεται και αυτή σε μία σιωπηρή συμφωνία μεταξύ εργαζομένων-εργοδότη². Δηλ. η μη χορήγηση της παροχής

¹ Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 49

² Πρβλ. **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 155

από τον εργοδότη θα πρέπει να ερμηνεύεται ως μία σιωπηρή πρότασή του για δυσμενή τροποποίηση της σύμβασης ή της υπάρχουσας πρακτικής, την οποία οι εργαζόμενοι αποδέχονται σιωπηρά με τη συμπεριφορά τους, μη αντιδρώντας. Τη θέση αυτή έχει πράγματι δεχθεί από μακρού χρόνου το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό¹, σύμφωνα με το οποίο η σιωπή των εργαζομένων απέναντι σε μία δυσμενή πρόταση του εργοδότη μπορεί να θεωρείται κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη ως αποδοχή, όταν ο εργοδότης πρέπει κατά καλή πίστη να αναμένει ότι οι εργαζόμενοι θα αντιδράσουν στη δυσμενή πρότασή του. Μάλιστα κατά το BAG η αρνητική επιχειρησιακή συνήθεια μπορεί να έχει ως περιεχόμενο και την προσθήκη ρήτρας ελευθεριότητας (Freiwilligkeitsvorbehalt) σε μία προηγούμενη επιχειρησιακή συνήθεια βάσει της οποίας χορηγείτο η παροχή αυτή χωρίς επιφύλαξη. Η αρνητική αυτή επιχειρησιακή συνήθεια δημιουργείται όταν ο εργοδότης εξακολουθεί να καταβάλλει την παροχή επί τρία (3) έτη προσθέτοντας όμως σε αυτήν και επιφύλαξη, η οποία πριν δεν υπήρχε. Με τη λήψη της παροχής χωρίς αντίδραση, η προστεθείσα επιφύλαξη καθίσταται περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας, οπότε η καταβολή της παροχής δεν είναι πλέον δεσμευτική για το μέλλον².

Είναι γεγονός ότι η παραπάνω νομολογία προσέκρουσε στην έντονη κριτική της θεωρίας. Πολλοί θεώρησαν ότι η εξομοίωση της σιωπής των εργαζομένων με σιωπηρή αποδοχή είναι μια αυθαίρετη υπόθεση, μία επινόηση³. Αυτό ισχύει προ παντός όταν ο εργαζόμενος, προς τον οποίο απευθύνεται η παροχή, δεν θίγεται άμεσα από τη δυσμενή πρόταση του εργοδότη. Αυτό συμβαίνει ακριβώς στην παραπάνω περίπτωση, όταν δηλ. ο εργοδότης προσθέτει στην παροχή (που όμως συνεχίζει να καταβάλλει) και επιφύλαξη. Στην περίπτωση αυτή ο εργαζόμενος, επειδή εξακολουθεί να λαμβάνει την παροχή, δεν αντιλαμβάνεται τον κίνδυνο απώλειας της παροχής στο μέλλον εξ αιτίας της προσθήκης της επιφύλαξης και για τον λόγο αυτό δεν αντιδρά.

Η παραπάνω κριτική της θεωρίας είχε ως αποτέλεσμα να αναθεωρήσει το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό εν μέρει τη νομολογία του. Σύμφωνα με την από

¹ BAG 4.5.1999-10 AZR 290/98

² BAG 4.5.1999-10 AZR 290/98 και BAG 26.3.1997-10 AZR 612/96, NZA 1997, 1007

³ **P. Speiger**, Die Reduzierung von Gratifikationsleistungen durch betriebliche Übung, NZA 1998, σελ. 510, **G. Kettler**, Das BAG und die «umgekehrte» betriebliche Übung, NJW 1998, σελ. 435

24.11.2004 απόφαση του BAG¹ «η σιωπή του εργαζομένου σε μία εργοδοτική πρόταση για δυσμενή τροποποίηση της σύμβασης εργασίας μπορεί να αξιολογηθεί ως αποδοχή μόνο υπό αυστηρές προϋποθέσεις, όταν δηλ. η δυσμενής αυτή τροποποίηση έχει άμεσες επιπτώσεις στην εργασιακή σχέση και ο εργαζόμενος -παρόλο που γνωρίζει τις επιπτώσεις αυτές- συνεχίζει να εργάζεται, μολονότι θα έπρεπε να αναμένεται, σύμφωνα με τα συναλλακτικά ήθη και μετά από στάθμιση όλων των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, μία σαφής αντίδρασή του». Ας σημειωθεί, τέλος, ότι το BAG -μετά τη θέση σε ισχύ του νόμου για τον εκσυγχρονισμό του ενοχικού δικαίου και την προσθήκη στον ΓερμΑΚ των διατάξεων για τους γενικούς όρους των συναλλαγών (§§ 305 επ. BGB)- κρίνει αυστηρότερα τη δημιουργία αρνητικής επιχειρησιακής συνήθειας και δέχεται ότι μία διαμορφωθείσα επιχειρησιακή συνήθεια που αφορά χρηματική παροχή τα Χριστούγεννα δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι καταργήθηκε, επειδή ο εργοδότης προσέθεσε εκ των υστέρων στην παροχή αυτή επιφύλαξη και ο εργαζόμενος έλαβε εξακολουθητικά την παροχή αυτή τρεις φορές χωρίς να διατυπώσει οιαδήποτε αντίρρηση². Κατά το BAG για την κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας και την αξιολόγηση της σιωπής του εργαζομένου ως δήλωσης βούλησης πρέπει στο εξής να τηρούνται οι διατάξεις για τους γενικούς όρους των συναλλαγών³.

Όπως εκθέσαμε, η συμβατική θεωρία είναι ιδιαίτερα δύσπιστη στην επιβολή δυσμενών ρυθμίσεων στον εργαζόμενο με επιχειρησιακή συνήθεια. Δυσμενείς ρυθμίσεις, ρυθμίσεις π.χ. ΣΣΕ που δεν δεσμεύουν τον εργαζόμενο και οι οποίες αποκλίνουν από ενδοτικής φύσεως διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, μπορούν να επιβληθούν στον εργαζόμενο μόνο όταν υπάρχει σαφώς επαληθεύσιμη βούληση δέσμευσής του· ⁴ άλλως δεν δικαιολογείται δικαιοπρακτικά να επιβάλλονται στον εργαζόμενο μέσω επιχειρησιακής συνήθειας οι δυσμενέστερες ρυθμίσεις που προβλέπει μία ΣΣΕ από μόνο το γεγονός ότι ο εργαζόμενος αυτός δέχεται σταθερά και επί μακρόν τις (ευνοϊκές

¹ 10 AZR 202/04

² BAG 18.3.2009-10 AZR 281/08

³ Αναλυτικότερα για την αρνητική επιχειρησιακή συνήθεια βλ. Γ' κεφάλαιο.

⁴ **Preis-Temming**, Arbeitsrecht, 2019, σελ. 159, **U. Preis**, Arbeitsrecht, 5^η εκδ. 2017, σελ. 151, **U. Preis**, Der Arbeitsvertrag, 4^η εκδ. 2011, σελ. 1531

γι' αυτόν) μισθολογικές παροχές της ΣΣΕ και προσδοκά τη συνέχισή τους στο μέλλον. Δηλ. αν έχει διαμορφωθεί επιχειρησιακή συνήθεια, σύμφωνα με την οποία οι εργαζόμενοι λαμβάνουν τις μισθολογικές παροχές της ΣΣΕ, τις οποίες άλλως δεν τις δικαιούνται, αυτό δεν σημαίνει κατ' ανάγκη -σύμφωνα με την άποψη αυτή- ότι περιεχόμενο της επιχειρησιακής συνήθειας είναι η εφαρμογή επί των εργαζομένων αυτών και των δυσμενών ρυθμίσεων της ΣΣΕ. Για να εφαρμόζονται και οι δυσμενείς όροι της ΣΣΕ, θα πρέπει να υφίσταται μία σαφής και επαληθεύσιμη βούληση δέσμευσης των εργαζομένων.

Δεδομένου ότι η επιχειρησιακή συνήθεια έχει έναν αναμφίβολο συλλογικό χαρακτήρα¹, ο οποίος προκύπτει από την de facto γενικευμένη και απρόσωπη συμπεριφορά του εργοδότη προς το σύνολο ή κατηγορία εργαζομένων, υποστηρίζεται ότι στη σιωπηρή συμπεριφορά των εργαζομένων ενυπάρχει η αποδοχή του «**κοινού συμφέροντος**»². Το κοινό συμφέρον δεν αποκλείεται να επιβάλει την αποδοχή μιας αρνητικής (δυσμενούς) ρύθμισης του εργοδότη, η οποία εξυπηρετεί εξίσου το μακροπρόθεσμο συμφέρον και των δύο πλευρών. Για παράδειγμα, η αποδοχή εκ μέρους των εργαζομένων της διακοπής μιας οικειοθελούς εργοδοτικής παροχής, όταν η συμπεριφορά αυτή του εργοδότη είναι συνέπεια σοβαρών οικονομικών δυσκολιών της επιχείρησης. Στην περίπτωση αυτή το μακροπρόθεσμο κοινό συμφέρον των εργαζομένων συνίσταται στο να μην κλείσει η επιχείρηση ολοσχερώς ή να μην απολεσθούν θέσεις εργασίας.

Στη γερμανική θεωρία και νομολογία έχουν υποστηριχθεί και αντίθετες απόψεις όσον αφορά το ερώτημα αν θα αποβλέψουμε στο κοινό συμφέρον ή στο συμφέρον του συγκεκριμένου εργαζομένου. Κατά τον Picker³ υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων (Rechtssubjekt) είναι κάθε ένας εργαζόμενος χωριστά κι όχι αορίστως το προσωπικό μιας επιχείρησης. Επίσης ο Canaris⁴ αναφέρει το παράδειγμα της υπερωριακής απασχόλησης των εργαζομένων σε μία συγκεκριμένη εργάσιμη ημέρα και υποστηρίζει ότι εφ' όσον αυτή η υπερωριακή απασχόληση αποζημιωθεί, πρόκειται για μία ευνοϊκή πρακτική. Η νομολογία

¹ BAG 27.2.2019-5 AZR 354/18

² **Ι. Ληξουριώτης**, ΔΕΕ 2010, σελ. 1265

³ Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 46

⁴ Vertrauenshaftung, σελ. 410

έχει υποστηρίξει ακριβώς αντίθετη άποψη¹, ότι δηλ. η υποχρέωση για παροχή υπερωριακής εργασίας με λήψη πρόσθετης (υπερωριακής) αμοιβής είναι μία δυσμενής για τον εργαζόμενο ρύθμιση. Κατά τη γνώμη μας, το θέμα αυτό μπορεί να λυθεί όχι με την παραδοχή του «κοινού συμφέροντος» των εργαζομένων, αλλά με βάση τη δικαιοπρακτική βούληση των **συγκεκριμένων εργαζομένων** τους οποίους αφορά η πρακτική, ακόμα κι αν η εν λόγω πρακτική θεωρείται ευνοϊκή από την πλειονότητα των εργαζομένων². Εδώ φαίνεται πόσο σημαντικό είναι να αναζητήσουμε επακριβώς μία σαφή δήλωση αποδοχής του εργαζομένου και να μην αρκούμεθα σε μία εικαζόμενη αποδοχή, η οποία μάλιστα -σύμφωνα με την § 151 BGB- δεν είναι αναγκαίο να περιέλθει στον προτείνοντα³. Για παράδειγμα έχει κριθεί⁴ ότι ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργαζόμενος μπορεί να δεσμευθεί από μία δυσμενή -σε σχέση με την ατομική σύμβαση εργασίας- ρύθμιση μιας ΣΣΕ (η οποία έχει καταστεί περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας), εφ' όσον κατά την πρόσληψή του συμφωνήσει την εφαρμογή της συγκεκριμένης (δυσμενούς) ΣΣΕ στη σύμβαση εργασίας του. Συνεπώς σ' αυτή την περίπτωση εφαρμόζεται η δυσμενής πρακτική βάσει σύμβασης.

Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να διακρίνουμε αν πρόκειται για μία υφιστάμενη ήδη στην εκμετάλλευση δυσμενή πρακτική ή για μία νέα διαμορφούμενη δυσμενή πρακτική, διότι είναι διαφορετικές οι προϋποθέσεις δέσμευσης του εργαζομένου σε κάθε περίπτωση. Με το θέμα αυτό θα ασχοληθούμε αναλυτικά παρακάτω στο Β' Κεφάλαιο (προϋποθέσεις για τη δημιουργία της πρακτικής) καθώς και στο Γ' Κεφάλαιο (μεταβολή και κατάργηση της πρακτικής).

5. Χαρακτηριστικά της παροχής που αποτελεί αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας

¹ BAG 7.11.2002, 2 AZR 745/00, AP Nr.100 § 615 BGB. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο όμως δέχθηκε ότι πρόκειται για ευνοϊκή πρακτική.

² **F. Gamillscheg**, FS Hilger/Stumpf, 1983, σελ. 229, **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 350. Κατά τον **A. Hueck** (FS Lehmann, 1956, σελ. 633) "Οι επιχειρησιακές συνήθειες που έχουν δυσμενές περιεχόμενο για τους εργαζομένους πρέπει κατά κανόνα να στηρίζονται σε σαφείς και όχι σιωπηρές (συμπερασματικώς συναγόμενες) δηλώσεις αποδοχής".

³ **M. Henssler**, Tarifbindung durch betriebliche Übung, 50 Jahre BAG, 2004, σελ. 700. Σε σχετικές αποφάσεις του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού ο έλεγχος αυτός είναι πολύ γενικός.

⁴ BAG 8.12.1960, 5 AZR 304/58, AP Nr. 1 zu § 611 BGB

α. Ο υλικός χαρακτήρας της παροχής. Είναι προφανές ότι οι υλικές παροχές που καταβάλλει οικειοθελώς ο εργοδότης βελτιώνουν το επίπεδο της ζωής των εργαζομένων, οι οποίοι προσαρμόζουν τη ζωή τους ανάλογα με αυτές. Επομένως, οι υλικές παροχές του εργοδότη, δηλ. παροχές που έχουν οικονομική αξία, καθίστανται συχνά αντικείμενο ή περιεχόμενο της επιχειρησιακής συνήθειας. Αυτό δέχεται παγίως η νομολογία των Γερμανικών δικαστηρίων, ακόμη κι αν πρόκειται για μακροπρόθεσμες παροχές του εργοδότη¹. Ο υλικός χαρακτήρας της παροχής δεν είναι εννοιολογικό χαρακτηριστικό της παροχής αλλά στοιχείο που συνοδεύει συχνά την παροχή.

β. Το ύψος της παροχής. Το ύψος της παροχής είναι αδιάφορο για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας. Έχει κριθεί ότι ένα επίδομα τροφής ύψους 1,50 DM αρκεί για την δημιουργία αξίωσης στο πρόσωπο των εργαζομένων².

γ. Παροχές ΣΣΕ από εργοδότη, ο οποίος δεν δεσμεύεται από ΣΣΕ, ως αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας. Γίνεται δεκτό ότι σε περίπτωση που ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης καταβάλλει κάποιο επίδομα (π.χ. επίδομα Χριστουγέννων) που προβλέπει η ΣΣΕ, χωρίς όμως να δηλώνει ότι πρόκειται για μία εκούσια, ελευθέρως ανακλητή παροχή για την καταβολή της οποίας δεν θέλει να δεσμευθεί για το μέλλον, τότε δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια. Διότι στην περίπτωση αυτή, παρόλο που γνωρίζει ο εργαζόμενος ότι δεν δεσμεύεται ο εργοδότης από την εν λόγω ΣΣΕ, δημιουργείται σ' αυτόν η δικαιολογημένη πεποίθηση ότι θα συνεχίσει να καταβάλλει στο μέλλον την παροχή³. Γενικότερα στην περίπτωση που ο εργοδότης εφαρμόζει οικειοθελώς μία ΣΣΕ από την οποία (ΣΣΕ) δεν δεσμεύεται, τότε είναι ενδεχόμενο να

¹ BAG 19.5.2005, NZA 2005, 889-892, **K. Bepler**, Betriebliche Übungen, Ein erweiterter Rechtsprechungsbericht, RdA 2004, 226, 237, **H. Seiter**, 1971, 212, 214

² BAG 14.8.1985, 5 AZR 154/84

³ BAG 4.5.1999 – 10 AZR 290/98

προκύψει δέσμευση για το μέλλον από την εν λόγω ΣΣΕ διότι δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια¹.

Ωστόσο κατά την ερμηνεία της συμπεριφοράς του (μη δεσμευόμενου από ΣΣΕ) εργοδότη θα πρέπει να εξακριβώσουμε αν -λαμβάνοντας υπ' όψη και τις λοιπές συνθήκες- ο εργαζόμενος οφείλει να αντιληφθεί ότι ο εργοδότης θέλει να δεσμευθεί μόνο υπό ορισμένες προϋποθέσεις ή για ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα². Δεδομένου μάλιστα ότι δεν απαιτείται η τήρηση κάποιου τύπου για την παραπομπή σε ΣΣΕ, αλλά η παραπομπή μπορεί να γίνεται και σιωπηρά μέσω επιχειρησιακής συνήθειας, αντιλαμβανόμαστε ότι η ερμηνεία της συμπεριφοράς του εργοδότη είναι ιδιαίτερα σημαντική³. Δεν είναι ευχερές να υποστηρίξει κανείς ότι ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης, ο οποίος καταβάλλει μία παροχή που προβλέπει η ΣΣΕ αυτή, έχει πάντα τη βούληση να δεσμευτεί στο διηνεκές από μία ΣΣΕ, παρά το γεγονός ότι δεν καθίσταται μέλος στην αντίστοιχη εργοδοτική οργάνωση. Η μη προσχώρηση του εργοδότη στην εργοδοτική οργάνωση αποδεικνύει κατ' αρχήν τη βούλησή του να μη δεσμευτεί από τις ρυθμίσεις της οργάνωσης αυτής⁴. Σύμφωνα με την ιδιαίτερα σημαντική απόφαση από 9.2.2005 του BAG (5 AZR/04) «Ένας μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης δεν θέλει κατά βάση να υπάγεται για το μέλλον στη ρυθμιστική εξουσία των συνδικαλιστικών οργανώσεων. Αυτό ακριβώς είναι το νόημα της μη προσχώρησής του στην εργοδοτική οργάνωση... Όταν ο εργοδότης χορηγεί εκουσίως μία μισθολογική αύξηση, ακολουθώντας την αύξηση που προβλέπει η ΣΣΕ, γεννάται μόνο μία αξίωση του εργαζομένου για συνέχιση καταβολής της αύξησης αυτής, δεν γεννάται όμως συγχρόνως και μία υποχρέωση του εργοδότη να συνεχίσει να καταβάλλει και αυξήσεις αποδοχών που θα χορηγεί η ΣΣΕ αυτή στο μέλλον. Ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης θέλει να διατηρεί την ελευθερία του να αποφασίζει ο

¹ STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, BGB §§ 611-613, Dienstvertragsrecht 1, 2011, σελ. 493

² **K. Beppler**, Betriebliche Übungen, Ein erweiterter Rechtsprechungsbericht, RdA 2004, Heft 4, σελ. 232

³ **Kemal Erarslan**, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, Hamburg 2017, σελ. 134

⁴ Βλ. BAG 9.2.2005 - 5AZR 284/04

ίδιος για τη μελλοντική εξέλιξη των αποδοχών. Ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης, ο οποίος συμπεριφέρεται πρόσκαιρα ως δεσμευόμενος (δηλ. καταβάλλει τις αποδοχές της ΣΣΕ), δεν επιτρέπεται να αντιμετωπίζεται δυσμενέστερα από τον δεσμευόμενο από τη ΣΣΕ εργοδότη¹, δηλ. δεν επιτρέπεται ο μη δεσμευόμενος από τη ΣΣΕ εργοδότης να θεωρείται συμβατικά δεσμευόμενος από τη ΣΣΕ αυτή και για το μέλλον, ενώ δεν έχει δυνατότητα αποχώρησης από την εργοδοτική οργάνωση (δυνατότητα την οποία έχει ο δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης)».

Επίσης κατά τη νομολογία, δεν μπορεί να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια όταν δεν είναι εξ αρχής καθορισμένη και συγκεκριμένη ή, έστω, προβλέψιμη η παροχή που καταβάλλει οικειοθελώς ο (μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ) εργοδότης, διότι κάτι τέτοιο θα είχε ως αποτέλεσμα να δημιουργούνται γι' αυτόν απρόβλεπτες δαπάνες, τις οποίες δεν θα μπορούσε εκ των προτέρων να υπολογίσει. Την επιχειρηματολογία αυτή ακολουθεί το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό για την περίπτωση των μισθολογικών αυξήσεων βάσει ΣΣΕ². Η επιχειρησιακή συνήθεια συναρτάται με **ορισμένη παροχή** του εργοδότη προς το προσωπικό, την οποία αυτός καταβάλλει για μεγάλο χρονικό διάστημα, σταθερά, ομοιόμορφα και ανεπιφύλακτα, ώστε εύλογα οι εργαζόμενοι, σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, θεωρούν ότι ο εργοδότης, από την έμπρακτη αυτή συμπεριφορά του, εκφράζει (ως προς τη συγκεκριμένη αυτή παροχή) τη βούλησή του να συνεχίσει να τη χορηγεί και στο μέλλον.

δ. Εφαρμογή της ΣΣΕ και επί των μη συνδικαλισμένων μισθωτών ως αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας. Όπως είναι γνωστό, η επιχειρησιακή ΣΣΕ δεσμεύει όλους τους εργαζομένους, ακόμη και τους μη συνδικαλισμένους (αρθρ. 8 § 3 N. 1876/90). Δεν ισχύει όμως το ίδιο με την κλαδική ΣΣΕ, η οποία δεσμεύει μόνο τους εργαζομένους και τους εργοδότες που είναι μέλη της αντίστοιχης κλαδικής συνδικαλιστικής

¹ Βλ. επίσης BAG 19.9.2018 - 5 AZR 439/17

² BAG 3.11.2004, AP Nr. 28 zu § 611 BGB Lohnanspruch., BAG 16.1.2002, AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 16.9.1998, AP Nr 54 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

οργάνωσης (αρθρ. 8 § 2 N. 1876/90). Κατά πάγια νομολογία δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια όταν ο εργοδότης καταβάλλει σταθερά μία παροχή της κλαδικής ΣΣΕ και στους μη συνδικαλισμένους εργαζομένους. Όπως είναι γνωστό, ο δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης με την εφαρμογή της κλαδικής ΣΣΕ και επί των μη συνδικαλισμένων (ως αντικείμενο πρακτικής) θέλει να εξασφαλίσει ίσους όρους εργασίας σε όλους τους εργαζομένους, συνδικαλισμένους και μη. Έτσι οι μη συνδικαλισμένοι εργαζόμενοι έχουν αξίωση για τη συνέχιση της καταβολής της παροχής και σ' αυτούς (κατά τη διάρκεια ισχύος της συγκεκριμένης ΣΣΕ), βάσει επιχειρησιακής συνήθειας και όχι βέβαια βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης¹. Αυτό ισχύει και κατά την περίοδο της μετενέργειας της ΣΣΕ, μετά τη λήξη δηλ. της ισχύος της ΣΣΕ. Στο ελληνικό δίκαιο ο εργαζόμενος δικαιούται να λαμβάνει κατά την περίοδο της μετενέργειας της ΣΣΕ τον βασικό μισθό και τα τέσσερα (4) επιδόματα που ορίζει το άρθρο 2 § 4 της ΠΥΣ 6/2012. Αυτό πρέπει να ισχύει και όταν η ΣΣΕ εφαρμόζεται στον εργαζόμενο βάσει επιχειρησιακής συνήθειας.

Στην περίπτωση του δεσμευόμενου από ΣΣΕ εργοδότη, ο οποίος καταβάλλει τις παροχές της ΣΣΕ και στους μη συνδικαλισμένους μισθωτούς, σε περίπτωση αμφιβολίας, θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι η παραπομπή αφορά το σύνολο της ΣΣΕ, δηλ. τόσο τους ευνοϊκούς όσο και τους δυσμενείς όρους της². Και τούτο διότι με την εφαρμογή της ΣΣΕ και στους μη συνδικαλισμένους μισθωτούς ο εργοδότης επιδιώκει συνήθως την ενιαία μεταχείριση όλων των εργαζομένων της επιχείρησης.

¹ BAG 3.11.2004 - 5 AZR 73/04, BAG 14.11.2001 - 10 AZR 698/00, **M. Henssler**, Tarifbindung durch betriebliche Übung, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, σελ. 683, 695 επ.

² BAG 19.1.1999-1 AZR 606/98, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag. Σύμφωνα με την προηγούμενη απόφαση του BAG και την άποψη του **Kemal Erarslan** (Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, Hamburg 2017, σελ. 143), όταν όμως **ο μη δεσμευόμενος από τη ΣΣΕ εργοδότης** εφαρμόζει τη ΣΣΕ αυτή στο προσωπικό του κατά επιχειρησιακή συνήθεια, η εφαρμογή αναφέρεται, σε περίπτωση αμφιβολίας, μόνο σε ορισμένους όρους της ΣΣΕ, διότι στην περίπτωση αυτή κίνητρο για την εφαρμογή της ΣΣΕ δεν είναι η εξομοίωση συνδικαλισμένων και μη συνδικαλισμένων μισθωτών. («Da bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber das Gleichstellungsinteresse fehlt, ist mit dem BAG somit im Zweifel eher von einer teilweisen Bezugnahme auszugehen»).

6. Ο σκοπός της παροχής ως στοιχείο προσδιοριστικό της επιχειρησιακής συνήθειας

Όπως είναι ευνόητο, ο εργοδότης συνδέει συχνά την καταβολή μιας οικειοθελούς παροχής με κάποιο σκοπό. Π.χ. καταβάλλει μισθό με το κομμάτι¹, καταβάλλει έξοδα ταξιδιού και επαγγελματικά έξοδα², παρέχει δωρεάν μεταφορά στον χώρο εργασίας³, καταβάλλει επίδομα σε περίπτωση ασθένειας του εργαζομένου⁴ κ.ο.κ. Όταν ο εργοδότης έχει συνδέσει την παροχή με την επίτευξη ορισμένου σκοπού, όπως λ.χ. τη συνταξιοδότηση ατόμων λόγω αναπηρίας με χορήγηση πλήρους αποζημίωσης του Ν. 2112/1920, προκειμένου να ανανεώσει το προσωπικό του με άτομα ικανά για εργασία⁵, τότε διαμορφώνεται επιχειρησιακή συνήθεια **για όσο χρονικό διάστημα υφίσταται ο σκοπός**. Στις περιπτώσεις αυτές δημιουργείται στον εργαζόμενο η δικαιολογημένη πεποίθηση ότι θα συνεχισθεί και στο μέλλον η καταβολή της εκάστοτε παροχής, **για όσο όμως χρονικό διάστημα υφίσταται ο σκοπός με τον οποίο αυτή (η παροχή) είναι συνδεδεμένη**. Χαρακτηριστική είναι η απόφαση υπ' αριθμ. 658/1984 του Αρείου Πάγου⁶, με την οποία το Ακυρωτικό αρνήθηκε την ύπαρξη επιχειρησιακής συνήθειας με αντικείμενο την καταβολή αυξημένης κατά 15% αποζημίωσης απόλυσης, επειδή, κατά τη βούληση του εργοδότη, η πρόσθετη αυτή αποζημίωση σκοπό είχε να επαυξάνει το χαμηλό ύψος της νόμιμης αποζημίωσης· σύμφωνα με τον σκοπό αυτό η πρόσθετη αυτή αποζημίωση καταργήθηκε όταν επήλθε από τον νόμο ικανή αύξηση της νόμιμης αποζημίωσης. Αναλόγως έκριναν και τα γερμανικά δικαστήρια σε περιπτώσεις που ο εργοδότης είχε χορηγήσει πρόσθετες παροχές στους εργαζομένους προς ενίσχυσή τους, με σκοπό να αντιμετωπίσουν την εξαιρετικά δυσμενή οικονομική κατάσταση μετά το τέλος του Β' παγκοσμίου πολέμου⁷. Τα δικαστήρια έκριναν

¹ BAG 31.3.1955, AP Nr. 4 zu § 4 TVG

² LAG Rheinland-Pfalz 22.9.2005, Az.: 4 Sa 359/05

³ LAG Nürnberg 29.10.2004, NZA-RR 2005, 291-294, Urt. v. 8.11.1999, Bibliothec BAG.

⁴ BAG 19.5.2005, NZA 2005, 889-892.

⁵ **Γ. Κουτσούκος**, Δεσμευτικότητα της επιχειρησιακής συνήθειας, HR Professional, Νομοθεσία και Νομολογία για το HR, σελ. 64

⁶ ΕΕργΔ 1985, σελ. 819

⁷ BAG, AP Nr 2, 3 § 611 BGB Gratifikation

ότι ο εργοδότης δεν είχε τη βούληση να καταβάλλει τις εν λόγω παροχές στο διηνεκές, παρά τη σταθερή και επανειλημμένη χορήγησή τους, αλλά δικαιούτο να τις περικόψει όταν εξέλιπαν οι συνθήκες που επέβαλαν τη χορήγησή τους. Εφ' όσον, αντιθέτως, η καταβολή μιας οικειοθελούς παροχής δεν συνδέεται με κάποιο σκοπό, τότε, κατά τη νομολογία του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού¹, δεν δημιουργείται συνήθως (ή παύει να ισχύει εφ' όσον δεν υφίσταται πλέον ο σκοπός) επιχειρησιακή συνήθεια, διότι από την καταβολή της παροχής δεν συνάγεται κατά καλή πίστη μια σαφής βούληση του εργοδότη ότι θα επαναλαμβάνει σταθερά την παροχή και στο μέλλον. Άλλωστε σε μία τέτοια περίπτωση δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας. Μάλιστα, είναι πολύ πιθανό, όταν ο εργοδότης καταβάλλει μία παροχή χωρίς να υφίσταται ένας σκοπός, να βρίσκεται σε πλάνη.

Επομένως, ο σκοπός με τον οποίο συνδέει ο εργοδότης την καταβολή μιας παροχής, είναι ένα σημαντικό στοιχείο που διευκολύνει στον προσδιορισμό λ.χ. του κύκλου των εργαζομένων που δικαιούνται την παροχή, στον προσδιορισμό του χρονικού διαστήματος για το οποίο δικαιούνται την παροχή κ.ο.κ. Επί πλέον εξ αιτίας του σκοπού και των ιδιαιτέρων συνθηκών που συνοδεύουν την καταβολή μιας οικειοθελούς παροχής, καθίσταται συχνά σαφές ότι ο εργοδότης δεν έχει πρόθεση δέσμευσης για το μέλλον². Στις περιπτώσεις αυτές από τον σκοπό της παροχής συνάγεται ότι ο εργοδότης έχει διατυπώσει **σιωπηρώς επιφύλαξη**, έχει επιφυλαχθεί δηλ. σιωπηρώς του δικαιώματός του να διακόψει την καταβολή της παροχής όταν εκλείψει ο λόγος για τον οποίο αυτή χορηγείτο ή όταν εκπληρωθεί ο σκοπός³. Άλλωστε η ερμηνεία των «facta concludentia» (σιωπηρές δηλώσεις βουλήσεως) είναι στενά συνδεδεμένη με την επίκαιρη διαμόρφωση των συνθηκών και του γενικότερου κοινωνικού πλαισίου, εντός του οποίου χορηγείται η παροχή. Συνεπώς η παροχή μπορεί να υπόκειται σε

¹ BAG 30.5.2006 – 1 AZR 111/05, BAG 7.2.1995 – 3 AZR 402/94, BAG 8.12.1982 – 4 AZR 481/80). Σύμφωνα με τις προηγούμενες αποφάσεις το γεγονός ότι ο εργοδότης δεν συμψήφισε τα προηγούμενα έτη την παροχή με τις αυξήσεις που προέβλεπαν οι ΣΣΕ, δεν αποκλείει τον συμψηφισμό αυτό στο μέλλον. Διότι μόνο το γεγονός αυτό δεν αρκεί συνήθως για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, χωρίς να λαμβάνεται υπ' όψη ο σκοπός του μη συμψηφισμού.

² ΑΠ 538/1990, ΔΕΝ 1991, 514, **Δ. Λαδάς**, Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, 2021, σελ. 266

³ **Γ. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1994, σελ. 563-564

διακυμάνσεις ανάλογες με τη μεταβολή των κοινωνικών συνθηκών και συναλλακτικών συνηθειών και ηθών¹.

II. Οι προϋποθέσεις για τη δημιουργία της επιχειρησιακής συνήθειας

Προϋπόθεση για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας είναι μια έμπρακτη συμπεριφορά του εργοδότη, η οποία επαναλαμβάνεται σταθερά και ομοιόμορφα για ικανό χρονικό διάστημα μέσα στον χώρο της εκμετάλλευσης. Η συμπεριφορά αυτή, από ένα χρονικό σημείο και έπειτα, αποκτά νομική σημασία, με την έννοια ότι ο εργοδότης δεσμεύεται πλέον απέναντι στους εργαζομένους του να συνεχίσει την ίδια συμπεριφορά και στο μέλλον. Με άλλα λόγια, η επιχειρησιακή συνήθεια είναι το αποτέλεσμα του συνδυασμού δύο παραγόντων: των συνθηκών που συνοδεύουν τη συμπεριφορά του εργοδότη και ενός χρονικού στοιχείου ² (όπως συμβαίνει και με την αποδυνάμωση δικαιώματος, σύμφωνα με το άρθρο 242 του ΓερμΑΚ ή το άρθρο 281 του ΕΛΛΑΚ). Κατά κανόνα, τη συμπεριφορά του εργοδότη που αποτελεί τη βάση της πρακτικής, συνιστούν **θετικές ενέργειες** του, π.χ. χορήγηση οικειοθελών παροχών. Δεν αποκλείεται όμως η συμπεριφορά του εργοδότη να συνίσταται και σε **παράλειψη**, πράγμα που δημιουργεί σε μερικές περιπτώσεις ιδιαίτερα προβλήματα³.

1. Το στοιχείο του χρόνου

Ουσιαδές εννοιολογικό στοιχείο για τη δημιουργία της πρακτικής είναι η **διάρκεια** της ομοιόμορφης συμπεριφοράς του εργοδότη. Η συμπεριφορά του

¹ **Dr. Franz-Jürgen Säcker**, NoB 1989, σελ. 235

² **M. Bieder**, Die betriebliche Übung-individueller Gestaltungsfaktor oder kollektive Rechtsquelle des Arbeitsrechts?, ZfA 2016, σελ. 2

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 57

εργοδότη πρέπει να επαναλαμβάνεται για κάποιο χρονικό διάστημα. Πόσο πρέπει να είναι το διάστημα αυτό δεν μπορεί να καθορισθεί εκ των προτέρων με γενικά και αφηρημένα κριτήρια, αλλά κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση¹. Οπωσδήποτε όμως η συμπεριφορά του εργοδότη πρέπει να επαναληφθεί τόσες φορές, ώστε, λαμβάνοντας υπόψη και τις λοιπές συντρέχουσες συνθήκες, εύλογα να αναμένει κανείς ότι θα επαναληφθεί και στο μέλλον². Χαρακτηριστική στο ζήτημα αυτό είναι η θέση της γερμανικής νομολογίας, η οποία δέχεται ότι για πρόσθετες παροχές του εργοδότη, που χορηγούνται άπαξ του έτους (π.χ. δώρα Χριστουγέννων), η επί τρία συνεχή έτη (δηλ. η επί τρεις αλληπάλληλες φορές) χορήγησή τους αρκεί για να σχηματισθεί επιχειρησιακή συνήθεια και συνεπώς ο εργοδότης υποχρεούται να συνεχίσει να καταβάλει τις παροχές αυτές και στο μέλλον³. Τα ίδια περίπου ισχύουν και για τις συνταξιοδοτικού χαρακτήρα παροχές που έχουν καταστεί περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας. Σύμφωνα με την πάγια θέση του BAG⁴ «Μία χορηγούμενη στους συνταξιούχους χριστουγεννιάτικη παροχή δεν έχει τον χαρακτήρα δωρεάς. Η παροχή αυτή έχει τη νομική της αιτία στην εργασιακή σχέση που προηγήθηκε. Η παροχή δηλ. στηρίζεται σε μία εκουσίως αναληφθείσα από τον πρώην εργοδότη υποχρέωση μετεργασιακής πρόνοιας και χορηγείται χάριν της παρασχεθείσας από τον εργαζόμενο εργασίας κατά τη διάρκεια της εργασιακής του σχέσης». Επίσης κατά το BAG δεν υφίσταται ένας γενικά δεσμευτικός κανόνας σχετικά με τη διάρκεια που πρέπει να έχει η συμπεριφορά του εργοδότη. Το στοιχείο της διάρκειας, προκειμένου να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια, συναρτάται με τη συχνότητα των παροχών⁵.

Όσοσο θα πρέπει να διακρίνουμε αν η μη καταβολή της παροχής ένα έτος αποσκοπεί απλώς και μόνο στην παρεμπόδιση της δημιουργίας επιχειρησιακής συνήθειας μέσω μιας «κατασκευής καταστρατήγησης»

¹ **Δ. Ζερδελής**, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 233, **Αλ. Καρακατσάνης**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, Ξένιον, Τόμ. ΙΙΙ, σελ. 82, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, σελ. 81

² **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 35-36, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, σελ. 81

³ BAG 5.8.2009, NZA 2009, 1105, BAG 21.1.2009, NZA 2009, 310, BAG 14.8.1996 – 10 AZR 69/96, NZA 1996, 1323, BAG 6.3.1956, BAGE 2, 302 (304), AP Nr 3 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁴ BAG 23.4.1963-3 AZR 173/62

⁵ BAG 15.5.2012-3 AZR 128/11. Σύμφωνα με την ίδια απόφαση για να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια με αντικείμενο τρέχουσες συνταξιοδοτικές παροχές είναι επαρκές ένα χρονικό διάστημα καταβολής τους από 5 έως 8 έτη. Βλ. και BAG 19.8.2008-3 AZR 194/07

(Umgehungs-konstruktion)¹. Στην περίπτωση αυτή δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια. Βέβαια στην πράξη είναι σχεδόν αδύνατο να μπορέσει ο εργαζόμενος να αποδείξει κάτι τέτοιο.

Από τα προηγούμενα συνάγεται ότι η διατύπωση μιας σχηματοποιημένης λύσης αναφορικά με το στοιχείο της διάρκειας δεν ενδείκνυται², όσο κι αν επιβάλλεται αυτό από λόγους ασφάλειας δικαίου. Η θέση της γερμανικής νομολογίας που αναφέρθηκε παραπάνω, δηλ. η επί τρία συνεχή έτη χορήγηση μιας παροχής, μπορεί να χρησιμοποιηθεί μόνο ως «σημείο προσανατολισμού»³. Κρίσιμοι παράγοντες για να προσδιορίσει κανείς το στοιχείο της διάρκειας είναι το είδος και το περιεχόμενο της παροχής και η συχνότητα με την οποία αυτή επαναλαμβάνεται. Εάν -σύμφωνα με τη γερμανική νομολογία- η επί τρία συνεχή έτη χορήγηση στο προσωπικό της επιχείρησης παροχών, που καταβάλλονται μία μόνο φορά το έτος, δεσμεύει τον εργοδότη και για το μέλλον, για παροχές που καταβάλλονται με μεγαλύτερη συχνότητα (π.χ. κάθε μήνα) αρκεί για τη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής και ένα μικρότερο χρονικό διάστημα⁴. Επίσης όταν πρόκειται για παροχές που βελτιώνουν **άμεσα** την οικονομική κατάσταση του εργαζομένου, επηρεάζοντας έτσι τη διαβίωσή του (όπως π.χ. η απαλλαγή του εργαζομένου από την υποχρέωση παροχής εργασίας σε συγκεκριμένη ημέρα), δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια σε συντομότερο χρονικό διάστημα⁵. Όταν πρόκειται για μικρότερης σημασίας παροχές είναι εύλογο να απαιτείται μεγαλύτερος αριθμός επαναλήψεων της παροχής για τη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής από ό,τι απαιτείται για παροχές μεγαλύτερης σημασίας⁶. Διότι όταν οι παροχές είναι μικρότερης σημασίας, σύμφωνα με τη συγκεκριμένη απόφαση, δεν βελτιώνεται άμεσα η οικονομική

¹ **J. Jensen**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010, σελ. 25

² BAG 28.5.2008, AP Nr 80 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

³ **U. Preis**, Arbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 152

⁴ ΑΠ 328/2000, ΔΕΝ 2002, σελ. 1205, ΕφΑθ 3195/1970, ΕΕργΔ 1971, σελ. 108, **Δ. Λαδός**, Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, 2021, σελ. 266

⁵ BAG 17.9.1970, SAE 1971, 213. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή «όσο περισσότερο οι παροχές βελτιώνουν το βιοτικό επίπεδο του εργαζομένου, τόσο συντομότερα μετασχηματίζονται σε δεσμευτική πρακτική». Και κατά τον **Richardi** (Staudinger/**Richardi**, 2011, § 611 BGB Nr. 469) «ο εργαζόμενος παρέχει πίστη ότι θα συνεχίσει να καταβάλλεται η παροχή όσο αυτή βελτιώνει άμεσα το επίπεδο διαβίωσής του»

⁶ BAG 28.6.2006, NZA 2006, 1174 “Bei für den Arbeitnehmer weniger wichtigen Leistungen sind an die Zahl der Wiederholungen höhere Anforderungen zu stellen als bei bedeutsameren Leistungsinhalten”

κατάσταση του εργαζομένου, ούτε μπορεί να συνάγεται με ασφάλεια η βούληση του εργοδότη ότι θα επαναλαμβάνει την παροχή και στο μέλλον.

Εδώ θα πρέπει να σημειωθεί ότι αρκετές φορές, η επί μακρόν άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος με συγκεκριμένο τρόπο είναι δυνατόν να επιφέρει την λεγόμενη “συγκεκριμενοποίηση” (Konkretisierung) της εργασιακής σχέσης¹. Δηλαδή κάποιος όρος εργασίας μπορεί να αποκτήσει ένα συγκεκριμένο περιεχόμενο και συνακόλουθα ο εργοδότης να απολέσει την εξουσία να προσδιορίζει τον συγκεκριμένο όρο στο μέλλον κατά τρόπο διαφορετικό, ασκώντας το διευθυντικό του δικαίωμα. Σ' αυτή την περίπτωση θεωρείται ότι η επί μακρόν άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος κατά τον συγκεκριμένο τρόπο συνιστά δήλωση βούλησης για τροποποίηση της σύμβασης, η οποία (δήλωση) έγινε σιωπηρώς αποδεκτή από τον εργαζόμενο². Βέβαια, προκειμένου να επέλθει σιωπηρή τροποποίηση του περιεχομένου της σύμβασης, θα πρέπει να εξετάζεται η βούληση του εργοδότη για τροποποίηση της σύμβασης και η βούληση του εργαζομένου να αποδεχθεί την τροποποίηση αυτή, δεδομένου ότι η μακροχρόνια συμπεριφορά του εργοδότη μπορεί να μην αποσκοπεί στον περιορισμό του διευθυντικού δικαιώματος αλλά στην εύρυθμη λειτουργία της επιχείρησης³. Ευνόητο είναι επίσης ότι απαιτείται να συντρέχουν και άλλα στοιχεία, από τα οποία να συνάγεται η βούληση αυτή του εργοδότη⁴. Σε περίπτωση απλής αδράνειας του εργοδότη να ασκήσει το διευθυντικό του δικαίωμα κατά διαφορετικό τρόπο είναι εξαιρετικά δύσκολο να συναχθεί η σιωπηρή μεταβολή του περιεχομένου της σύμβασης εργασίας⁵.

Ορισμένοι συγγραφείς υιοθετούν στην περίπτωση αυτή και στοιχεία από τη θεωρία της εμπιστοσύνης, δηλ. υποστηρίζουν ότι ο εργοδότης θα πρέπει να έχει δημιουργήσει στον εργαζόμενο τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη ότι ο όρος της σύμβασης εργασίας έχει αποκτήσει ένα συγκεκριμένο περιεχόμενο και ότι

1 **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2019, σελ. 667 επ., **Δ. Μωραϊτης**, Η μονομερής βλαπτική μεταβολή των συμβατικών όρων εργασίας, 2016, σελ. 61

2 **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 675-676

3 **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Το δικαίωμα μεταθέσεως-γνωμοδότηση (22.7.2002), ΔΕΝ 2003, σελ. 1368, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρητημένης εργασίας, σελ. 66, **Π. Βερροϊόπουλος**, Παρατηρήσεις επί του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη, ΕΕργΔ 1956, 825

⁴ ΑΠ 682/2018, ΔΕΕ 2018, 115, ΑΠ 1212/2006, ΔΕΝ 2006, 939, **Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2021, σελ. 385

⁵ ΑΠ 213/2015, ΔΕΝ 2015, 486, ΑΠ 1212/2006, ΔΕΝ 2006, 939

το περιεχόμενο αυτό δεν πρόκειται να μεταβληθεί στο μέλλον¹. Με άλλα λόγια, η άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος κατά ένα συγκεκριμένο τρόπο για μεγάλο χρονικό διάστημα μπορεί να οδηγήσει στη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας ως προς τον συγκεκριμένο όρο της σύμβασης εργασίας, εφ' όσον συντρέχουν και άλλα περιστατικά που δικαιολογούν, κατά καλή πίστη, μία τέτοια πεποίθηση των εργαζομένων.

2. Το συλλογικό στοιχείο στην επιχειρησιακή συνήθεια

Για να σχηματισθεί από τη συμπεριφορά του εργοδότη, με την πάροδο του χρόνου, πρακτική της εκμετάλλευσης πρέπει η συμπεριφορά του εργοδότη να είναι **γενική** και **απρόσωπη**²: «Δια την ύπαρξιν επιχειρησιακής συνήθειας απαιτείται η συμπεριφορά του εργοδότη να είναι γενική και απρόσωπος, να αντιμετωπίζεται τουτέστιν το αυτό θέμα γενικώς, ομοιομόρφως και μακροχρονίως, εντεύθεν δεν συνιστά επιχειρησιακή συνήθειαν ο τρόπος καθ' ον ο εργοδότης χειρίζεται ορισμένα κατ' ιδίαν -εξατομικευμένα- περιστατικά».

Όταν αντικείμενο της πρακτικής είναι μια παροχή, οι προϋποθέσεις χορήγησης της οποίας πληρούνται μόνο μία φορά στο πρόσωπο καθενός από τους εργαζομένους (όπως συμβαίνει στην περίπτωση της καταβολής αποζημίωσης υψηλότερης από τη νόμιμη ή στην περίπτωση της εφ' άπαξ παροχής λόγω συνταξιοδότησης), τότε κρίσιμο στοιχείο για τον προσδιορισμό της απαιτούμενης χρονικής διάρκειας είναι και **ο αριθμός των εργαζομένων**, στους οποίους εφαρμόσθηκε ήδη η συγκεκριμένη πρακτική³. Ο αριθμός δηλ. των εργαζομένων, που έλαβαν ήδη την παροχή, είναι κρίσιμος, όταν ο εργαζόμενος διεκδικεί μια παροχή την οποία έλαβαν στο παρελθόν άλλοι συνάδελφοί του. Εξ άλλου, από τον αριθμό αυτό, σε σχέση με τον συνολικό αριθμό των εργαζομένων στην εκμετάλλευση ή με την κατηγορία των εργαζομένων που έλαβαν την παροχή, θα κριθεί αν συντρέχει μια γενική και ομοιόμορφη ρύθμιση του εργοδότη ή αντίθετα πρόκειται για ρύθμιση επιλεκτικά

¹ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 25-48, **Χρ. Τσιμπούκης**, Ρήτρες συμβατικής διεύρυνσης του διευθυντικού δικαιώματος, ΕΕργΔ 2012, σελ. 21

² ΑΠ 1402/2017, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 802/2015, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 868/2015, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1146/2004, ΕΕργΔ 2005, σελ. 1286, ΑΠ 658/1984. ΕΕργΔ 1985, σελ. 819, ΑΠ 1739/1986, ΔΕΝ 1987, σελ. 880

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 52

ορισμένων ειδικών περιπτώσεων¹. Αντίθετα, όταν πρόκειται για παροχές που καταβάλλονται περισσότερες από μία φορά στους εργαζομένους και αυτοί τις έχουν ήδη λάβει τόσες φορές, ώστε δικαιολογημένα κατά καλή πίστη να συνάγουν από τη συμπεριφορά του εργοδότη τη βούλησή του να δεσμευθεί και για το μέλλον, στην περίπτωση αυτή δεν ενδιαφέρει ιδιαίτερα πόσοι άλλοι εργαζόμενοι έλαβαν στο παρελθόν την παροχή αυτή².

Το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό (BAG) έχει κρίνει ότι δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια σε περίπτωση που ο αριθμός των εργαζομένων που έλαβαν την οικειοθελή παροχή (οι λήπτες της παροχής) είναι μικρός³. Επίσης γίνεται δεκτό και στην ελληνική νομολογία ότι αν μια παροχή καταβάλλεται σε μικρό αριθμό από τον συνολικό αριθμό των υπαλλήλων κατά περιόδους και όχι κατά γενικό και ομοιόμορφο τρόπο, τότε δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια ούτε υφίσταται έδαφος για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, διότι η συγκεκριμένη παροχή είναι ευκαιριακή και δίδεται μετά από κατ' ιδίαν διαπραγματεύση με ένα έκαστο υπάλληλο ως κίνητρο για την εθελούσια έξοδό του από την επιχείρηση⁴. Επομένως ο αριθμός των εργαζομένων στους οποίους ο εργοδότης καταβάλλει μία οικειοθελή παροχή δεν μπορεί να αποτελέσει πάντοτε ένα ασφαλές κριτήριο από το οποίο να συνάγεται η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας. Ο αριθμός των εργαζομένων (Empfängerkreis) που λαμβάνουν την οικειοθελή παροχή είναι μόνο ένας από τους περισσότερους παράγοντες που λαμβάνονται υπ' όψη για την δημιουργία της επιχειρησιακής συνήθειας⁵.

¹ ΑΠ 1109/1991, ΕΕργΔ 1992, σελ. 815, ErfK/**Preis**, § 611, 13^η εκδ., 2013, Rn 220b, σελ. 1426

² **L. Backhaus**, Die arbeitnehmerbegünstigende betriebliche Übung in der Rechtsprechung des BAG, AuR 1983, 70

³ BAG 11.4.2006, 9 AZR 500/05, BAG 19.1.1999, 9 AZR 667/97, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, Hamburg 2009, σελ. 54.

⁴ Βλ. ΑΠ 272/2017, ΝΟΜΟΣ «... η εν λόγω συμπεριφορά της εναγομένης δεν είχε δημιουργήσει κάποια επιχειρησιακή συνήθεια...η εναγομένη δεν χορηγούσε τέτοια παροχή με γενικό, μακροχρόνιο και ομοιόμορφο τρόπο σε όλους τους αποχωρούντες υπαλλήλους, αλλά μόνο κατά καιρούς, κατόπιν ατομικών διαπραγματεύσεων με ορισμένους, ανεξάρτητα από την κατηγορία στην οποία ανήκαν και από τα επί μέρους χαρακτηριστικά της συμβάσεως εργασίας. Ότι οι παροχές αυτές γίνονταν προκειμένου να επιτευχθεί η εθελούσια έξοδος των υπαλλήλων αυτών από την υπηρεσία της...»

⁵ **M. Bieder**, Die betriebliche Übung-individueller Gestaltungsfaktor oder kollektive Rechtsquelle des Arbeitsrechts?, σελ. 8, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, Hamburg 2009, σελ. 55

Δεν αποκλείεται βέβαια η συμπεριφορά του εργοδότη να τηρείται απέναντι σ' έναν μόνο εργαζόμενο, λόγω της θέσης εργασίας του, και να διατηρεί (η συμπεριφορά αυτή του εργοδότη) το στοιχείο του γενικού και απρόσωπου χαρακτήρα. Είναι χαρακτηριστική η απόφαση ΑΠ 1898/1988¹, σύμφωνα με την οποία δεν αποκλείεται η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας από το γεγονός ότι η ομοιόμορφη και σταθερή συμπεριφορά του εργοδότη έχει ως αποδέκτη έναν μόνο εργαζόμενο, «αν ο μισθωτός αυτός συμβαίνει να καλύπτει, λόγω ειδικότητας, τη μοναδική θέση που συγκεντρώνει τους ουσιαστικούς όρους για την πρακτική αυτή». Πράγματι, ο χαρακτήρας μιας ρύθμισης που εισάγει ο εργοδότης ως γενικής και απρόσωπης δεν αναιρείται από το γεγονός ότι η ρύθμιση αυτή, για λόγους πραγματικούς, τυχαίνει να αφορά έναν μόνο εργαζόμενο. Αρκεί το γεγονός ότι ο κύκλος προσώπων, που αφορά η ρύθμιση, προσδιορίζεται με βάση αντικειμενικά κριτήρια, ώστε η συγκεκριμένη ρύθμιση να καλύπτει και στο μέλλον κάθε εργαζόμενο, που πληροί τις προϋποθέσεις εφαρμογής της.

Από τη γενική και απρόσωπη συμπεριφορά του εργοδότη, που είναι η βάση για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, συνάγει το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό ότι στην επιχειρησιακή συνήθεια ενυπάρχει πάντα ένα **συλλογικό στοιχείο**. Αν το συλλογικό αυτό στοιχείο δεν υπάρχει στη συμπεριφορά του εργοδότη, τότε δεν δημιουργείται μεν επιχειρησιακή συνήθεια, δεν αποκλείεται όμως να έχει λάβει χώρα στη συγκεκριμένη περίπτωση σιωπηρή μεταβολή της σύμβασης εργασίας. Δηλ. το BAG διακρίνει μεταξύ της δημιουργίας επιχειρησιακής συνήθειας και της σιωπηρής μεταβολής της σύμβασης εργασίας συγκεκριμένου ή συγκεκριμένων εργαζομένων. Κατά τη χαρακτηριστική διατύπωση του BAG² «Αν δεν υπάρχει επιχειρησιακή συνήθεια, επειδή π.χ. ο εργοδότης καταβάλλει την παροχή σε ένα συγκεκριμένο εργαζόμενο και συνεπώς ελλείπει από τη συμπεριφορά του το συλλογικό στοιχείο, παρά ταύτα είναι δυνατόν να γεννηθεί αξίωση για τον εργαζόμενο αυτό, εφ' όσον ο εργαζόμενος μπορεί να εκλάβει την πραγματική συμπεριφορά του εργοδότη -κατά καλή πίστη- ως πρόταση κατάρτισης συμβάσεως, την οποία

¹ ΔΕΝ 1989, σελ. 606, βλ. επίσης και ΜΠΘεσσ/κης 16551/2015, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ

² BAG 14.9.2011-10 AZR 526/10, βλ. και BAG 11.4.2006-9 AZR 500/05

(πρόταση) σιωπηρά αποδέχτηκε σύμφωνα με το άρθρο 151 BGB». Επομένως, σύμφωνα με το BAG, σε περίπτωση που ο εργοδότης καταβάλλει **σε έναν μόνο εργαζόμενο** μία οικειοθελή παροχή (ένα ετήσιο μπόνους), αυτό δεν αρκεί για να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια διότι ελλείπει το συλλογικό στοιχείο¹.

Υποστηρίζεται όμως και η άποψη² ότι είναι δυνατόν να δημιουργείται και **ατομική πρακτική**. Αυτό συμβαίνει όταν η σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη έχει ως αποδέκτη έναν μεμονωμένο εργαζόμενο. Κατά τη γνώμη μας, η πρακτική της εκμετάλλευσης ανήκει στα συλλογικά μέσα διαμόρφωσης των όρων εργασίας και ενέχει μέσα της ένα συλλογικό στοιχείο. Αν η σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη απευθύνεται σε ένα συγκεκριμένο εργαζόμενο εξατομικευμένα και όχι ως κάτοχο ορισμένης θέσης εργασίας, τότε -αν η συμπεριφορά αυτή του εργοδότη συνιστά κατά καλή πίστη πρόταση, την οποία ο εργαζόμενος αποδέχεται σιωπηρά- δεν δημιουργείται μεν επιχειρησιακή συνήθεια, αλλά τροποποιείται αντιστοίχως σιωπηρά η σύμβαση εργασίας του συγκεκριμένου εργαζομένου και γεννώνται ενδεχομένως νέες αξιώσεις του.

3. Η σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη

Η δημιουργία της επιχειρησιακής συνήθειας προϋποθέτει σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη ως προς τη ρύθμιση ορισμένων όρων εργασίας. Οι επιμέρους ενέργειες του εργοδότη, που συνθέτουν την πρακτική, πρέπει να χαρακτηρίζονται από **σταθερότητα** και **ομοιομορφία**, ώστε από την επανάληψή τους εύλογα να δημιουργείται η εντύπωση ότι ο εργοδότης ακολουθεί ένα κανόνα που ο ίδιος έχει θέσει και ότι θα τηρήσει και στο μέλλον, κατά τον ίδιο τρόπο, τη συγκεκριμένη συμπεριφορά που ακολούθησε στο παρελθόν³. Αν

¹ BAG 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, Rn. 15, BAGE 118, 16 “Ο θεσμός της επιχειρησιακής συνήθειας περιέχει ένα συλλογικό στοιχείο”. Βέβαια στην περίπτωση που δεν διαπιστώνεται η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας θα πρέπει να εξετάζεται τυχόν παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης εκ μέρους του εργοδότη.

² Δ. Ζερδελής, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 69 επ., πρβλ. και Ι. Ληξουριώτη, ΕΕργΔ 1990, σελ. 610, F.-J. Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971, σελ. 118

³ Seiter, Die Betriebsübung, σελ. 81, ErfK/Preis, §611, 13. Auflage, 2013, Rn 222, σελ. 1427.

η ρύθμιση των όρων εργασίας από τον εργοδότη δεν είναι ομοιόμορφη, αλλά προσαρμόζεται και εξατομικεύεται στις συνθήκες συγκεκριμένου εργαζομένου ή εργαζομένων, τότε δεν είναι δυνατόν να υπάρξει πρακτική¹. Επίσης δεν δημιουργεί επιχειρησιακή συνήθεια ο εξακολουθητικός τρόπος με τον οποίο αντιμετωπίζει ο εργοδότης ορισμένα εξατομικευμένα περιστατικά².

Όσο ευρύτερος είναι ο κύκλος των εργαζομένων, τους οποίους αφορά μία παροχή, τόσο ομοιομορφότερο χαρακτήρα αποκτά η πρακτική, αφού έτσι αποσυνδέεται από τις ιδιότητες, τα προσόντα, το αντικείμενο απασχόλησης και τυχόν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά κάθε εργαζομένου και αποκτά γενικό και απρόσωπο χαρακτήρα³. Σύμφωνα με τη γερμανική νομολογία, σε περίπτωση που ο εργοδότης καταβάλλει από χρόνο σε χρόνο **διαφορετικού ύψους οικειοθελείς παροχές** δεν δημιουργείται αξίωση λόγω επιχειρησιακής συνήθειας⁴. Διότι με τον τρόπο αυτό ο εργοδότης δείχνει ότι επιθυμεί να καταβάλλει παροχές **κατά την κρίση του**, διατηρώντας δηλ. την ελευθερία να καθορίζει ο ίδιος το ύψος της παροχής για τον εκάστοτε χρόνο. Κατά το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια όταν είναι γνωστό στον εργαζόμενο ότι η παροχή ισχύει για ένα συγκεκριμένο ημερολογιακό έτος και ο εργοδότης διατηρεί το δικαίωμα να αναγγέλλει και να διαμορφώνει από έτος σε έτος την παροχή⁵. Έχει εξ άλλου κριθεί ότι η επιφύλαξη του εργοδότη ότι θα ελέγχει κάθε έτος την αναπροσαρμογή των μισθών εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας⁶.

Το ομοιόμορφο της συμπεριφοράς του εργοδότη αναφέρεται πρωτίτως στις **βασικές προϋποθέσεις** για τη γένεση της παροχής. Δευτερεύοντα ζητήματα που σχετίζονται με την παροχή μπορεί να διαφοροποιούνται από τον εργοδότη χωρίς αυτό να ανατρέπει το ομοιόμορφο της συμπεριφοράς του. Εδώ αξίζει να

¹ ΑΠ 802/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Εφθεσσ/κης 1081/2012, ΔΕΝ 2013, σελ. 114-115, ΑΠ 658/84, ΔΕΝ 1985, σελ.280, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, σελ. 35

² ΑΠ 1245/2019, ΔΕΝ 2020, σελ. 1042

³ **Στ. Βλαστός**, ΕΕργΔ 1995, σελ. 353, 354

⁴ BAG 28.2.1996, AP Nr 192 zu §611 BGB Gratifikation, BAG 16.4.1997, 10 AZR 705/96, NZA 1998, 423 (424), **A. Hueck**, Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, 1956, 638

⁵ BAG 16.9.1998, NZA 1999, 203, BAG 16.4.1997 – 10 AZR 705/96, BAG 6.9.1994 – 9 AZR 672/92, **U. Preis**, Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik, SR 3, 2012, www.soziales-recht.eu, σελ. 106, Εφαθ 83/1993, ΔΕΝ 1994, 143. Η δήλωση του εργοδότη ότι η παροχή ισχύει για το τρέχον μόνο ημερολογιακό έτος ισοδυναμεί με **επιφύλαξη**.

⁶ LAG Düsseldorf 9.7.1997 – 11 Sa 164/97 – LAGE BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 21

αναφερθεί η υπ' αριθμ. 25.6.2002 απόφαση του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού¹. Στη συγκεκριμένη περίπτωση ο εργοδότης κατέβαλλε για πολλές δεκαετίες μία οικειοθελή παροχή στους εργαζομένους, εφ' όσον απασχολούντο τουλάχιστον 10 χρόνια στην επιχείρησή του. Η καταβολή ωστόσο της εν λόγω παροχής δεν γινόταν ούτε σε αυστηρώς προκαθορισμένη στιγμή (δεν γινόταν με τη συμπλήρωση ακριβώς δεκαετούς υπηρεσίας) και ούτε είχε πάντα το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (αν και η παροχή εκνείτο μέσα σε ένα σαφές εύρος παροχών). Στην εν λόγω περίπτωση το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό έκρινε ότι είχε δημιουργηθεί δεσμευτική πρακτική, επειδή οι βασικές προϋποθέσεις για τη δημιουργία της (δεκαετής παραμονή στην επιχείρηση, παροχή προνοιακού χαρακτήρα) παρέμεναν οι ίδιες. Επίσης σύμφωνα με την απόφαση υπ' αριθμ. 13.5.2015 του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού² έγινε δεκτό ότι δημιουργήθηκε δεσμευτική πρακτική παρά το γεγονός ότι το εκάστοτε καταβαλλόμενο ποσόν δεν ήταν σταθερό αλλά κυμαινόμενο. Επομένως, σύμφωνα με τη γερμανική νομολογία, εφ' όσον πληρούνται οι βασικές προϋποθέσεις για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, τότε δημιουργείται δεσμευτική πρακτική, ακόμα κι αν υπάρχουν κάποιες μικρές διαφοροποιήσεις ως προς δευτερεύοντα ζητήματα ή λεπτομέρειες.

4. Παροχή χωρίς επιφύλαξη του εργοδότη - Γενική και ειδική επιφύλαξη, επιφύλαξη ελευθεριότητας - επιφύλαξη ανάκλησης, σιωπηρή επιφύλαξη

Ο εργοδότης μπορεί να αποκλείσει τη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής, αν κατά τη χορήγηση της παροχής και γενικότερα κατά την εκδήλωση της συμπεριφοράς του προβεί σε **επιφύλαξη**³. Αν ο εργοδότης δηλώσει ότι η συγκεκριμένη παροχή χορηγείται από ελευθεριότητα και χωρίς καμία πρόθεση

¹ BAG 25.6.2002 – 3 AZR 360/01

² 10 AZR 266/14, **Δ. Λαδάς**, Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, 2021, σελ. 269

³ ΑΠ 1449/2019, ΔΕΕ 2020, σελ. 884, ΕφΑθ 70/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1158/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1402/2017, ΔΕΝ 2018, σελ. 1375, ΜπρΘεσ 19510/2017, ΔΕΕ 2018, σελ. 410, ΕφΘρακ 162/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠΘεσσ/κης 6605/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΠειρ 1117/2003, ΔΕΕ 2004, σελ. 457, BAG 27.2.2019-5 AZR 354/18

Δ. Ζερδελής, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 61, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Ελλάδα 1995, σελ. 807, 810, **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1994, σελ. 559, 563

δέσμευσης για το μέλλον, τότε οι εργαζόμενοι δεν μπορούν να ισχυρισθούν ότι από τη συμπεριφορά του συνήγαγαν μια βούληση δέσμευσής του. Αν όμως ο εργοδότης δεν διατυπώσει επιφύλαξη κατά τη χορήγηση της παροχής, η παροχή -μετά την επανάληψή της- παύει να είναι οικειοθελής, κάνει τον χαρακτήρα της μονομερούς και συνεπώς ανακλητής παροχής και οι εργαζόμενοι έχουν συμβατική αξίωση για την καταβολή της παροχής με βάση σιωπηρή συμφωνία¹. Η επιφύλαξη του εργοδότη πρέπει **να γίνεται στην αρχή ή τουλάχιστον σε χρονικό σημείο πριν από τη διαμόρφωση δεσμευτικής πρακτικής² και να είναι σαφής**, να προκύπτει δηλαδή από αυτήν κατά τρόπο αναμφισβήτητο η βούληση του εργοδότη να αποκλείσει κάθε δέσμευση για το μέλλον³. Μεταγενέστερη επιφύλαξη, δηλαδή μετά τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, είναι χωρίς νομική σημασία⁴. Η επιφύλαξη ενεργεί **για το μέλλον⁵**, αποκλείει τη γέννηση μιας συμβατικής υποχρέωσης του εργοδότη για συνέχιση καταβολής των παροχών. Αν για το τρέχον έτος ο εργοδότης έχει συμβατική υποχρέωση καταβολής της παροχής, είναι ζήτημα που θα κριθεί ανεξάρτητα από την ύπαρξη ή μη επιφύλαξης. Αν π.χ. ο εργοδότης, με ανακοίνωσή του προς το προσωπικό, έχει δηλώσει ότι κατά τη λήξη του έτους θα χορηγήσει μία πρόσθετη παροχή, επιφυλασσομένος συγκρόνως ρητά του δικαιώματός του να τη διακόψει στο μέλλον, τότε **για το τρέχον έτος** οι εργαζόμενοι έχουν συμβατική αξίωση για τη χορήγηση της παροχής⁶. Πράγματι, όπως ήδη αναφέρθηκε, όταν είναι γνωστό στον εργαζόμενο ότι η παροχή ισχύει για ένα συγκεκριμένο έτος και ότι ο εργοδότης διατηρεί το δικαίωμα να αναγγέλλει, αναθεωρεί, τροποποιεί, περιορίζει ή και καταργεί από έτος σε έτος την παροχή⁷, δεν προκύπτει νομική δέσμευση του εργοδότη για το μέλλον ούτε δημιουργείται επιχειρησιακή

¹ ΜΠΑ 512/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 48/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 258/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 431/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Σύμφωνα με την ΑΠ 1235/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: Μόνη η μακροχρόνια εκούσια καταβολή επιδόματος από τον εργοδότη δεν αρκεί για να μεταβάλει την καταβολή της αντιστοίχου παροχής από οικειοθελή σε συμβατική, εάν ο εργοδότης είχε επιφυλαχθεί για την ανάκλησή της και η ανωτέρω επιφύλαξή του δεν αποδυναμώθηκε με σιωπηρή παραίτησή του από αυτήν ή λόγω αντιθέσεώς της προς την διαμορφωθείσα συνείδηση των μερών.

² ΑΠ 203/2015, ΔΕΕ 2016, σελ. 849, ΑΠ 699/2002, ΕΕργΔ 2003, 1369

³ Δ. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 236

⁴ ΑΠ 130/1989, ΕΕργΔ 1989, σελ. 1061

⁵ Cl. Hoffmann, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009, σελ. 164

⁶ Δ. Ζερδελής, Η πρακτική, σελ. 106

⁷ Εφαθ 89/1993, ΔΕΝ 1994, 143, BAG 16.4.1997-10 AZR 705/96, BAG 6.9.1994-9 AZR 672/92, Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 18, 19, U. Preis, Individualarbeitsrecht, 5η εκδ., 2017 § 18, Nr. 699, σελ. 155

συνήθεια. Η εξαγγελία ενός οικονομικού στόχου και του ελάχιστου επιπέδου επίτευξής του αποτελεί ουσιαστικά πρόταση του εργοδότη προς τους εργαζομένους προς σύναψη συμβάσεως, την οποία οι εργαζόμενοι αποδέχονται σιωπηρώς.

Η επιφύλαξη του εργοδότη **δεν απαιτείται να είναι έγγραφη**, αρκεί να έλαβαν γνώση αυτής οι εργαζόμενοι¹. Σύμφωνα με το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό, η επιφύλαξη δεν προκαλεί κατ' αρχήν βλάβη στον εργαζόμενο κατά τρόπο αντίθετο στην καλή πίστη² (σύμφωνα με το άρθρο 307 του ΓερμΑΚ) διότι ανταποκρίνεται στην υποχρέωση διαφάνειας. Επίσης κατά τη γερμανική νομολογία για τη διατύπωση επιφύλαξης εκ μέρους του εργοδότη δεν απαιτείται αιτιολόγησή της (επιφύλαξης)³.

Η επιφύλαξη πρέπει να είναι σαφής και για τον λόγο αυτό είναι κατά κανόνα ρητή. Και χωρίς όμως ρητή επιφύλαξη, είναι δυνατόν, από τις ιδιαίτερες συνθήκες της συγκεκριμένης παροχής, να προκύπτει σαφώς η έλλειψη πρόθεσης του εργοδότη να δεσμευθεί για το μέλλον⁴. Δηλαδή η επιφύλαξη του εργοδότη μπορεί να είναι και **σιωπηρή**⁵. Υποστηρίζεται όμως και η άποψη ότι η επιφύλαξη του εργοδότη πρέπει να είναι **ρητή**⁶. Στοιχείο κρίσιμο για τη διαπίστωση σιωπηρής επιφύλαξης μπορεί να αποτελέσουν οι συνθήκες, ιδίως η αιτία που προκάλεσε τη χορήγηση της παροχής⁷. Για παράδειγμα, δεν υπάρχει υποχρέωση του εργοδότη λόγω επιχειρησιακής συνήθειας να καταβάλει την αυξημένη αποζημίωση απόλυσης, επειδή, κατά τη βούλησή του, η πρόσθετη αυτή παροχή συνδεόταν με το χαμηλό ύψος της προβλεπομένης τότε νόμιμης αποζημίωσης. Στην προκειμένη περίπτωση η επιχείρηση έπαυσε να καταβάλλει την αυξημένη κατά 15% αποζημίωση απόλυσης, όταν επήλθε από τον νόμο ουσιαστική αύξηση της νόμιμης αποζημίωσης⁸.

¹ **G.Hueck/Fastrich**, AR-Blattei D, Betriebsübung I, BI

² BAG 21.1.2009, NZA 2009, 310, BAG 18.3.2009, NZA 2009, 535

³ BAG 21.1.2009, NZA 2009, 310 (312)

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2019, σελ. 238, ΑΠ 538/1990, ΔΕΝ 1991, σελ. 514

⁵ ErfK/**Preis**, 2014, § 611 BGB Nr. 222, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 78

⁶ **Καρακατσάνης/Γαρδικας**, Ατομικό εργατικό δίκαιο, 1995, σελ. 422

⁷ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 61, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 78

⁸ ΑΠ 658/1984, ΕΕργΔ 1985, 819. Κατά την απόφαση η καταβολή της αυξημένης κατά 15% αποζημίωσης συνδεόταν με το ορισμένο από τον νόμο ύψος της αποζημίωσης, το οποίο ο εργοδότης θεωρούσε ανεπαρκές και το οποίο αργότερα αυξήθηκε από τον νόμο. Ωστόσο η

Όπως ήδη αναφέρθηκε, είναι δυνατόν, από την εκτίμηση των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, να προκύπτει ότι ο εργοδότης ήθελε να δεσμευθεί μόνο για ένα ορισμένο χρονικό διάστημα ή ότι η παροχή θα δίνεται με τη συνδρομή ορισμένων προϋποθέσεων και ότι οι εργαζόμενοι όφειλαν και μπορούσαν να αντιληφθούν τον περιορισμό αυτό¹. Ωστόσο πρέπει να προτιμάται ο έγγραφος τύπος της επιφύλαξης για την αποφυγή τυχόν αμφισβητήσεων από την πλευρά των εργαζομένων. Έχει ορθά κριθεί² ότι από τον χαρακτηρισμό και μόνο της παροχής ως «έκτακτης προαιρετικής παροχής» ή ως «δώρου», δεν προκύπτει μία σαφής επιφύλαξη του εργοδότη. Ακόμη, μόνη η υπογράμμιση του εργοδότη προς τους εργαζομένους ότι η συγκεκριμένη παροχή είναι «οικειοθελής», δεν αρκεί για να αποκλείσει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, γιατί απ' αυτή δεν προκύπτει σαφώς αν η έλλειψη συμβατικής δέσμευσης αναφέρεται μόνο στην αρχική χορήγησή της ή αποκλείει και τη δέσμευση για το μέλλον σε περίπτωση συνέχισης της καταβολής της³. Οι χαρακτηρισμοί αυτοί δεν καθιστούν σαφές για τον εργαζόμενο ότι ο εργοδότης θέλησε να αποκλείσει κάθε δέσμευση για το μέλλον ή ότι θέλησε να διατηρήσει το δικαίωμα ανάκλησης της παροχής. Απλώς υποδηλώνουν -και έτσι οφείλουν με βάση τους γενικούς κανόνες ερμηνείας των δικαιιοπρασιών να το αντιληφθούν οι εργαζόμενοι (ΑΚ 173, 200)- ότι δεν υποχρεώθηκε ο εργοδότης από κανονιστικές διατάξεις (Νόμο, ΣΣΕ, ΔΑ) να χορηγήσει την παροχή. Σε κάθε περίπτωση η βούληση δέσμευσης του εργοδότη και κατά συνέπεια η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας θα πρέπει να κρίνεται **από την πλευρά των εργαζομένων**, δηλ. από το πώς αυτοί εξέλαβαν ή θα έπρεπε σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη να εκλάβουν τη συμπεριφορά του εργοδότη⁴.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι σε περίπτωση που ο εργοδότης καταβάλλει μία οικειοθελή παροχή για μεγάλο χρονικό διάστημα και ταυτόχρονα συνοδεύει

απόφαση παρέλειψε να ερευνήσει αν οι εργαζόμενοι μπορούσαν και όφειλαν να διαγνώσουν τη βούληση του εργοδότη. Η απόφαση επικαλείται τη συμβατική θεωρία.

¹ Βλ. Σχετική ανάπτυξη **Δ. Ζερδελή**, Μισθολογικές παροχές εξαρτώμενες από στόχους, ΕΕργΔ 2011, 1049, ΑΠ 1013/1987, ΔΕΝ 1988, σελ. 585, ΑΠ 200/1986, ΕΕργΔ 1986, σελ. 889, ΕφΑθην 11334/1986, ΔΕΝ 1988, σελ. 85

² ΑΠ 978/1975, ΝοΒ 1976, σελ. 279, ΑΠ 307/1977, ΔΕΝ 1977, σελ. 782, ΕΕργΔ 1984, σελ. 779

³ MünchArbR/**Hanau**, τόμ. Ι, 1992, σελ. 996

⁴ **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, Hamburg 2009, σελ. 54

κάθε χορήγηση της παροχής με επιφύλαξη, αλλά συνεχίζει να καταβάλλει αμείωτη την παροχή, η ισχύς της ρήτηρας της επιφύλαξης δεν αποδυναμώνεται¹. Η αντίθετη άποψη, ότι δηλ. η τυπική αυτή επιφύλαξη στερείται ουσιαστικής σημασίας, επειδή έρχεται σε αντίθεση με την εν τοις πράγμασι συμπεριφορά του εργοδότη, από την οποία προκύπτει μία **σιωπηρή παραίτησή του**², δεν είναι - κατά τη γνώμη μας- ορθή. Διότι η προσθήκη της επιφύλαξης, πολύ περισσότερο βέβαια η επανάληψη της επιφύλαξης κατά τη χορήγηση της παροχής, καθιστά σαφές στον εργαζόμενο ότι ο εργοδότης δεν έχει βούληση νομικής δέσμευσης ή ότι επιφυλάσσει για τον εαυτό του το δικαίωμα να ανακαλεί (καταργεί) την παροχή στο μέλλον.

Εξ άλλου ορθά υποστηρίζεται και στη γερμανική θεωρία ότι η καταβολή της παροχής με επιφύλαξη, έστω και αν επαναλαμβάνεται επί μακρόν, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως αντιφατική (ως συμπεριφορά αντίθετη με την αρχή *venire contra factum proprium*). Διότι το γεγονός ότι κάποιος χορηγεί επανειλημμένως μία παροχή, την οποία συνοδεύει με επιφύλαξη, δεν συνιστά ενέργεια ασυμβίβαστη με τη σαφή πρόθεσή του, να μην δεσμευθεί ως προς τη συνέχιση χορήγησης της εν λόγω παροχής στο μέλλον³. Πράγματι η προηγούμενη άποψη είναι ορθή, διότι δεν είναι ευχερές να υποστηριχθεί ότι η επιφύλαξη, η οποία επαναλαμβάνεται σε κάθε νέα χορήγηση της παροχής αποσβέννυται ή αποδυναμώνεται, επειδή ο εργοδότης επί του παρόντος συνεχίζει να καταβάλλει την παροχή. Η επαναλαμβανόμενη επιφύλαξη αναφέρεται άλλωστε στο μέλλον. Δηλαδή η επιφύλαξη δεν έρχεται σε αντίθεση με τα πράγματα και τη συμπεριφορά του εργοδότη, απλώς ενεργεί παράλληλα με αυτά και εκφράζει τη σαφή βούλησή του να μη δεσμεύεται για το μέλλον, αλλά να διατηρεί το δικαίωμα να διακόπτει την παροχή, όποτε ο ίδιος το κρίνει σκόπιμο.

Κατά κανόνα, η επιφύλαξη, προκειμένου να αποκλείει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, πρέπει να είναι **ειδική** και να διατυπώνεται σε κάθε περίπτωση χορήγησης νέας παροχής⁴. Όμως, γίνεται δεκτό στη νομολογία, ότι

¹ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2019, σελ. 237, **G. Hueck/L. Fastrich**, AR-Blattei D, Betriebsübung I, 1982

² **Λ. Ντάσιος**, Εργατικό Δικονομικό Δίκαιο, τομ. Α/Ι, 1991, σελ. 317

³ **T. Tomandl**, Arbeitsrecht 1, 1988, σελ. 175

⁴ ΑΠ 546/2007, ΔΕΝ 2007, σελ. 1114, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 237

αν προβλέπεται μια γενική επιφύλαξη στον κανονισμό εργασίας ή στο κείμενο της σύμβασης εργασίας που υπέγραψε ο εργαζόμενος κατά την πρόσληψή του, τότε η επιφύλαξη αυτή δεν απαιτείται να επαναλαμβάνεται σε περίπτωση χορήγησης νέας παροχής¹. Διότι η **γενική επιφύλαξη** που προδιατυπώνει ο εργοδότης στη σύμβαση εργασίας ή στον κανονισμό εργασίας ισχύει -σύμφωνα με την άποψη αυτή- για όλες τις παροχές που θα χορηγεί τυχόν ο εργοδότης στο μέλλον. Κατά της άποψης αυτής προβάλλεται σοβαρός αντίλογος τόσο στη θεωρία² όσο και στη νομολογία³. Υποστηρίζεται πράγματι ότι η προδιατυπωμένη στη σύμβαση εργασίας ή στον κανονισμό γενική επιφύλαξη, σύμφωνα με την οποία «κάθε παροχή του εργοδότη πέραν των προβλεπομένων από τη σύμβαση εργασίας, τις ΣΣΕ ή την εργατική νομοθεσία, καταβάλλεται χωρίς βούληση νομικής δεσμεύσεως και δεν μπορεί να αποτελεί βάση για τη δημιουργία αξιώσεων», δεν είναι δυνατόν να αφαιρέσει τον δικαιοπρακτικό χαρακτήρα των παροχών που θα καταβάλλει ο εργοδότης στο μέλλον. Εφ' όσον, κατά την κρατούσα συμβατική θεωρία, η σταθερά επαναλαμβανόμενη εργοδοτική παροχή συνιστά σιωπηρή πρόταση προς κατάρτιση σύμβασης την οποία ο εργαζόμενος αποδέχεται, δεν είναι δυνατόν ο δικαιοπρακτικός χαρακτήρας της πρότασης αυτής να αναιρείται από μία άλλη χρονικά προγενέστερη και άσχετη με την παροχή δήλωση βούλησης. Η **ενότητα** της πρότασης και αποδοχής που ενυπάρχει σε κάθε σύμβαση και η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361) κατά κανόνα δεν επιτρέπουν να ερμηνεύεται μία προδιατυπωμένη γενική επιφύλαξη κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να αποκλείεται ο δεσμευτικός χαρακτήρας μιας χρονικά μεταγενέστερης δήλωσης βούλησης⁴. Προτεραιότητα κατά τη νομική αξιολόγηση μιας πρότασης προς σύναψη συμβάσεως πρέπει να δίνεται στην πρόταση αυτή και όχι σε προγενέστερους άσχετους με τη συγκεκριμένη

¹ ΑΠ 1449/2019, ΔΕΕ 2020, σελ. 884, ΑΠ 48/2015, ΕΕργΔ 2015, σελ. 342, ΑΠ 1170/1975, ΕΕργΔ 1976, σελ. 325, ΕφΑθην 493/2004, ΔΕΕ 2004, σελ. 1049, BAG 6.12.1995, AP Nr 187 zu § 611 BGB Gratifikation, **Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2022, σελ. 33. Κατά τη διατύπωση της νομολογίας «Μάλιστα, εφ' όσον ο εργοδότης έχει επιφυλάξει σε αυτόν το δικαίωμα ανάκλησης οικειοθελούς παροχής, **δεν απαιτείται κατά νόμο η επιφύλαξη αυτή να επαναλαμβάνεται κάθε φορά που ο εργοδότης χορηγεί την άνω παροχή, αλλά αρκεί ο σχετικός όρος να υπάρχει στην ατομική σύμβαση εργασίας που κατάρτισε ο εργαζόμενος κατά την πρόσληψή του**» (ΑΠ 1449/2019, ΔΕΕ 2020, 884).

² **Preis/Sagan**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt im Fadenkreuz der Rechtsgeschäftslehre, NZA 2012, σελ. 697 και NZA 2012, 1077, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 154-155

³ BAG 28.5.2008-10 AZR 274/07, BAG 14.9.2011-10 AZR 626/10

⁴ BAG 14.9.2011-10 AZR 626/10

παροχή συμβατικούς όρους. Άλλωστε, όπως εκθέσαμε, η επιφύλαξη πρέπει να είναι συγκεκριμένη και σαφής και να ανταποκρίνεται στο καθήκον διαφάνειας. Επομένως, προκειμένου να αποκλεισθεί η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας και η δημιουργία νομικής δέσμευσης για το μέλλον, πρέπει η επιφύλαξη να είναι συγκεκριμένη και να συνοδεύει την καταβολή κάθε παροχής.

Με την **επιφύλαξη ελευθεριότητας** ο εργοδότης δηλώνει ότι, καταβάλλοντας την παροχή δεν έχει βούληση νομικής δέσμευσης, δεν θέλει δηλ. να αναλάβει κάποια υποχρέωση σχετικά με την καταβολή της παροχής. Επομένως, η επιφύλαξη ελευθεριότητας εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, εμποδίζει τη γένεση αξίωσης υπέρ των εργαζομένων, αφού ο εργοδότης καθιστά σαφές ότι με την καταβολή της παροχής δεν εκφράζει βούληση δέσμευσης, δηλ. η καταβολή της παροχής δεν συνιστά δήλωση βούλησης (δεν συνιστά σιωπηρή πρόταση προς κατάρτιση σύμβασης)¹. Όταν, συνεπώς, η παροχή συνοδεύεται από επιφύλαξη ελευθεριότητας, ο εργαζόμενος δεν αποκτά αξίωση (έστω και αν η παροχή επαναλαμβάνεται επί μακρόν) και ο εργοδότης μπορεί να διακόψει την παροχή οποτεδήποτε, χωρίς να αιτιολογήσει τη διακοπή, χωρίς καν να δηλώσει τη διακοπή στον εργαζόμενο.

Εκτός από την επιφύλαξη ελευθεριότητας (Freiwilligkeitsvorbehalt) υπάρχει και η **επιφύλαξη ανάκλησης** (Widerrufsvorbehalt), με την οποία ο εργοδότης διατηρεί το δικαίωμα να ανακαλέσει (καταργήσει) την παροχή για το μέλλον ή να μεταβάλλει το ύψος της ή τις προϋποθέσεις καταβολής της. Η επιφύλαξη ανάκλησης ή δικαίωμα ανάκλησης (Widerrufsrecht) δεν εμποδίζει τη γένεση αξίωσης υπέρ του μισθωτού ή τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, απλά παρέχει το δικαίωμα στον εργοδότη να ασκήσει το δικαίωμα ανάκλησης και να καταργήσει ή μεταβάλει την παροχή. Παλαιότερα δεν γινόταν διάκριση στην ελληνική νομολογία μεταξύ της ρήτηρας ελευθεριότητας και της ρήτηρας ανάκλησης, αλλά και οι δύο αυτές ρήτρες θεωρείτο ότι έχουν τις ίδιες έννομες συνέπειες, δηλ. εμποδίζουν τη δημιουργία συμβατικής δέσμευσης. Με την απόφαση όμως του ΑΠ 1174/2017² γίνεται για πρώτη φορά η διάκριση μεταξύ

¹ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 679 επ., **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., σελ. 812 επ., **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 154, § 18 Nr. 698, **STAUDINGER/Richardi/Fischinger**, BGB § 611, Nr. 419 επ.

² ΔΕΝ 2017, 1182 και ΕΕργΔ 2018, 223, με παρατηρήσεις μας ΔΕΝ 2017, σελ. 1184 και **Παν. Μπουμπουχερόπουλου**, ΕΕργΔ 2018, σελ. 175 επ.

των δύο αυτών ρητρών και επισημαίνεται η μεταξύ τους διαφορά: Η μεν ρήτρα ελευθεριότητας εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας ή σιωπηρής συμβατικής δέσμευσης, έστω και αν η χορήγηση της παροχής παρατείνεται για μακρό χρονικό διάστημα. Συνεπώς ο εργοδότης μπορεί κατά πάντα χρόνο να παύσει την καταβολή της παροχής που συνοδεύεται από επιφύλαξη ελευθεριότητας, χωρίς να είναι υποχρεωμένος να προβεί σε κάποια πανηγυρική διαπλαστική δήλωση. Αντιθέτως η ρήτρα ανάκλησης δεν εμποδίζει μεν τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας και τη γένεση αξίωσης υπέρ του μισθωτού, η αξίωση όμως αυτή απόλλυται για το μέλλον αν ο εργοδότης ασκήσει το δικαίωμα ανάκλησης¹.

Ακόμη και στην περίπτωση που έχει ήδη διαμορφωθεί επιχειρησιακή συνήθεια είναι ενδεχόμενο ο εργοδότης να συνεχίσει να καταβάλλει την παροχή προσθέτοντας εκ των υστέρων επιφύλαξη ελευθεριότητας ή επιφύλαξη ανάκλησης. Στην περίπτωση αυτή αν οι εργαζόμενοι δεν αντιδράσουν για μεγάλο χρονικό διάστημα στη σταθερά επαναλαμβανόμενη παροχή, η οποία συνοδεύεται πλέον από επιφύλαξη του εργοδότη, τότε είναι δυνατόν να συναχθεί από τη συμπεριφορά τους μια σιωπηρή αποδοχή της τροποποιημένης πρότασης του εργοδότη, οπότε αίρεται πλέον η υφιστάμενη πρακτική ή δημιουργείται μία αντίθετη πρακτική². Βεβαίως σε περίπτωση που οι εργαζόμενοι αποκρούσουν την επιφύλαξη του εργοδότη, εμποδίζεται η δημιουργία αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας.

Β' ΚΕΦΑΛΑΙΟ

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ – ΠΟΤΕ ΑΠΟΚΛΕΙΕΤΑΙ Η ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ – Η ΔΕΣΜΕΥΣΗ ΤΩΝ

¹ Βλ. αναλυτικότερα σελ. 108 επ.

² Δ. Ζερδελής, Η πρακτική, σελ. 59, Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 23. Το ζήτημα συνδέεται με την κατάργηση της πρακτικής ή τη δημιουργία αντίθετης πρακτικής. Βλ. στο οικείο κεφάλαιο.

ΝΕΟΠΡΟΣΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΩΝ – ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΚΑΙ ΙΣΗ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗ – ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΤΗΤΑΣ – ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ ΑΝΑΚΛΗΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ

I. Το αντικείμενο της πρακτικής - Οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη

1. Όροι εργασίας επί των οποίων δημιουργείται συνήθως πρακτική

Με αφετηρία τη συμβατική θεμελίωση της πρακτικής, γίνεται δεκτό ότι αντικείμενό της μπορεί να αποτελέσει κάθε ζήτημα, το οποίο έγκυρα μπορεί να συμφωνηθεί ως περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας¹. Έτσι, σύμφωνα με τη νομολογία, μπορεί να δημιουργηθεί δεσμευτική πρακτική για θέματα που αφορούν π.χ. τον χρόνο εργασίας (ωράριο, υπερεργασία, υπερωρίες, εργασία κατά τις Κυριακές και αργίες κ.λπ.)², τις μισθολογικές παροχές (προσαύξηση μισθού, επιδόματα, καταβολή «δώρου εορτών» μεγαλύτερου του νόμιμου, μισθός σε είδος, κ.λπ.)³, την προαγωγή (μισθολογική προαγωγή κατά τακτά διαστήματα, με την προϋπόθεση ότι ο εργαζόμενος έχει ευδόκιμη υπηρεσία)⁴, τη μετάθεση (περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος μετάθεσης)⁵, την απαλλαγή των συνδικαλιστικών στελεχών από την υποχρέωσή τους για παροχή εργασίας⁶, τις άδειες⁷, ζητήματα ευθύνης του μισθωτού (απαλλαγή των μισθωτών από την υποχρέωση αποζημίωσης όταν η ζημία που προξένησαν δεν οφείλεται σε δόλο), την παροχή περίθαλψης/συνταξιοδοτικές παροχές⁸ (Versorgungszusagen), την

¹ErfKom-Preis, BGB, § 611, Rn. 220, 13^η εκδ. 2013

²Ενδεικτικά ΑΠ 226/2014, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 162/1993, ΔΕΝ 1993, σελ. 649, Επρ. Ελευσίνας 5/1993, ΔΕΝ 1993, σελ. 998, ΑΠ 228/1991, ΔΕΝ 1993, σελ. 845

³ΑΠ 266/2014, ΔΕΝ 2014, 423, Βλ. περιπτώσιολογία σε **Δ. Ζερδελή**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 97 επ., ΑΠ 413/1989, ΕΕργΔ 1990, σελ. 736, ΑΠ 44/1983, ΕΕργΔ 1983, σελ. 528, ΑΠ 130/1989, ΕΕργΔ 1989, σελ. 1061, ΑΠ 753/1987, ΕΕργΔ 1988, σελ. 356

⁴ΕφΘεσ 789/1990, Αρμ 1990, σελ. 33

⁵ΑΠ 1564/1987, ΕΕργΔ 198, σελ. 177, ΕΕργΔ 1991, σελ. 455

⁶ΕφΑθην 1307/1972, ΝοΒ 1972, σελ. 1188

⁷ΜΠΘεσσ 8691/1996, ΕΕργΔ 1997, σελ. 271

⁸ΕφΠειρ 82/2011, ΠειρΝμλγ 2011, σελ. 406, με παρατηρήσεις μας σελ. 410-411

ομαδική ασφάλιση του προσωπικού μιας επιχείρησης¹, την καταβολή του φόρου εισοδήματος και των ασφαλιστικών εισφορών που βαρύνουν τον μισθωτό από τον εργοδότη, την καταγγελία της σύμβασης εργασίας καθώς και την αποζημίωση απόλυσης (καταβολή αποζημίωσης μεγαλύτερης από τη νόμιμη², καταβολή πλήρους αποζημίωσης απόλυσης σε όσους εργαζομένους αποχωρούν οικειοθελώς από την επιχείρηση, χορήγηση πρόσθετης αποζημίωσης σε περίπτωση πρόωρης αποχώρησης στο πλαίσιο ειδικού συνταξιοδοτικού προγράμματος κ.ο.κ.)³, προσμέτρηση του διαλείμματος στον χρόνο εργασίας⁴, την εφαρμογή συλλογικών συμβάσεων σε σχέσεις μη δεσμευόμενες από αυτές⁵, την υποχρέωση επαναπρόσληψης του εποχιακά απασχολούμενου προσωπικού⁶, την ιδιωτική χρήση ίντερνετ από τον εργαζόμενο⁷, δωρεάν μεταφορά των εργαζομένων από και προς τον χώρο εργασίας⁸, δωρεάν χώρος πάρκινγκ⁹, κ.ά.. Επομένως κάθε ζήτημα που θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο ρύθμισης με σύμβαση εργασίας, θα μπορούσε να αποτελέσει και περιεχόμενο της επιχειρησιακής συνήθειας¹⁰.

¹ ΑΠ 395/2020, ΔΕΝ 2021, σελ. 905, ΕφΑθ 70/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

² ΑΠ 272/2017, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 868/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΕφΔωδεκανήσου 8/2014, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσσ/κης 720/2014, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ. Σύμφωνα όμως με την ΑΠ 350/2019 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) η αποζημίωση που δικαιούνται οι μισθωτοί υπόκειται στους περιορισμούς του άρ. 2 § 2 και του άρ. 3 του Α.Ν. 173/1967 ακόμη και αν η καταβολή υψηλότερης αποζημίωσης προβλέπεται είτε από άλλη διάταξη νόμου ή κανονισμού, είτε από σύμβαση οποιασδήποτε μορφής ή εθιμικό κανόνα ή επιχειρησιακή συνήθεια. Συνέπεια αυτών είναι η αγωγή με την οποία ζητείται αποζημίωση μεγαλύτερη από τα ως άνω όρια να είναι κατά το υπερβάλλον μη νόμιμη. Επίσης σύμφωνα με την ΑΠ 673/2014 (ΔΕΝ 2014, 925 και ΔΕΕ 2015, 656) δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια λόγω της καταβολής σε κάποιους μισθωτούς αποζημίωσης απόλυσης που υπερβαίνει το ανώτατο όριο στον υπολογισμό της αποζημίωσης απόλυσης του άρθρου 5 § 1 εδ. β Ν. 3198/1955, διότι κάτι τέτοιο θα προσέκρουε σε διάταξη αναγκαστικού δικαίου. Βλ. σχόλιο **Γ. Θεοδόση** (ΔΕΕ 2015, 661 επ.). Για το ζήτημα του κύρους της συμφωνίας καταβολής αποζημίωσης υψηλότερης από το όριο (πλαφόν) του άρθρ. 5 § 1 εδ. β Ν. 3198/1955 βλ. και **Αν. Λεβέντη**, ΔΕΕ 2018, 113, βλ. και ΑΠ 1801/2008, ΔΕΝ 2009, 356 (δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας για καταβολή αυξημένης αποζημίωσης κατά την οικειοθελή αποχώρηση των υπαλλήλων).

³ ΑΠ 973/2019, ΔΕΝ 2019, σελ. 1556, ΜονΕφΔωδεκανήσου 8/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1782/2013, ΔΕΕ 2015, σελ. 277, ΑΠ 279/2000, ΔΕΝ 2001, σελ. 283, ΕφΑθην 4503/1996, ΔΕΝ 1998, σελ. 323, ΕφΑθην 4280/1992, ΕΕργΔ 1994, σελ. 299

⁴ BAG 19.6.2001, 1 AZR 597/00,

⁵ ΑΠ 773/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, **Αλ. Καρακατσάνης**, Συλλογικό εργατικό δίκαιο, 1992, σελ. 157

⁶ ΑΠ 803/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΔωδ 225/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1405/2017, ΕΕργΔ 2018, σελ. 347, ΕφΘράκης 162/2015, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ

⁷ Βλ. παραδείγματα ErfKom-Preis, BGB § 611, Rn. 220 επ.

⁸ LAG Nürnberg, Urt. v. 29.10.2004, NZA-RR 2005, 291-294

⁹ **J. Jensen**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010, 5-6

¹⁰ **R. Becker**, BB 2000, σελ. 2095, 2096

2. Οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη

Αφορμή για τη δημιουργία του φαινομένου της πρακτικής σε διεθνές επίπεδο αποτέλεσαν οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη. Οι λεγόμενες «οικειοθελείς» παροχές του εργοδότη αποτελούν συνεπώς το σύνηθες αντικείμενο της πρακτικής της εκμετάλλευσης και ταυτόχρονα το βασικό πεδίο εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης¹. Οικειοθελείς είναι οι παροχές που χορηγεί ο εργοδότης στον μισθωτό οικειοθελώς, δηλ. χωρίς να έχει νομική υποχρέωση. Οικειοθελείς είναι π.χ. οι παροχές του εργοδότη κατά το μέτρο που υπερβαίνουν τις παροχές των συλλογικών συμβάσεων, διαιτητικών αποφάσεων, νόμων, υπουργικών αποφάσεων ή άλλων κανονιστικών διατάξεων² ή της ατομικής συμβάσεως εργασίας, οι οποίες χορηγούνται με αποκλειστική πρωτοβουλία του εργοδότη, κατά κανόνα με αφορμή ορισμένα γεγονότα (π.χ. εορτές, συμπλήρωση ορισμένου χρόνου υπηρεσίας στην επιχείρηση, χορήγηση άδειας αναψυχής, οικογενειακά γεγονότα, κλείσιμο ισολογισμού κ.ά.). Δηλ. οι οικειοθελείς παροχές καταβάλλονται εκουσίως και όχι προς εκτέλεση της ατομικής σύμβασης εργασίας ή προς εκπλήρωση κάποιας νομικής υποχρέωσης. Η γερμανική νομολογία διακρίνει τις παροχές αυτές, τις οποίες θεωρεί ως «μισθό εν ευρεία εννοία», από τις καταβαλλόμενες περιοδικά, σε σύντομα χρονικά διαστήματα (ημέρα, εβδομάδα, μήνας) παροχές, που αποτελούν άμεσα την αμοιβή για ορισμένη *pro rata temporis* ποσότητα εργασίας (μισθός εν στενή εννοία)³. Το γεγονός ότι οι οικειοθελείς παροχές καταβάλλονται με αφορμή την εργασία ή σχετίζονται με την εργασία, την οποία προσέφερε ο εργαζόμενος μέσα σε ορισμένο χρονικό διάστημα, καθιστά σαφές ότι οι οικειοθελείς παροχές, ακόμη και αν έχουν καταβληθεί μία μόνο φορά, **δεν αποτελούν δωρεά** αλλά τμήμα του μισθού που λαμβάνει ο εργαζόμενος, έστω και αν χαρακτηρίζονται από τον εργοδότη ως «δώρα»⁴. Επομένως, εκείνο που διακρίνει τις οικειοθελείς παροχές

¹ Η γερμανική νομολογία χαρακτηρίζει τις οικειοθελείς παροχές «Gratifikationen». Τον όρο «gratifikationen» χρησιμοποιούν και η γαλλική νομολογία και θεωρία για να χαρακτηρίσουν τις παροχές που χορηγεί ο εργοδότης από ελευθεριότητα (Libéralité).

² **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 70, ΟλομΑΠ 1752/84, ΔΕΝ 42, σελ. 1033, ΑΠ 1288/85, ΔΕΝ 43, σελ. 81, ΑΠ 1270/87, ΕΕργΔ 48, σελ. 323, ΑΠ 640/88, ΕΕργΔ 48, σελ. 563

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 103

⁴ STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, § 611 αριθμ. 864

από τις τρέχουσες καταβαλλόμενες (π.χ. κατά μήνα) αποδοχές δεν είναι η έλλειψη ανταλλακτικής σχέσης με την εργασία που παρασχέθηκε για ορισμένο χρονικό διάστημα, αλλά το γεγονός ότι η ανταλλακτική αυτή σχέση δεν είναι τόσο εμφανής όσο είναι στις τρέχουσες καταβαλλόμενες κατά μήνα παροχές¹.

Οι σκοποί που επιδιώκει ο εργοδότης με τη χορήγηση «οικειοθελών παροχών» ποικίλλουν από περίπτωση σε περίπτωση (π.χ. παραμονή του εργαζομένου στην επιχείρηση, μείωση των απουσιών, αύξηση της παραγωγικότητας κ.ο.κ.) και συνάγονται όχι τόσο από τον χαρακτηρισμό των παροχών από τον εργοδότη, όσο από τις προϋποθέσεις χορήγησής τους².

Εφ' όσον ο εργοδότης δεν έχει αναλάβει συμβατική δέσμευση για χορήγηση των παροχών αυτών και στο μέλλον, δικαιούται οποτεδήποτε να παύσει τη χορήγησή τους. Αν όμως ο εργοδότης χορηγεί τακτικά την παροχή και οι μισθωτοί την αποδέχονται, τότε συνάπτεται σιωπηρή σύμβαση και ο εργοδότης δεν μπορεί πλέον να την ανακαλέσει ή να μειώσει το ύψος της, εκτός αν έχει επιφυλάξει για τον εαυτό του τέτοιο δικαίωμα. Δηλ. στην περίπτωση αυτή δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια. Αυτό γίνεται πάγια δεκτό στη νομολογία, η οποία μάλιστα στην περίπτωση αυτή προσδίδει στις παροχές μισθολογικό χαρακτήρα³. Για τον λόγο αυτό ο εργοδότης θα πρέπει να συντάσσει με επιμέλεια το έγγραφο της γνωστοποίησης των όρων εργασίας (ΠΔ 156/1994), ώστε να περιλαμβάνεται και στο έγγραφο αυτό ο οικειοθελής χαρακτήρας της παροχής και η σχετική επιφύλαξη. Προϋπόθεση βέβαια είναι οι παροχές αυτές, σε χρήμα ή σε είδος, να χορηγούνται από τον εργοδότη ως αντάλλαγμα για την παροχή της εργασίας εκ μέρους του μισθωτού και όχι για άλλη αιτία, π.χ. για την αντιμετώπιση των λειτουργικών αναγκών της επιχείρησης (π.χ. αποκατάσταση οδοιπορικών ή άλλων δαπανών) ή για τη διευκόλυνση της εκτέλεσης της σύμβασης, οπότε δεν πρόκειται για μισθό⁴. Εάν όμως τα χρήματα αυτά (π.χ. οδοιπορικά) καταβάλλονται χωρίς να γίνεται εκκαθάριση, χωρίς δηλ. να

¹ ΑΠ 1013/1987, ΔΕΝ 1988, σελ. 585, ΑΠ 347/1986, ΕΕργΔ 1987, σελ. 39, **Στ. Βλαστός**, Η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας τόμ. ΙΙ, 1990, σελ. 799 επ.

² BAG 25.4.1991, SAE 1992, σελ. 234

³ ΑΠ 130/1989, ΕΕργΔ 1989, σελ. 1057, 1061

⁴ ΑΠ 699/2015, ΔΕΝ 2015, 827, ΑΠ 774/2003, ΔΕΝ 2003, 1300, ΕφΑθην 371/1985, ΔΕΝ 1985, σελ. 663, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 71, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 107

ελέγχεται εάν οι δαπάνες είναι πραγματικές, τότε θεωρούνται ως τακτικές αποδοχές¹.

3. Πότε η καταβολή μιας οικειοθελούς παροχής δεν μπορεί να αποτελέσει περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας

α) Εργοδοτικές παροχές που συνιστούν παράνομη συμπεριφορά

Μία παροχή του εργοδότη που οφείλεται σε «παράνομη συμπεριφορά» του εργοδότη ή του εργαζομένου δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο της πρακτικής της εκμεταλλεύσεως. Ως «παράνομη συμπεριφορά» θεωρείται κάθε συμπεριφορά που αντίκειται στον νόμο, στη συλλογική σύμβαση εργασίας, στον κανονισμό εργασίας ή στην ατομική σύμβαση εργασίας². Έτσι έκρινε η υπ' αριθμ. 673/2014 του Αρείου Πάγου³ -αναφορικά με την υπέρβαση του πλαφόν αποζημίωσης- ότι δεν είναι δυνατή η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας για την καταβολή αποζημίωσης απόλυσης πλέον του ανωτάτου ορίου που επιβάλλει ο Ν. 3198/1955, διότι η επιχειρησιακή αυτή συνήθεια θα προσέκρουε στην αναγκαστικού δικαίου διάταξη του αρ. 5 § 1 εδ. β του Ν. 3198/1955⁴. Εξ άλλου μία βασική προϋπόθεση για την εφαρμογή και της αρχής της ίσης μεταχείρισης είναι να υπάρχει οικειοθελής παροχή του εργοδότη που να μην προσκρούει σε απαγορευτική διάταξη νόμου και μάλιστα αμφιμερώς αναγκαστικού δικαίου.

Όπως είναι γνωστό, οι όροι της σύμβασης εργασίας μπορούν να τροποποιηθούν τόσο υπέρ όσο και εις βάρος των εργαζομένων μέσω μιας επιχειρησιακής συνήθειας. Όταν όμως υπάρχει ισχύουσα συλλογική σύμβαση εργασίας ή κανονισμός εργασίας στην επιχείρηση, τότε η πρακτική της

¹ ΑΠ 1237/2017, ΕΕργΔ 2017, σελ. 1453

² **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, Hamburg 2009, σελ. 58

³ ΔΕΝ 2014, 926 και ΔΕΕ 2015, 656 με παρατηρήσεις **Γ. Θεοδόση**

⁴ Βέβαια η απόφαση αυτή έχει δεχθεί την κριτική της θεωρίας και νεότερες αποφάσεις (ΜΠΑ 1433/2017, ΔΕΕ 2018, σελ. 113) δέχονται ότι ο περιορισμός του αρθρ. 5 § 1 Ν. 3198/1955 δεν αποκλείει ευνοϊκότερες συμφωνίες, βλ. την εργασία μας ΔΕΕ 2018, σελ. 113, **Γ. Λεβέντη/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, σελ. 865.

εκμετάλλευσης δεν μπορεί να έχει ως περιεχόμενο δυσμενέστερους από τη ΣΣΕ, τον κανονισμό κ.ο.κ. όρους εργασίας για τους εργαζομένους, αλλά μπορεί να λειτουργήσει **μόνο υπέρ των εργαζομένων**, διαφορετικά θα πρόκειται για παράνομη και προσκρούουσα σε κανονιστικές διατάξεις συμπεριφορά του εργοδότη (αρχή της εύνοιας 680 ΑΚ, αρθρ. 7 § 2, 10 § 1 Ν.1876/1990). Επίσης οι διατάξεις του Ν. 2112/1920 και Ν. 3198/1955 είναι μονομερώς αναγκαστικού χαρακτήρα, περιέχουν δηλ. κατώτατα όρια προστασίας, γεγονός που σημαίνει ότι δεν επιτρέπεται μεν παραίτηση από την προστασία αυτή, βελτίωση όμως της προστασίας υπέρ των εργαζομένων είναι δυνατή¹. Η ευνοϊκότερη αυτή ρύθμιση μπορεί να περιέχεται και σε επιχειρησιακή συνθήθεια. Για τον λόγο αυτό υπογραμμίζουμε ότι η επιχειρησιακή συνθήθεια μπορεί να λειτουργήσει μόνο υπέρ των εργαζομένων όταν αφορά παροχές που προβλέπονται από διατάξεις μονομερώς αναγκαστικού δικαίου.

Ας σημειωθεί ότι δεν είναι δυνατή η δημιουργία επιχειρησιακής συνθήειας όταν η καταβολή της παροχής επιβάλλεται από ΣΣΕ ή από την ατομική σύμβαση εργασίας². Στην περίπτωση αυτή η εργοδοτική παροχή **δεν είναι εκούσια**, αφού επιβάλλεται από ΣΣΕ ή από τη σύμβαση εργασίας, είναι δηλ. διασφαλισμένη. Επομένως, στην περίπτωση αυτή δεν υπάρχει άξιο προστασίας συμφέρον του εργαζομένου για την συνέχιση της καταβολής της παροχής στο μέλλον. Μόνο μετά τη λήξη της ισχύος της ΣΣΕ και εφ' όσον ο εργοδότης συνεχίζει να καταβάλλει κατά το στάδιο της μετενέργειας τις παροχές της ΣΣΕ χωρίς να προβαίνει στις περικοπές που δικαιούνται (σύμφωνα με το αρθρ. 2 § 4 της ΠΥΣ 6/2012), είναι δυνατόν να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνθήθεια. Εξ άλλου δεν είναι δυνατή η δημιουργία επιχειρησιακής συνθήειας όταν η καταβολή της παροχής επιβάλλεται από δικαστική απόφαση, έστω κι αν κατά αυτής επιτρέπονται ένδικα μέσα, καθώς επίσης και στην περίπτωση που η παροχή αποτελεί περιεχόμενο δικαστικού συμβιβασμού κατ' αρθρ. 293 ΚΠολΔ, διότι ο

¹ Έτσι έκριναν οι ΜΠΑ 1433/2017, ΔΕΕ 2018, σελ. 113, ΑΠ 833/2015, ΔΕΝ 2015, σελ. 834, **Γ. Λεβέντη/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό, 2011, σελ. 858, **Κ. Μπακόπουλου**, Ανώτατο όριο αποζημίωσης και ευνοϊκότερες συμφωνίες, ΔΕΝ 2015, σελ. 1201, **Χρ. Τσιμπούκη**, ΕΕργΔ 2016, 167, **Άννα Λεβέντη**, Παρατηρήσεις επί της αποφ. 1750/2008 του ΑΠ, ΠειρΝμλγ 2010, σελ. 58.

² Πάγια νομολογία, BAG 24.11.2004, AP Nr. 70 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 27.10.2004, 10 AZR 138/04, **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 121, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 57-58

συμβιβασμός αποτελεί τρόπο περάτωσης της εκκρεμούς δίκης και όχι εκούσια εργοδοτική παροχή¹.

β) Εργοδοτική παροχή λόγω πλάνης

Τίθεται το ερώτημα αν η λόγω πλάνης μακροχρόνια και ομοιόμορφη καταβολή μιας παροχής, για την οποία (καταβολή) δεν υφίσταται υποχρέωση του εργοδότη βάσει του νόμου ή της συλλογικής σύμβασης ή γενικότερα βάσει συγκεκριμένης κανονιστικής ρύθμισης (π.χ. εσφαλμένη ερμηνεία της ΣΣΕ) ή ακόμη (σπανιότερα) και βάσει της ατομικής σύμβασης, μπορεί να οδηγήσει στη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής. Οι υποστηρικτές της κρατούσας συμβατικής θεωρίας δίνουν αρνητική απάντηση στο ερώτημα αυτό². Ο εργοδότης μπορεί οποτεδήποτε να διακόψει τις παροχές που κατέβαλε λόγω πλάνης θεωρώντας, εσφαλμένα, ότι τις οφείλει βάσει του νόμου ή της συλλογικής σύμβασης. Η θέση αυτή δικαιολογείται με το σκεπτικό ότι με την επανειλημμένη καταβολή της παροχής, ο εργοδότης δεν εκφράζει δικαιοπρακτική βούληση, δεν έχει δηλ. πρόθεση να δεσμευθεί για το μέλλον, απλώς επιδιώκει να εκπληρώσει μια νομική υποχρέωση, η οποία όμως στην πραγματικότητα δεν υφίσταται³.

Εφ' όσον είναι σαφές στους εργαζομένους ότι ο εργοδότης βρίσκεται σε πλάνη, ότι δηλ. δεν προβαίνει εκουσίως στη χορήγηση παροχών, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η επί μακρόν χορήγηση της παροχής κατέστη περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας. Εξ άλλου σε περίπτωση πλάνης του εργοδότη δεν είναι δυνατό να αξιώσουν οι εργαζόμενοι την παροχή ούτε με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης⁴.

¹ **Στ. Βλαστός**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1999, σελ. 701

² **G. Schaub**, Arbeitsrechtshandbuch, 1992, σελ. 855, **G. Hueck/L. Fastrich**, AR-Blattei D, Betriebsübung I, 1982, BI, **H. Mengel**, Die betriebliche Übung, 1967, σελ. 72, Τη μη δέσμευση του εργοδότη στην περίπτωση χορήγησης παροχών από πλάνη δέχεται και ο **Καρακατσάνης** (Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 422), οπαδός της κανονιστικής θεωρίας, ΑΠ 1084/1984, ΕΕργΔ 1985, 588.

³ ΑΠ 391/1962, ΕΕργΔ 1962, σελ. 984, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 88

⁴ BAG 27.8.2008-4 AZR 484/07, NZA-RR 2009, 264, BAG 24.2.2000-6 AZR 504/98, BAG 26.11.1998-6 AZR 335/97, NZA 1999, 1108, ΑΠ 1084/1984, ΕΕργΔ 1985, 588. Ας σημειωθεί ότι το άρθρο 145 ΑΚ (βλ. αντιστοιχη § 122 ΓερμΑΚ) προβλέπει ότι σε περίπτωση ακύρωσης δικαιοπραξίας λόγω πλάνης αυτός που αξιώνει την ακύρωση οφείλει να ανορθώσει τη ζημία που επέρχεται από την ακύρωση στον αντισυμβαλλόμενο ή σε τρίτο κατά το μέτρο που η ζημία αυτή δεν υπερβαίνει το διαφέρον από την έγκυρη δικαιοπραξία. Η αποζημίωση αποκλείεται αν αυτός που ζημιώθηκε γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την πλάνη.

Η δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής είναι δυνατή μόνο στην περίπτωση που ο εργοδότης ενώ γνώριζε εξ αρχής ή πληροφορήθηκε εκ των υστέρων την ακυρότητα της νομικής βάσης, παρ' όλα αυτά συνεχίζει να καταβάλλει ανεπιφύλακτα την παροχή. Την άποψη αυτή υιοθετεί και η νομολογία, η οποία, όπως προαναφέραμε, ακολουθεί πάγια τη συμβατική θεωρία¹.

Όπως έχει ήδη αναφερθεί, η δεσμευτικότητα της πρακτικής στηρίζεται, κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης, στην προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των εργαζομένων. Η εμπιστοσύνη αυτή δεν είναι λιγότερο άξια προστασίας, όταν η ομοιόμορφη και επί μακρόν καταβολή μιας παροχής οφείλεται σε πλάνη του εργοδότη και μάλιστα σε πλάνη που οφείλεται σε αμέλεια του εργοδότη. Βέβαια, και οι εργαζόμενοι, από την άλλη πλευρά, δεν είναι δυνατόν να αξιώνουν προστασία, όταν η εμπιστοσύνη τους στη συμπεριφορά του εργοδότη δεν είναι δικαιολογημένη, όταν ιδίως οι εργαζόμενοι όφειλαν κατά καλή πίστη να αντιληφθούν την πλάνη του εργοδότη, όφειλαν δηλ. να αντιληφθούν ότι η συμπεριφορά του εργοδότη δεν ήταν μία πρόταση προς αυτούς, ανταποκρινόμενη στην ελεύθερη βούλησή του, για καταβολή παροχών πέραν των προβλεπομένων από τη ΣΣΕ².

Είναι ευνόητο ότι οι εργαζόμενοι προσαρμόζουν την όλη συμπεριφορά τους στην κατάσταση που δημιουργείται με την ομοιόμορφη και μακροχρόνια καταβολή των οικειοθελών παροχών, έστω και αν η καταβολή αυτή γίνεται λόγω πλάνης. Δηλ. οι εργαζόμενοι εμπιστεύονται ότι θα συνεχίσει ο εργοδότης να καταβάλλει τις παροχές και στο μέλλον³. Η εμπιστοσύνη των εργαζομένων στη διατήρηση μιας νομικής κατάστασης, την οποία προκάλεσε για μεγάλο χρονικό διάστημα ο εργοδότης με τη συμπεριφορά του, είναι κατ' αρχήν δικαιολογημένη, είναι άξια προστασίας, εφ' όσον οι εργαζόμενοι δεν γνωρίζουν ούτε όφειλαν να

¹ Κατά την απόφαση BAG 29.8.2012, 10 AZR 571/11 η συνέχιση επί μακρόν της ομοιόμορφης συμπεριφοράς του εργοδότη (μετά τη λήξη της κατάστασης της πλάνης) μπορεί να θεωρηθεί πλέον ως δεσμευτική πρόταση του εργοδότη προς σύναψη συμβάσεως, βλ. και ΑΠ 1886/1988, ΔΕΝ 1989, σελ. 917, BAG, AP Nr. 121 zu 242 BGB Ruhegehalt, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕΛΛΔνη 1995, σελ. 810

² BAG 17.3.2010, 5 AZR 317/09 "Deshalb hat der Fünfte Senat ausgeführt, die Arbeitnehmer hätten das Verhalten des Arbeitgebers nicht im Sinne eines Angebots zur Leistung von Zahlungen verstehen können, die über den tarifvertraglich begründeten Anspruch hinausgingen".

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 91, **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, σελ. 382 επ., 390

γνωρίζουν την πλάνη του εργοδότη. Η προστασία όμως αυτή των εργαζομένων δεν μπορεί να υλοποιηθεί μέσα στον δικαιοπρακτικό χώρο. Εδώ ακριβώς φαίνεται η σημασία της θεωρίας της εμπιστοσύνης και ο επικουρικός ρόλος της απέναντι στη συμβατική θεωρία. Σε μία τέτοια περίπτωση είναι σαφές ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί, βάσει της συμβατικής θεωρίας, δικαιοπρακτική δέσμευση του εργοδότη. Θα μπορούσε όμως να αναγνωρισθεί μία εξωδικαιοπρακτική δέσμευση του εργοδότη, προκειμένου να προστατευθεί η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των εργαζομένων στη συνέχιση της επιχειρησιακής συνήθειας. Συνεπώς μπορεί, σε ορισμένες περιπτώσεις, το συμφέρον του εργοδότη να διακόψει μια παροχή που κατέβαλλε λόγω πλάνης επί σειρά ετών, να υποχωρεί απέναντι στο συμφέρον των εργαζομένων να συνεχισθεί η συγκεκριμένη παροχή και στο μέλλον και, συνεπώς, να μην ανατραπεί μία κατάσταση, στην οποία οι εργαζόμενοι προσαρμόστηκαν καλόπιστα. Θα πρέπει δηλ. να γίνεται στάθμιση των συγκρουόμενων συμφερόντων, αφού εκτιμηθούν συνολικά οι συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης¹, προκειμένου να αποφασίζεται αν η συνέχιση της παροχής επιβάλλεται από την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των εργαζομένων.

Την παραπάνω νομική δέσμευση του εργοδότη πρέπει, όπως ήδη εκθέσαμε, να αποκλείσουμε, εάν οι εργαζόμενοι γνωρίζουν ή οφείλουν να γνωρίζουν ότι οι παροχές που καταβάλλει ο εργοδότης οφείλονται σε πλάνη του, λόγω εσφαλμένης εκτίμησης της νομικής κατάστασης, π.χ. εσφαλμένης ερμηνείας του νόμου ή της συλλογικής σύμβασης. Έτσι έκρινε το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό με την απόφαση BAG 30.5.2006², σύμφωνα με την οποία ο εναγόμενος-εργοδότης συνέχισε τον υπολογισμό των αυξήσεων των ΣΣΕ επί των καταβαλλομένων μισθών, θεωρώντας -εσφαλμένως- ότι έχει προς τούτο νομική υποχρέωση βάσει του Κανονισμού και το γεγονός αυτό ήταν αντιληπτό από τον εργαζόμενο. Ο ενάγων-εργαζόμενος μπορούσε εύλογα από τη συμπεριφορά αυτή του εργοδότη να αντιληφθεί και να συμπεράνει, ότι ο εργοδότης δεν ήθελε να αυτοδεσμευθεί για αόριστο χρόνο ανεξάρτητα από την τύχη ή ισχύ του Κανονισμού. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή δεν υπήρχε βούληση δέσμευσης

¹ Δ. Ζερδελής, Η πρακτική, σελ. 94

² BAG 30.5.2006-1 AZR 111/05

του εργοδότη, διότι οι παροχές του εργοδότη καταβλήθηκαν χωρίς να υφίσταται νομική υποχρέωση από νομική πλάνη.

Είναι προφανές ότι στην περίπτωση αυτή το συμφέρον των εργαζομένων στη συνέχιση των παροχών δεν είναι άξιο προστασίας¹. Κάτι τέτοιο όμως στην πράξη σπάνια συμβαίνει. Διότι εκείνος που μπορεί εύκολα να αποτρέψει ή να ανακαλύψει μια τέτοια πλάνη είναι ο ίδιος ο εργοδότης, ο οποίος διαθέτει συνήθως και νομική υπηρεσία. Για τον λόγο αυτό είναι εύλογο να φέρει ο εργοδότης τον κίνδυνο για την ορθή ερμηνεία και εφαρμογή των κανονιστικών ρυθμίσεων στην εκμετάλλευσή του.

Συμπεραίνοντας, η μακροχρόνια και ομοιόμορφη καταβολή μιας παροχής από πλάνη δεν δημιουργεί -κατά τη συμβατική θεωρία- επιχειρησιακή συνήθεια, διότι η καταβολή αυτή δεν εκφράζει δικαιοπρακτική βούληση. Επομένως, στην περίπτωση αυτή ο εργοδότης μπορεί να διακόπτει άνευ ετέρου την καταβολή της παροχής, όταν αντιλαμβάνεται την πλάνη του. Δεν αποκλείεται όμως και στην περίπτωση αυτή να προκύπτει, όπως είδαμε, ευθύνη του εργοδότη για συνέχιση της παροχής (βάσει της θεωρίας της εμπιστοσύνης), όταν αυτό επιβάλλεται από την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των εργαζομένων.

Στο πλαίσιο όμως της συμβατικής θεωρίας υποστηρίζεται μεμονωμένα και η άποψη ότι ο εργοδότης μπορεί να προσβάλει τη δήλωσή του (που ενυπάρχει στην επιχειρησιακή συνήθεια) λόγω πλάνης (AK 140 επ., §§ 119 ΓερμΑΚ)². Δηλ. ο εργοδότης, προκειμένου να ανατρέψει τη διαμορφωθείσα επιχειρησιακή συνήθεια, πρέπει να επιδιώξει την ακύρωση της σταθερά εκφρασθείσας δικαιοπρακτικής του δήλωσης λόγω πλάνης. Στην περίπτωση αυτή οι εργαζόμενοι έχουν την ευχέρεια να αξιώσουν την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν (§ 122 ΓερμΑΚ) εξ αιτίας του γεγονότος ότι εμπιστεύθηκαν ότι ο εργοδότης θα συνεχίσει και στο μέλλον την καταβολή της παροχής³. Κατά το γερμανικό δίκαιο, ο εργοδότης θα πρέπει μόλις ανακαλύψει την πλάνη του, χωρίς υπαίτια βραδύτητα (unverzüglich), το αργότερο μέσα σε δύο εβδομάδες,

¹ **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 113

² **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ. 266

³ **Chr.-Ar. Houben**, Anfechtung einer betrieblichen Übung?, BB 2006, Heft 42, σελ. 2304

να ενημερώσει τους εργαζομένους¹. Μάλιστα ο εργοδότης θα πρέπει να ενημερώσει άμεσα όχι μόνο τον συγκεκριμένο εργαζόμενο που αξίωσε την καταβολή της παροχής αλλά όλους τους εργαζομένους, στους οποίους κατέβαλλε λόγω πλάνης του την παροχή (§ 143 Abs 2 BGB). Επίσης κατά το γερμανικό δίκαιο, εφ' όσον ο εργοδότης καταβάλλει για περισσότερο από 10 χρόνια μία παροχή λόγω πλάνης, δεν υφίσταται πλέον γι' αυτόν η δυνατότητα κατάργησής της σύμφωνα με την § 121 Abs. 2 BGB.

Κατά τον Waltermann, οπαδό της συμβατικής θεωρίας, η προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των εργαζομένων διασφαλίζεται ασφαλέστερα, στο πλαίσιο των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού, που επιτρέπουν στους εργαζομένους να μην αποδίδουν τα αχρεωστήτως καταβληθέντα όταν δεν διατηρείται ο πλουτισμός (909 AK, § 818 Abs. 3 BGB). Πράγματι κατά την πάγια ερμηνεία του BGB και του BGH, οι εργαζόμενοι με χαμηλό εισόδημα δεν είναι ανάγκη να αποδεικνύουν ότι δεν είναι πλέον πλουσιότεροι (ότι δεν υφίσταται ο πλουτισμός), διότι τα αχρεωστήτως καταβληθέντα έχουν ήδη αναλωθεί².

Τέλος, ορισμένοι συγγραφείς θέτουν ζήτημα μετατροπής της λόγω πλάνης ελαττωματικής δήλωσης του εργοδότη και της σιωπηρής αποδοχής των εργαζομένων σε επιχειρησιακή συνήθεια· υποστηρίζουν δηλ., ότι εφ' όσον ο εργοδότης δεν γνωρίζει ότι δεν έχει υποχρέωση να καταβάλλει την παροχή βάσει του νόμου, της ΣΣΕ κ.ο.κ., εφ' όσον δηλ. ο εργοδότης βρίσκεται σε πλάνη, είναι δυνατή η μετατροπή της δήλωσής του αυτής και της σιωπηρής αποδοχής των εργαζομένων σε επιχειρησιακή συνήθεια υπό τις προϋποθέσεις της AK 182 (§ 140 BGB)³. Η μετατροπή αυτή, ως γνωστόν, είναι δυνατή μόνο αν συνάγεται ότι τα μέρη θα ήθελαν την επιχειρησιακή συνήθεια, αν γνώριζαν την ακυρότητα. Δηλ. θα αναζητείται η υποθετική βούληση των μερών, η οποία θεωρείται ότι υπάρχει, όταν με την κατά μετατροπή δικαιοπραξία επιτυγχάνεται ο σκοπός που επιδίωκαν τα μέρη⁴. Ας σημειωθεί ότι -σύμφωνα με το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό- σε περίπτωση έλλειψης αρμοδιότητας των μερών να συνάψουν

¹ BAG 21.2.1991 – 2 AZR 449/90, AP Nr. 35 zu § 123 BGB=NZA 1991, 719, 722, **Chr.-Ar. Houben**, Anfechtung einer betrieblichen Übung?, BB 2006, Heft 42, σελ. 2303

² Βλ. παραπομπές στον **Waltermann**, RdA 2006, σελ. 267 υποσ. 133

³ BAG 5.3.1997, AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972, BAG 24.1.1996, AP Nr. 8 zu § 77 BetrVG 1972, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 59

⁴ ΑΠ 619/1999, ΕΛΛΔνη 2000, 37, **Νικολόπουλος**, σε ΣΕΑΚ **Γεωργιάδη**, Τόμος Ι, 2010, σελ. 324-325

κανονισμό εργασίας, είναι δυνατόν ο άκυρος αυτός κανονισμός εργασίας να δημιουργήσει δέσμευση των μερών υπό τις προϋποθέσεις της § 140 BGB (αρ. 182 AK), εφ' όσον δηλ. μπορεί να συναχθεί αντίστοιχη βούληση των μερών¹. Στην περίπτωση αυτή, στην αρχή θεωρείτο ότι ήταν έγκυρος ο κανονισμός και στη συνέχεια, όταν αποκαλύφθηκε ότι αυτός ήταν άκυρος, τα μέρη δέχθηκαν να τον εφαρμόζουν, διότι είχαν τη βούληση να τον εφαρμόζουν. Έτσι δημιουργήθηκε συμβατική δέσμευση των μερών να εφαρμόζουν τον κανονισμό εργασίας.

Η μετατροπή ωστόσο της ελαττωματικής δήλωσης του εργοδότη και της σιωπηρής αποδοχής των εργαζομένων σε επιχειρησιακή συνήθεια θα πρέπει να πραγματοποιείται υπό πολύ αυστηρές προϋποθέσεις, διότι δεν είναι ευχερές να υποστηριχθεί ότι ο εργοδότης είχε τη βούληση να δεσμευθεί σε κάθε περίπτωση έναντι των εργαζομένων καταβάλλοντας την παροχή, ανεξαρτήτως από τις ρυθμίσεις του νόμου ή της ΣΣΕ ή του κανονισμού εργασίας. Επιπλέον πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψη και το πρόσθετο στοιχείο ότι η μεταβολή ή κατάργηση της πρακτικής της εκμετάλλευσης είναι σαφώς δυσχερέστερη από ό,τι η μεταβολή ή κατάργηση ΣΣΕ ή κανονισμού εργασίας. Π.χ. μία ΣΣΕ μπορεί να τροποποιηθεί προς κάθε κατεύθυνση με μία νεότερη ΣΣΕ. Σύμφωνα με το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό, όταν ερευνάται η μετατροπή ενός άκυρου κανονισμού σε δεσμευτική συμφωνία ή επιχειρησιακή συνήθεια, απαιτείται αυστηρός έλεγχος για το αν υπάρχει αντίστοιχη βούληση δέσμευσης του εργοδότη². Πέραν τούτου η μετατροπή εξετάζεται συνήθως σε περιπτώσεις, κατά τις οποίες τα μέρη δεν γνωρίζουν την ακυρότητα της δικαιοπραξίας. Αν τα μέρη γνωρίζουν την ακυρότητα της δικαιοπραξίας, τότε δεν ερευνάται η δυνατότητα μετατροπής αλλά γίνεται **ερμηνεία** της δήλωσης βούλησής τους. Είναι λοιπόν διαφορετικές οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για τη δημιουργία της επιχειρησιακής συνήθειας σε σχέση με τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για τη μετατροπή μιας άκυρης δικαιοπραξίας σε επιχειρησιακή συνήθεια και για τον λόγο αυτό δεν είναι ευχερές η μετατροπή της άκυρης δικαιοπραξίας (π.χ. άκυρης ΣΣΕ) σε πρακτική

¹ BAG 23.8.1989, AP Nr 42 zu § 77 BetrVG 1972

² BAG 24.1.1996, AP Nr 8 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt "strenge Prüfung, ob ein entsprechend weitgehender Verpflichtungswille des Arbeitgebers angenommen werden kann"

της εκμεταλλεύσεως¹, εκτός αν ο εργοδότης συνεχίζει να καταβάλλει μετά την αποκάλυψη της πλάνης την παροχή.

γ) Εργοδοτική παροχή χωρίς τήρηση του επιβαλλόμενου από κανονιστική διάταξη τύπου (από νόμο ή ΣΣΕ)

Τίθεται το ερώτημα αν η επανειλημμένη καταβολή μιας παροχής δημιουργεί δεσμευτική πρακτική, όταν για τη χορήγησή της δεν τηρήθηκε ο προβλεπόμενος από τον νόμο ή τη συλλογική σύμβαση τύπος. Σύμφωνα με το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό², από την πρακτική δεν μπορούν να απορρέουν περισσότερα δικαιώματα απ' ό,τι από μια αντίστοιχη ρητή (έγκυρη και δεσμευτική) συμφωνία. Οι αξιώσεις που απορρέουν από μία επιχειρησιακή συνήθεια δεν περιέχουν αυτομάτως και μία σιωπηρή ρήτρα ανάκλησης. Δηλ. κατά την απόφαση, από τη σιωπηρή δήλωση βούλησης, η οποία συνάγεται από τη σταθερή και ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη που ακολουθείται στο πλαίσιο μιας επιχειρησιακής συνήθειας, δεν είναι δυνατόν να απορρέουν περισσότερα δικαιώματα από ό,τι από μια ρητή δεσμευτική του δήλωση. Αυτό συμβαίνει αν λ.χ. κατά τη χορήγηση της παροχής δεν τηρείται ο προβλεπόμενος τύπος. Εξ άλλου κατά τον Άρειο Πάγο, όταν το Δημόσιο, ως εργοδότης, καταβάλλει στους απασχολούμενους στις υπηρεσίες του με σχέση ιδιωτικού δικαίου σταθερά και ομοιόμορφα μια παροχή, από τη συμπεριφορά αυτή **δεν προκύπτει μία δέσμευση για το μέλλον**, επειδή, σύμφωνα με το αρ. 84 του ν.δ. 321/1969 «περί Κώδικος Δημοσίου Λογιστικού», οι συμβάσεις που συνάπτονται για λογαριασμό του Δημοσίου και οι τροποποιήσεις τους, εφ' όσον από αυτές δημιουργούνται υποχρεώσεις διαρκείας, υποβάλλονται, αν δεν ορίζεται διαφορετικά, στον τύπο του ιδιωτικού εγγράφου³. Ωστόσο, η επίκληση

¹ Chr. Seitz, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, Hamburg, 2009, σελ. 58, S. Hennige, NZA 1999, 281, 290

² BAG 27.3.1987, AR-Blattei D, Betriebsübung, σελ. 112, M. Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, 1997, σελ. 47-48

³ ΑΠ 1089/1985, EEN 1986, σελ. 377, Δ. Ζερδελής, Η πρακτική, σελ. 95

της ακυρότητας λόγω μη τήρησης του τύπου και η διακοπή της παροχής που επί μακρόν και ομοιόμορφα κατέβαλλε ο εργοδότης, δεν αποκλείεται να συνιστά, εν όψει των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, ενέργεια προφανώς αντίθετη προς τη συναλλακτική καλή πίστη και συνεπώς απαγορευμένη (ΑΚ 281)¹. Για τον λόγο αυτό, όπως και στην περίπτωση της χορήγησης παροχών από πλάνη του εργοδότη, έτσι και εδώ, η σχετική κρίση εξαρτάται από τη συνολική εκτίμηση των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης. Όπως επισημαίνει και το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό², αποφασιστικό κριτήριο για την τελική κρίση είναι **ο σκοπός που επιδιώκεται με την τήρηση του εγγράφου τύπου**. Αν ο έγγραφος τύπος εξυπηρετεί και το δημόσιο συμφέρον ή επιδιώκεται με αυτόν ο κρατικός έλεγχος ιδιωτικών δικαιοπρασιών, τότε θα πρέπει να υπερισχύει η υποχρέωση τήρησης του τύπου έναντι της προστασίας της εμπιστοσύνης των εργαζομένων.

Στην πράξη σπάνια ορίζεται σε νόμο ή ΣΣΕ η υποχρεωτική τήρηση κάποιου τύπου για τη χορήγηση μιας οικειοθελούς παροχής. Για τον λόγο αυτό υποστηρίζεται ότι η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας δεν υπόκειται κατά κανόνα στην τήρηση κάποιου τύπου³. Ωστόσο, είναι δυνατόν να προβλέπεται στον κανονισμό εργασίας μιας επιχείρησης κάποιος τύπος για τη χορήγηση μιας οικειοθελούς παροχής. Στην περίπτωση αυτή, η μη τήρηση του προβλεπομένου στον κανονισμό τύπου εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, εφ' όσον αυτό συνάγεται από τον σκοπό για τον οποίο έχει θεσπισθεί ο τύπος. Και εδώ η τελική κρίση θα εξαρτηθεί από τον σκοπό που υπηρετεί η πρόβλεψη του τύπου στον κανονισμό.

Στο γερμανικό δίκαιο το ζήτημα της μη τήρησης του απαιτούμενου για μια δικαιοπραξία τύπου ρυθμίζεται από την § 125 BGB, η οποία έχει το ίδιο περιεχόμενο με τη διάταξη του άρθρ. 159 ΑΚ. Όπως είναι γνωστό, οι διατάξεις του ΑΚ για τον τύπο της δικαιοπραξίας είναι αναγκαστικού δικαίου, εκτός αν ορίζεται το αντίθετο από τον νόμο⁴.

¹ Πρβλ. **Απ. Γεωργιάδη**, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, 2010, σελ. 292

² BAG 27.3.1987, AR-Blattei D, Betriebsübung, σελ. 112

³ **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 67

⁴ **Απ. Γεωργιάδης**, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, 2010, σελ. 291. Στο γερμανικό δίκαιο γίνεται διάκριση μεταξύ «απλής» και «διπλής ρήτρας εγγράφου τύπου». Με την «απλή» ρήτρα συμφωνείται ότι για τη μεταβολή ή συμπλήρωση των όρων μιας σύμβασης είναι αναγκαίος ο έγγραφος τύπος. Όμως είναι δυνατόν με τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας να

II. Δέσμευση νεοπροσλαμβανομένου από υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική

Ήδη στην πρώτη απόφαση για την επιχειρησιακή συνήθεια (της 15.6.1929), το RAG έκρινε ότι ο νεοπροσλαμβανόμενος δεσμεύεται από την υφιστάμενη στην

καταργηθεί η πρόβλεψη αυτή εγγράφου τύπου, δηλ. να παραιτηθούν σιωπηρά τα μέρη από τη συγκεκριμένη συμβατική πρόβλεψη του τύπου. Αυτό ισχύει μάλιστα κατά το BAG και όταν τα συμβαλλόμενα μέρη κατά την κατάρτιση της συμφωνίας δεν σκέφθηκαν καν να τηρήσουν τον συμβατικώς προβλεπόμενο έγγραφο τύπο (BAG 24.6.2003, AP Nr. 63 zu § 242 BGB, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 68, **Δ. Μωραΐτης**, Η μονομερής βλαπτική μεταβολή των συμβατικών όρων εργασίας, 2016, σελ. 65, υποσημείωση 249). Επομένως η ύπαρξη της «απλής ρήτρας εγγράφου τύπου» δεν εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας. Με τη «διπλή» ρήτρα εγγράφου τύπου συμφωνείται, αντιθέτως, ότι η τήρηση του εγγράφου τύπου απαιτείται όχι μόνο για τη μεταβολή των όρων της σύμβασης εργασίας, αλλά απαιτείται και για την αλλαγή και αυτής της ρήτρας του εγγράφου τύπου, υπό την έννοια ότι αποκλείεται η κατάργηση της ρήτρας του εγγράφου τύπου με προφορική συμφωνία των μερών. Η χορήγηση παροχών χωρίς να έχει τηρηθεί η αυστηρή αυτή ρήτρα του εγγράφου τύπου (π.χ. χωρίς προηγουμένως να έχει καταργηθεί με νεότερη γραπτή συμφωνία η ρήτρα του εγγράφου τύπου) δεν δημιουργεί επιχειρησιακή συνήθεια (BAG 24.6.2003, AP Nr. 63 zu § 242 BGB, BGH 2.6.1976, BGHZ 66, 378). Στην περίπτωση αυτή φαίνεται πόσο σημαντικός για την αξιολόγηση των νομικών συνεπειών είναι **ο σκοπός** ο οποίος επιδιώκεται με την τήρηση του εγγράφου τύπου, στον οποίο απέβλεψαν τα μέρη. Η συμφωνία «διπλής ρήτρας εγγράφου τύπου» αποκλείει πράγματι τη δημιουργία δεσμευτικής πρακτικής, εφ' όσον δεν τηρηθεί ο έγγραφος τύπος.

Τα παραπάνω δεν άλλαξαν μετά την απόφαση του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού της 20.5.2008-9 AZR 382/07. Στην απόφαση αυτή τέθηκε το ζήτημα αν η διπλή ρήτρα εγγράφου τύπου είναι έγκυρη όταν προδιατυπώνεται από τον εργοδότη και συνομολογείται στις συμβάσεις εργασίας ως γενικός όρος εργασίας, ως γενικός όρος συναλλαγών (ΓΟΣ). Δηλ. τέθηκε το ερώτημα αν η διπλή ρήτρα εγγράφου τύπου συμβιβάζεται με τις διατάξεις των άρθρων 305 επ. ΓερμΑΚ. Το Δικαστήριο κατέληξε ότι είναι αμφίβολο αν επιτρέπεται μία γενική απαγόρευση της διπλής ρήτρας εγγράφου τύπου στις συμβάσεις εργασίας. Τουλάχιστον όμως όσον αφορά τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, η ρήτρα αυτή είναι έγκυρη, επειδή ο εργοδότης έχει δικαιολογημένο συμφέρον να μη δεσμεύεται όταν δεν έχει πραγματική βούληση δέσμευσης. Με άλλα λόγια, μια τέτοια ρήτρα είναι έγκυρη μόνο αν αποσκοπεί στην αποφυγή σχηματισμού επιχειρησιακής συνήθειας. Επομένως, και μετά την παραπάνω απόφαση του BAG, η ύπαρξη διπλής ρήτρας εγγράφου τύπου στη σύμβαση εργασίας εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας. Πάντως, κατά τη νομολογία του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού η επίκληση της έλλειψης του εγγράφου τύπου είναι δυνατόν, σε ορισμένες περιπτώσεις, να είναι αντίθετη προς την καλή πίστη και να συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά. Αυτό συμβαίνει ιδίως σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η επιχειρησιακή συνήθεια ισχύει για μεγάλο χρονικό διάστημα και οι εργαζόμενοι έχουν θεμελιώσει έντονη εμπιστοσύνη στη συμπεριφορά του εργοδότη ότι θα λαμβάνουν την παροχή και στο μέλλον (BAG 18.9.2002, AP Nr. 59 zu § 242 BGB, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 70). Σε τέτοιες περιπτώσεις δεν δημιουργείται μεν αξίωση των εργαζομένων βάσει επιχειρησιακής συνήθειας, δεν μπορεί όμως ο εργοδότης από την άλλη πλευρά να επικαλεσθεί την έλλειψη εγγράφου τύπου, διότι αυτό θα συνιστούσε καταχρηστική συμπεριφορά.

εκμετάλλευση πρακτική¹. Το ίδιο έκρινε το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό με την απόφαση της 10.08.1988². Το θέμα αυτό συνδέεται με τους λεγόμενους «γενικούς όρους εργασίας» (Allgemeine Arbeitsbedingungen). Μια τέτοια κατηγορία γενικών όρων εργασίας περιέχει και η πρακτική της εκμετάλλευσης³. Κοινό χαρακτηριστικό γνώρισμα των γενικών όρων εργασίας (οι οποίοι είναι ένα είδος γενικών όρων των συναλλαγών) και των όρων εργασίας που περιέχει συνήθως η επιχειρησιακή συνήθεια είναι ότι αποτελούν μία γενική και απρόσωπη ρύθμιση και έχουν συμβατική προέλευση. Για να απαντήσει κανείς στο ερώτημα αν δεσμεύεται ο νεοπροσλαμβανόμενος από την υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική, έχει καθοριστική σημασία η θεωρία που ακολουθεί σχετικά με τη νομική φύση της πρακτικής της εκμετάλλευσης.

Εάν δεχθεί κανείς ότι η πρακτική αναπτύσσει άμεση και αναγκαστική (κανονιστική) ενέργεια στις εργασιακές σχέσεις, όπως π.χ. η συλλογική σύμβαση, τότε η λύση του προβλήματος είναι απλή. Ο νεοπροσλαμβανόμενος δεσμεύεται από την υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική, ανεξάρτητα αν κατά τη σύναψη της σύμβασης γνώριζε ή όχι το περιεχόμενό της⁴. Επομένως δεν απαιτείται αποδοχή, ρητή ή σιωπηρή, από τον εργαζόμενο. Έχει όμως υποστηριχθεί⁵ ότι η πρακτική ναι μεν έχει άμεση ισχύ, όχι όμως και αναγκαστική, όπως η συλλογική σύμβαση εργασίας, γεγονός το οποίο παρέχει στα μέρη την ευχέρεια να συμφωνήσουν κατά τη σύναψη της σύμβασης τη μη εφαρμογή της πρακτικής στη σχέση εργασίας τους.

Προβλήματα ανακύπτουν αν δεχθεί κανείς την κρατούσα στη νομολογία και στη θεωρία συμβατική θεωρία, όπως και τη θεωρία της εμπιστοσύνης. Όπως έχουμε ήδη εκθέσει, θεωρείται ως ένα βασικό μειονέκτημα της συμβατικής θεωρίας, η αδυναμία της να εξηγήσει τη δέσμευση του νεοπροσλαμβανόμενου

¹ RAG, ARS 6 203, 204

² BAG 10.08.1988 – 5 AZR 571/87 – NZA 1989, 57 «η επιχειρησιακή συνήθεια ισχύει και για τους εργαζομένους, οι οποίοι υπό την ισχύ της καταρτίζουν μία νέα σχέση εργασίας». Το ίδιο έκρινε και η απόφαση BAG 28.5.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941, 942

³ **Αθ. Καρδαράς**, Οι κανόνες του δικαίου της εργασίας και η σχέση των προς την συλλογικήν σύμβασιν, 1978, σελ. 386, 393

⁴ **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό εργατικό δίκαιο, 1995, σελ. 423

⁵ **Καρακατσάνης-Γαρδικας**, Ατομικό εργατικό δίκαιο, 1995, σελ. 428. Η άποψη αυτή δεν είναι, κατά τη γνώμη μας, ορθή. Για τους λόγους για τους οποίους έχει εγκαταλειφθεί πλέον η κανονιστική θεωρία έχει γίνει ήδη λόγος (σελ. 11 επ.). Όπως η αναγκαστική έτσι και η άμεση ισχύς της επιχειρησιακής συνήθειας πρέπει να προκύπτει από νομοθετική πρόβλεψη, όπως συμβαίνει με την ισχύ των κανονιστικών όρων ΣΣΕ κατά τη διάρκεια της μετενέργειας (αρθρ. 2 § 4 της ΠΥΣ 6/28.2.2012).

από την υφιστάμενη πρακτική¹, ιδίως στην περίπτωση που ο νεοπροσληφθείς δεν γνωρίζει την υφιστάμενη πρακτική. Διότι ως προς τον νεοπροσλαμβανόμενο δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, δηλ. η διάρκεια της ομοιόμορφης συμπεριφοράς του εργοδότη. Πρόβλημα επίσης ανακύπτει στην περίπτωση που τα συμβαλλόμενα μέρη δεν έχουν προβλέψει και συμφωνήσει ρητά κατά την πρόσληψη την εφαρμογή της συγκεκριμένης πρακτικής. Στην περίπτωση αυτή γίνεται γενικά δεκτό ότι ο εργοδότης προσλαμβάνει τον εργαζόμενο, εφ' όσον δεν προκύπτει κάτι διαφορετικό, σύμφωνα με τους γενικούς όρους εργασίας και τις συνήθειες που ισχύουν στην εκμετάλλευση². Ο νεοπροσλαμβανόμενος δηλ. όταν προσλαμβάνεται, αποδέχεται την πρόταση προς πρόσληψη με τις συνήθειες που επικρατούν στην επιχείρηση, όπως αυτές εφαρμόζονται και στους άλλους μισθωτούς, έστω και αν δεν γνωρίζει ακριβώς το περιεχόμενό τους, το οποίο όμως μπορεί να μάθει. Αυτό ισχύει τόσο για τους ευμενείς, όσο και για τους δυσμενείς όρους εργασίας³. Με αυτό το περιεχόμενο, συμπληρωμένο με τις συνήθειες που επικρατούν στην επιχείρηση, δικαιούται και υποχρεούται, σύμφωνα με την καλή πίστη, να αντιληφθεί ο εργαζόμενος την πρόταση του εργοδότη για σύναψη της σύμβασης⁴. Τα παραπάνω βέβαια δεν σημαίνουν ότι με τον τρόπο αυτό κάθε επί μέρους 'τυχαία' πρακτική γίνεται αυτοδικαίως περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας⁵. Άλλωστε κατά την καλή πίστη δεν θα πρέπει να αναμένει ο εργοδότης ότι ο εργαζόμενος θα είναι σύμφωνος με μια ασυνήθη (για τους εφαρμοζομένους

¹ **Björn Ken Braun**, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 55, **U. Preis**, Arbeitsrecht, 2017, σελ. 152

² Αυτή η άποψη υποστηρίζεται και στη γερμανική νομολογία και θεωρία. Βλ. BAG 17.4.2002, 5 AZR 89/01, BAG 15.5.2012-3 AZR 128/11. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή η δέσμευση από την επιχειρησιακή συνήθεια ισχύει και για τον νεοπροσληφθέντα εργαζόμενο, ο οποίος δεν έχει ακόμη συμπληρώσει τις προϋποθέσεις που προβλέπει η επιχειρησιακή συνήθεια για τη χορήγηση της παροχής», **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 77, **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ.265, **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 359, **Yv. Lange**, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016, σελ. 209/210

³ **Χρ. Αγαλλόπουλος**, Εργατικών Δικαιον, Σχέσις Εργασίας, 1958, σελ. 73 επ.

⁴ ΑΠ 645/1987, ΔΕΝ 1988, σελ. 948. Θα πρέπει μάλιστα να σημειωθεί ότι το BAG εφαρμόζει και επί των νεοπροσλαμβανομένων τις ρυθμίσεις της επιχειρησιακής συνήθειας που αφορούν την καταβολή μιας εφ' άπαξ παροχής με το πρόσθετο επιχείρημα τα ισχύοντα βάσει των διατάξεων του νόμου για τις παροχές προνοίας λόγω ηλικίας, βλ. **Yv. Lange**, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016, σελ. 226

⁵ **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 360

στην περιοχὴ ἢ στον κλάδο ὁρους εργασίας) δυσμενὴ πρακτικὴ¹. Ο εργαζόμενος θα πρέπει πάντα να ἔχει το δικαίωμα να μην αποδέχεται μία δυσμενὴ πρακτικὴ, ἡ οποία περιορίζει τα δικαιώματά του.

Ὡστόσο σε περιπτώσεις δυσμενῶν συνηθειῶν ἢ πρακτικῶν ἡ μη προβολὴ αντιρρήσεων ἀπὸ την πλευρὰ του εργαζομένου μπορεί να συνιστᾶ σιωπηρὴ ἀποδοχὴ τῶν ὁρῶν εργασίας που ἰσχύουν στην ἐκμετάλλευση. Ἀκόμη και στην περίπτωση που ο εργαζόμενος ἀγνοεῖ τὴ συγκεκριμένη πρακτικὴ, οφείλει ὁμως κατὰ καλὴ πίστη και μπορεί να τὴν πληροφορεῖται πριν καταρτίσει τὴ σύμβαση εργασίας και εφ' ὅσον δεν προβάλλει ἐγκαίρως ἀντιρρήσεις, ἡ συμπεριφορὰ του αὐτὴ συνιστᾶ σιωπηρὴ ἀποδοχὴ². Στην περίπτωση αὐτὴ ἡ υφιστάμενη πρακτικὴ καθίσταται περιεχόμενο τῶν ατομικῶν συμβάσεων εργασίας³.

Ἐχει υποστηρικθῆι ὅτι ἡ ἀντιμετώπιση τῶν γενικῶν ὁρῶν εργασίας ὡς μιας ἐιδικότερης κατηγορίας τῶν γενικῶν ὁρῶν τῶν συναλλαγῶν στον χώρο του εργατικῶν δικαίου⁴ διευκολύνει τὴν ἀντιμετώπιση του ζητήματος τῆς ἐφαρμογῆς τῆς ἐπιχειρησιακῆς συνηθείας και ἐπὶ τῶν νεοπροσλαμβανομένων. Διότι ὅπως οἱ γενικοὶ ὁροι τῶν συναλλαγῶν δεσμεύουν τον καταναλωτὴ, αν αὐτὸς ἀφενὸς τους γνωρίζει ἢ ὀφείλε σύμφωνα με τὴν καλὴ πίστη και τα συναλλακτικὰ ἤθη (ιδίως τῆς συγκεκριμένης κατηγορίας συναλλαγῶν) να τους γνωρίζει και ἀφετέρου του παρασχέθηκε ἡ πραγματικὴ δυνατότητα γνώσης του περιεχομένου τους πριν ἀπὸ τὴ σύναψη τῆς σύμβασης (ἄρθρο 2 § 1 ν. 2251/1994)⁵, ἔτσι και ἡ πρακτικὴ καθίσταται περιεχόμενο τῆς ατομικῆς σύμβασης εργασίας ἀκόμη και αν ο εργαζόμενος δεν γνώριζε το ἀκριβὲς περιεχόμενό τῆς, ὀφείλε ὁμως και μπορούσε κατὰ καλὴ πίστη να το γνωρίζει πριν ἀπὸ τὴν κατάρτιση τῆς σύμβασης. Οἱ γενικοὶ ὁροι εργασίας δημιουργοῦν με τὴν ἐνιαία, σταθερὴ και ομοιόμορφη ρύθμιση, μία τάξη στην ἐκμετάλλευση, ἡ οποία συμπληρώνει τις ατομικὲς συμβάσεις εργασίας. Στην τάξη αὐτὴ προσχωρεῖ ο νεοπροσλαμβανόμενος. Με τὴν ἐνταξί

¹ **C-W. Canaris**, Vertrauenshaftung, σελ. 255 ἐπ., **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 361

² Ὅπως ἀναφέρει και ἡ BAG 15.5.2012-3 AZR 128/11 «Μία ἐνημέρωση τῶν εργαζομένων σχετικὰ με τις καταβαλλόμενες σε ἄλλους εργαζομένους ἀποδοχὲς και τις χορηγούμενες τυχόν ευνοϊκότερες παροχὲς δεν εἶναι ἀναγκαία, ὅπως δεν εἶναι ἀναγκαία μια γενικὴ ἀνακοίνωση στην ἐκμετάλλευση. Διότι ἰσχύει πολὺ περισσότερο ο κανὼνας τῆς κοινῆς πείρας ὅτι τέτοιες παροχὲς και ευνοϊκότερες ρυθμίσεις γίνονται γνωστὲς».

³ **Χρ. Ἀγαλλόπουλος**, Εργατικὸν Δίκαιον, Σχέσις Εργασίας, σελ. 73

⁴ **Αθ. Καρδαράς**, Οἱ κανόνες του δικαίου τῆς εργασίας και ἡ σχέση τῶν προς τὴν σσε, 1979, σελ. 393 ἐπ.

⁵ **Απ. Γεωργιάδης**, Γενικὲς ἀρχὲς ἀστικῶν δικαίου, 1997, σελ. 359

του στην εκμετάλλευση, τεκμαίρεται συγχρόνως η βούληση του εργαζομένου να αποδεχθεί τους όρους αυτούς εργασίας, ακόμη κι αν δεν γνωρίζει το περιεχόμενό τους. Αρκεί λοιπόν η τεκμαιρόμενη βούλησή του να ισχύσουν και γι' αυτόν οι όροι εργασίας που ισχύουν γενικά και ομοιόμορφα και για τους άλλους εργαζομένους στην εκμετάλλευση¹.

Όταν η πρακτική είναι ευνοϊκή για τους εργαζομένους, πράγμα που είναι η συνήθης περίπτωση, δεν δημιουργούνται προβλήματα. Η εφαρμογή της ευμενούς πρακτικής στον νεοπροσλαμβανόμενο εξασφαλίζεται άλλωστε και βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, χωρίς να είναι απαραίτητο να αποδείξει ο εξαιρούμενος τυχόν από την εφαρμογή της πρακτικής εργαζόμενος ότι η χορήγηση της παροχής αποτελεί ήδη περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας. Εξ άλλου δεν έχει σημασία το γεγονός ότι στο πρόσωπο των νεοπροσλαμβανομένων δεν έχει συντρέξει η προϋπόθεση της επί μακρόν, ομοιόμορφης συμπεριφοράς του εργοδότη με την επαναλαμβανόμενη χορήγηση της παροχής². Οι νεοπροσλαμβανόμενοι αναμένουν, βάσει της γενικώς ισχύουσας στην εκμετάλλευση πρακτικής, να αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο με τους συγκρίσιμους εργαζομένους, από τη στιγμή που συμπληρώνουν και αυτοί τις προϋποθέσεις για να λάβουν εφ' άπαξ παροχές³. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η ΑΠ 25/1962⁴, το ιστορικό της οποίας ήταν ως εξής: ο εργαζόμενος προσλήφθηκε σε επιχείρηση που εφάρμοζε μειωμένο ωράριο εργασίας (7ωρο), χωρίς να συμφωνηθεί στη σύμβασή του κάτι διαφορετικό ως προς τον χρόνο εργασίας. Το δικαστήριο της ουσίας δέχθηκε ότι ως σιωπηρά συμφωνημένο θεωρείται το νόμιμο ωράριο εργασίας (8ωρο) και όχι το μειωμένο, που εδώ και τρία χρόνια εφάρμοζε η επιχείρηση γενικά και χωρίς εξαίρεση για όλο το προσωπικό της. Το Ακυρωτικό εξαφάνισε την απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας για έλλειψη νόμιμης βάσης, επειδή στην απόφαση δεν εκτίθεντο με

¹ **Αθ. Καρδαράς**, Οι κανόνες, σελ. 398, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 79, **Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, σελ. 133 επ. Κατά τον **Δ. Λαδά** (Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, 2021, σελ. 269), το συλλογικό στοιχείο που ενυπάρχει στην επιχειρησιακή συνήθεια δικαιολογεί τη δέσμευση των νεοπροσλαμβανομένων.

² BAG 15.5.2012-3 AZR 128/11, BAG 27.6.2001-10 AZR 488/00, **Yv. Lange**, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016, σελ. 211

³ **Yv. Lange**, ό.π., σελ. 212 «Auf Grund der bestehenden generalisierten Praxis haben auch die übrigen Mitarbeiter davon ausgehen können, sie würden die gleichen Einmalleistungen wie ihre Kollegen bekommen, sobald sie ihrerseits die Voraussetzungen erfüllen».

⁴ ΕΕργΔ 1962, σελ. 204

πληρότητα τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, που θα δικαιολογούσαν στη συγκεκριμένη περίπτωση μια διαφορετική μεταχείριση του ενάγοντος ως προς τον χρόνο εργασίας. Σύμφωνα με το Ακυρωτικό, ο ενάγων μισθωτός είχε αξίωση, βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, να απασχοληθεί με το μειωμένο ωράριο εργασίας που ίσχυε για όλους τους άλλους εργαζομένους στην ίδια επιχείρηση. Εφ' όσον τα συμβαλλόμενα μέρη δεν συμφώνησαν κάτι διαφορετικό, περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας αποτέλεσε όχι το νόμιμο ωράριο εργασίας -όπως εσφαλμένα δέχθηκε το δικαστήριο της ουσίας- αλλά το μειωμένο ωράριο, που ίσχυε για όλο το προσωπικό.

Στην περίπτωση ωστόσο της δυσμενούς πρακτικής δεν εφαρμόζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης¹. Εδώ θα πρέπει να διακρίνουμε: α) αν ο εργαζόμενος, κατά την κατάρτιση της σύμβασης γνωρίζει τη δυσμενή πρακτική που ισχύει στην εκμετάλλευση, και παρ' όλα αυτά δεν προβάλλει αντιρρήσεις, τότε θεωρείται ότι την αποδέχεται σιωπηρά² β) αν όμως ο εργαζόμενος, κατά την κατάρτιση της σύμβασης, δεν γνωρίζει το περιεχόμενο της δυσμενούς πρακτικής, δεν μπορεί κατ' αρχήν να γίνει λόγος για σιωπηρή αποδοχή της δυσμενούς πρακτικής. Ήδη όμως αναφέραμε ότι η μη προβολή αντιρρήσεων από την πλευρά του νεοπροσλαμβανόμενου θεωρείται σιωπηρή αποδοχή της δυσμενούς πρακτικής, αν αυτός κατά καλή πίστη όφειλε και μπορούσε να γνωρίζει την πρακτική πριν καταρτίσει τη σύμβαση. Η θέση όμως αυτή δεν προσδιορίζει ειδικότερα κάτω από ποιες προϋποθέσεις και σε ποια έκταση ο νεοπροσλαμβανόμενος έχει το βάρος να πληροφορείται και να ενημερώνεται για τις συνήθειες που ισχύουν στην εκμετάλλευση και να προβάλλει σχετικές αντιρρήσεις, προκειμένου να μη θεωρηθεί ότι αποδέχθηκε σιωπηρά τη δυσμενή πρακτική³. Τη δέσμευση του νεοπροσλαμβανόμενου θα πρέπει να δεχθούμε, όταν έχουν παγιωθεί σε επιχειρησιακή συνήθεια κάποιοι βασικοί κανόνες, οι οποίοι διέπουν τη λειτουργία της εκμετάλλευσης και στην ύπαρξη των οποίων οφείλει να υπολογίζει κάθε εργαζόμενος, πριν από τη σύναψη της σύμβασης εργασίας⁴. Πέρα από την

¹ Στην περίπτωση της δυσμενούς πρακτικής δεν θα πρέπει να παραβιάζονται κανόνες αναγκαστικού δικαίου (ΑΠ 541/1997, ΕΕργΔ 1998, σελ. 68 και ΔΕΝ 1999, σελ. 919).

² BAG 15.2.1965, 5 AZR 347/64, **Hueck/Nipperdey**, Arbeitsrecht I, σελ. 152 επ., **H. Seiter**, Die Betriebsübung, σελ. 115

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 81

⁴ **G. Hueck/L. Fastrich**, AR-Blattei D, Betriebsübung I, BII2a, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 82

περίπτωση αυτή, η επιβολή στον εργαζόμενο μιας γενικότερης υποχρέωσης να ενημερώνεται για όλες τις συνήθειες που ισχύουν στην εκμετάλλευση δύσκολα μπορεί να γίνει δεκτή. Αντίθετα, θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι ο εργοδότης έχει την υποχρέωση να ενημερώνει τον εργαζόμενο, πριν από τη σύναψη της σύμβασης, τουλάχιστον για τις δυσμενείς εκείνες πρακτικές που είναι ασυνήθειες για τον συγκεκριμένο τόπο ή το είδος της επιχείρησης ή το περιεχόμενο των οποίων αποκλίνει σημαντικά εις βάρος του από ρυθμίσεις κανόνων ενδοτικού δικαίου¹. Για τον λόγο αυτό ορθώς επικρίνεται η άποψη του Αγαλλόπουλου², ο οποίος γενικώς δέχεται ότι δεν υφίσταται υποχρέωση του εργοδότη να ενημερώνει τους εργαζομένους για τις συνήθειες που ισχύουν στην εκμετάλλευση³. Θα πρέπει να σημειωθεί πάντως ότι κατά την κρατούσα άποψη στο γερμανικό δίκαιο ο νεοπροσλαμβανόμενος δεσμεύεται και από την υφιστάμενη στην εκμετάλλευση δυσμενή πρακτική⁴.

Αξιοσημείωτο είναι ότι ο Säcker απορρίπτει γενικά την ύπαρξη δυσμενούς πρακτικής⁵. Κατά τον Säcker δεν υπάρχει κατά νομική ακριβολογία δυσμενής πρακτική. Η απάντηση στο ερώτημα αν δεσμεύεται ο νεοπροσλαμβανόμενος από την υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική, δεν πρέπει, κατά τον Säcker, να διαφοροποιείται ανάλογα με το αν πρόκειται για ευμενή ή δυσμενή πρακτική. Το ερώτημα είναι ένα: αν ο νεοπροσλαμβανόμενος δεσμεύεται από τους γενικούς όρους εργασίας που ισχύουν στην εκμετάλλευση. Η απάντηση προκύπτει και από την ερμηνεία των δηλώσεων βουλήσεως των μερών κατά τη σύναψη της σύμβασης. Το να αναγνωρισθεί νομικά ότι η δυσμενής πρακτική θα αντιμετωπίζεται διαφορετικά από ό,τι η ευνοϊκή για τον εργαζόμενο πρακτική, θα οδηγούσε -κατά τον Säcker- σε κατάχρηση, δηλ. θα εμπόδιζε τη γένεση και λειτουργία του θεσμού της επιχειρησιακής συνήθειας, διότι θα περιόριζε τη

¹ **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 117. Αυτή είναι και η ratio του νόμου για την καταγραφή των ουσιωδών όρων εργασίας (NachwG), βλ. **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 362

² Εργατικών Δίκαιον, Σχέσις Εργασίας, 1958, σελ. 73-74

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 82

⁴ BAG 17.4.2002, 5 AZR 89/01, BAG 21.12.1954, AP Nr. 2 zu § 611 BGB, **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, σελ. 255. Όμως ο **Siebert** (BB 1955, σελ. 869-870) υποστηρίζει ότι «ο νεοεισερχόμενος σε μία εκμετάλλευση δεν θέλει να υποβάλλεται άνευ όρων και κατά κάποιο τρόπο εν λευκώ σε μία άγνωστη γι' αυτόν εργασιακή τάξη που ισχύει στην εκμετάλλευση». Σύμφωνος με την άποψη αυτή είναι και ο **Picker** (Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 362).

⁵ **F.-J. Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971, σελ. 119-120

χρήση του θεσμού της επιχειρησιακής συνήθειας, ήδη από τη γένεσή του, αποκλειστικά προς το συμφέρον των εργαζομένων.

Ενδιαφέρουσα επίσης είναι και η θέση ότι μία επιχειρησιακή συνήθεια, λόγω της επί μακρόν σταθερής και ομοιόμορφης εφαρμογής της, δημιουργεί μια αντικειμενική συμπεριφορά του εργοδότη έναντι των τρίτων, η οποία (συμπεριφορά) πρέπει να αξιολογείται ως μία σιωπηρή προσφορά έναντι του συνόλου των εργαζομένων προς τους οποίους απευθύνεται, δηλ. έναντι και των νεοπροσλαμβανομένων¹.

Όπως αναφέραμε προηγουμένως, στην περίπτωση της δυσμενούς πρακτικής δεν εφαρμόζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Είναι δηλ. πιθανό μία δυσμενής πρακτική να αφορά μία συγκεκριμένη κατηγορία εργαζομένων, λόγω π.χ. της θέσης εργασίας τους. Αντιθέτως, η αρχή της ίσης μεταχείρισης υποχρεώνει τον εργοδότη να μην εξαιρεί από μια ευνοϊκή πρακτική έναν εργαζόμενο ή εργαζομένους οι οποίοι πληρούν όλες τις προϋποθέσεις για να υπαχθούν στον γενικό κανόνα, τον οποίο ακολουθεί ο εργοδότης κατά τη χορήγηση της οικειοθελούς παροχής. Εξ άλλου η ελληνική νομολογία, τουλάχιστον όσον αφορά τις μισθολογικές παροχές, δέχεται ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν υποχωρεί απέναντι στην ατομική συμβατική ελευθερία².

Στο σημείο αυτό τίθεται το ερώτημα αν ο εργοδότης έχει τη δυνατότητα κατά τη σύναψη της σύμβασης εργασίας να συμφωνήσει με έναν εργαζόμενο τη μη εφαρμογή σε αυτόν της ευμενούς πρακτικής που ισχύει στην εκμετάλλευση. Αν δηλ. μπορεί ο εργοδότης να εξαιρέσει και να αποκλείσει έναν εργαζόμενο, με ρητή επιφύλαξή του, από μια πρόσθετη χρηματική παροχή, η οποία αποτελεί αντικείμενο υφιστάμενης στην εκμετάλλευση πρακτικής, γεγονός που έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία μιας ομάδας εργαζομένων που ευνοούνται από την χορήγηση της παροχής.

Κατά τη νομολογία επιτρέπονται διαφοροποιήσεις μεταξύ των εργαζομένων, μόνο εφ' όσον συντρέχουν ειδικοί κατ' αντικειμενική κρίση λόγοι, οι οποίοι

¹ **K. Erarslan**, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, 2017, σελ. 97

² Το αντίθετο δέχεται η γερμανική θεωρία και νομολογία, δηλ. όταν συγκρούεται η συμβατική ελευθερία με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, το προβάδισμα έχει η συμβατική ελευθερία. Βλ. BAG 25.02.2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561, BAG 17.12.2009 – 6 AZR 242/09, NZA 2010, 273, BAG 13.08.2008 – 7 AZR 513/07, NZA 2009, 27, ΑΠ 108/1990, ΕΕργΔ 1991, σελ. 633, **U. Preis**, Erfk § 611, αριθμ. 580.

καθιστούν τη διαφορετική μεταχείριση εύλογη και δίκαιη. Επομένως, αποκλίσεις από την ίση μεταχείριση και δημιουργία κατηγοριών ή ομάδων εργαζομένων που τυγχάνουν διαφορετικής μεταχείρισης δεν πρέπει να γίνονται αυθαιρέτως αλλά με αντικειμενικά κριτήρια. Επί πλέον σε περίπτωση που ο εργοδότης θέλει να αποκλείσει έναν νεοπροσλαμβανόμενο από μια παροχή, θα πρέπει να το καταστήσει σαφές κατά τη σύναψη της σύμβασης εργασίας¹. Για όλους αυτούς τους λόγους γίνεται δεκτό ότι η συμφωνία, βάσει της οποίας ένας εργαζόμενος αποκλείεται από μια παροχή που καταβάλλεται στο πλαίσιο υφιστάμενης πρακτικής, είναι έγκυρη, όταν αυτή δικαιολογείται από την ύπαρξη ενός ιδιαίτερου αντικειμενικού λόγου (π.χ. ο εργαζόμενος λαμβάνει ως αντιστάθμισμα άλλα οφέλη)².

Θα πρέπει πάντως, ακριβολογώντας, να σημειωθεί ότι οι νεοπροσλαμβανόμενοι δεν έχουν την ίδια αξίωση για λήψη της παροχής με τους υπόλοιπους εργαζομένους³. Υποστηρίζεται ότι απαιτείται μια πρόσθετη δήλωση βούλησης/συμπεριφοράς (Erklärungsverhalten) του εργοδότη προς τους νεοπροσλαμβανόμενους, από την οποία μπορούν να συνάγουν τη βούληση δέσμευσης του τελευταίου.

Τέλος, γίνεται παγίως δεκτό ότι είναι έγκυρη η συμφωνία, με την οποία ο εργοδότης εκδηλώνει τη βούλησή του να άρει για το μέλλον την υφιστάμενη πρακτική, εφ' όσον συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι, ως συλλογικό φαινόμενο, συμφωνώντας με όλους τους νεοπροσλαμβανόμενους τη μη εφαρμογή της σ' αυτούς μετά από μία συγκεκριμένη ημερομηνία⁴. Αρκεί να προβεί σε μία σαφή γενική ανακοίνωση προς το προσωπικό, η οποία αναφέρει ότι στο εξής η παροχή δεν θα καταβάλλεται σε όσους προσλαμβάνονται μετά από μία ορισμένη ημερομηνία⁵. Μια τέτοια συμπεριφορά δεν προσκρούει άλλωστε στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, διότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν αποκλείει

¹ **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 360 «nur muss er einen solchen Willen zur Ungleichbehandlung deutlich machen, weil seinem Leistungsverhalten objektiv der Wille zu Gleichbehandlung zu entnehmen ist».

² **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 85, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, σελ. 648 επ., **W. Däubler**, Das Arbeitsrecht 2, 1979, σελ. 301

³ **St. Freh**, Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz, 2014, σελ. 159

⁴ BAG 14.11.2001, 10 AZR 152/01, **K. Bepler**, RdA 2004, σελ. 238, **J. Jensen**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010, σελ. 13, **G. Hueck/L. Fastrich**, AR-Blattei D, Betriebsübung I, 1982, EIII

⁵ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 22-23

διαφοροποιήσεις με βάση τον χρόνο πρόσληψης¹, εφ' όσον όμως αυτές οι διαφοροποιήσεις, μετά από στάθμιση των αντιτιθεμένων συμφερόντων, δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους. Πράγματι ο διαφορετικός χρόνος πρόσληψης δεν δικαιολογεί από μόνος του διαφορετική μεταχείριση των εργαζομένων, αν δεν συντρέχουν και άλλοι αντικειμενικοί λόγοι. Κατά τη διατύπωση της νομολογίας «τέτοια διαφοροποίηση έναντι εργαζομένου δικαιολογείται για ειδικό και σοβαρό κατ' αντικειμενική κρίση λόγο και είναι αποδεκτή, στην περίπτωση που οι πλείονες εργαζόμενοι δεν ανήκουν στην ίδια κατηγορία, διότι δεν έχουν τα ίδια τυπικά προσόντα, καθώς και όταν προσλήφθηκαν σε διαφορετικούς χρόνους και με άλλες προϋποθέσεις, η συνδρομή των οποίων διαφοροποιεί τις συνθήκες υπό τις οποίες παρέχεται η εργασία του μισθωτού που ευνοήθηκε»². Δηλ. η διαφορετική μεταχείριση των εργαζομένων με βάση τον χρόνο πρόσληψης μπορεί να είναι δικαιολογημένη, όταν οι εργαζόμενοι δεν ανήκουν στην ίδια κατηγορία, επειδή δεν είχαν τα ίδια τυπικά προσόντα κατά την πρόσληψή τους ή ήταν διαφορετικές οι προϋποθέσεις για την πρόσληψή τους και συνεπώς οι συνθήκες υπό τις οποίες προσλήφθηκαν.

Ιδιαίτερα σημαντική είναι η υπ' αριθμ. 34/1998 απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου³, η οποία δέχθηκε κατά πλειοψηφία ότι η καθιέρωση ευνοϊκότερων όρων χορήγησης του χρονοεπιδόματος σε όσους μισθωτούς προσελήφθησαν πριν από ορισμένη ημερομηνία, δεν παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης «... διότι η διαφορετική αυτή επιδοματική μεταχείριση δικαιολογείται από το αντικειμενικό γεγονός του μεταγενέστερου χρόνου εισόδου τους στην υπηρεσία, εν όψει και των αναγκών ορθολογικής οργανώσεως, σε συνδυασμό με την οικονομική αυτοχή της επιχειρήσεως». Εξ άλλου στην περίπτωση αυτή δεν παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων και για τον πρόσθετο λόγο ότι πρόκειται για μια γενική κατάργηση της συγκεκριμένης πρακτικής⁴ από μία συγκεκριμένη ημερομηνία και μετά.

¹ ΤριμΕφΑθ 3412/2014, ΝΟΜΟΣ, **Κ. Bepler**, RdA 2004, σελ. 238, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, . Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 23

² ΑΠ 337/2018, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 421/2007, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 543/2004, ΝΟΜΟΣ

³ ΕΕργΔ 1999, σελ. 215

⁴ Σύμφωνα με το BAG (απόφαση 14.6.1983-3 AZR 565/81): η γενική κατάργηση μιας πρακτικής δεν συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, διότι η γενική κατάργηση μιας συγκεκριμένης ρύθμισης αποτελεί ένα αντικειμενικό διαφοροποιητικό κριτήριο, εφ' όσον η επιλογή της χρονικής στιγμής κατάργησης προσανατολίζεται αντίστοιχα στις ρυθμιστές σχέσεις και λαμβάνει επαρκώς υπ' όψη τα συμφέροντα των ενδιαφερομένων στη ρύθμιση μερών.

Με το θέμα αυτό θα ασχοληθούμε αναλυτικότερα παρακάτω, στο κεφάλαιο της κατάργησης της επιχειρησιακής συνήθειας.

III. Επιχειρησιακή συνήθεια και αρχή της ίσης μεταχείρισης, ομοιότητες και διαφορές

Η πρακτική της εκμετάλλευσης σχετίζεται με έναν άλλο σημαντικό παράγοντα διαμόρφωσης των όρων εργασίας, την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Και οι δύο θεσμοί δεν ρυθμίζονται ειδικότερα στον νόμο, αλλά έχουν διαμορφωθεί από τη νομολογία και τη θεωρία. Κατά τη νομολογία «*από τη διάταξη του άρθρου 22 § 1 εδ. β του Συντάγματος συνάγεται κανόνας δημοσίας τάξεως, με τον οποίο παρέχεται απ' ευθείας στον εργαζόμενο το δικαίωμα να αξιώσει από τον εργοδότη οικειοθελείς παροχές, τις οποίες αυτός καταβάλλει σε άλλους μισθωτούς, οι οποίοι ανήκουν στην αυτή κατηγορία και παρέχουν τις ίδιες υπό τις αυτές συνθήκες υπηρεσίες, ανεξάρτητα από τον χρόνο πρόσληψής του...*». Αναμφίβολα και οι δύο θεσμοί λειτουργούν ως βάσεις για τη δημιουργία αξιώσεων υπέρ των εργαζομένων. Το γεγονός εξ άλλου ότι το κυριότερο πεδίο εφαρμογής τόσο της επιχειρησιακής συνήθειας όσο και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελούν οι λεγόμενες «οικειοθελείς» παροχές του εργοδότη, καθιστά τη σχέση μεταξύ των δύο αυτών θεσμών ακόμη στενότερη. Για τον λόγο αυτό συχνά οι αξιώσεις των εργαζομένων θεμελιώνονται σωρευτικά και στους δύο αυτούς θεσμούς¹. Υποστηρίζεται εξ άλλου ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης αποσκοπεί στη δικαιότερη κατανομή των οικειοθελών παροχών στους μισθωτούς². Παρ' όλα αυτά πρόκειται για δύο διαφορετικούς θεσμούς, οι οποίοι πρέπει να διακρίνονται

¹ΑΠ 350/2019, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1263/2005, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 279/2000, ΔΕΕ 2000, σελ. 1267 με παρατηρήσεις **Γ. Βλασσόπουλου**, ΜΠΑ 1044/1994, ΕΕργΔ 1995, σελ. 356, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 809, ΕΕργΔ 2020, σελ. 1565-1566. Πράγματι, είναι δυνατόν η αξίωση του εργαζομένου να στηρίζεται και στους δύο θεσμούς όταν π.χ. παρά την ύπαρξη μιας ήδη διαμορφωμένης επιχειρησιακής συνήθειας ο εργοδότης εξαιρεί αυθαίρετα από την παροχή έναν εργαζόμενο. Βέβαια, στην περίπτωση αυτή η αρχή της ίσης μεταχείρισης θα συνιστά την **επικουρική** βάση της αγωγής του εργαζομένου.

² **Δ. Σιδέρης**, Η συνταγματική θεμελίωση της αρχής της ευνοϊκότερης ρύθμισης στο εργατικό δίκαιο, ΔΕΝ 2015, 1345.

αυστηρά μεταξύ τους, διότι παρουσιάζουν σημαντικές διαφορές ως προς τις προϋποθέσεις, την έκταση εφαρμογής και τον τρόπο με τον οποίο αναπτύσσεται η δεσμευτική τους ενέργεια¹.

Όπως είναι γνωστό, η πρακτική ανήκει στα συλλογικά μέσα διαμόρφωσης των εργασιακών σχέσεων. Στην περίπτωση της πρακτικής, εκείνο που έχει σημασία είναι κατά πόσον από την ομοιόμορφη και επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά του εργοδότη προκύπτει μία δέσμευση για το μέλλον, οπότε οι εργαζόμενοι έχουν αξίωση για τη συνέχισή της. Αντίθετα, στην περίπτωση της ίσης μεταχείρισης, πρόκειται για μια ομοιόμορφη συμπεριφορά του εργοδότη απέναντι στους εργαζομένους οι οποίοι βρίσκονται στην ίδια κατάσταση, υπό την έννοια της ομοιότητας των συνθηκών απασχόλησης και των προσόντων², και η ίση μεταχείριση παρέχει στους εργαζομένους, που αυθαίρετα εξαιρέθηκαν από την ομοιόμορφη συμπεριφορά (π.χ. από τη συγκεκριμένη παροχή) αξίωση για τη χορήγησή της. Για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν έχει σημασία αν η συγκεκριμένη παροχή καταβλήθηκε μόνο μία φορά ή εξακολουθεί να επαναλαμβάνεται και στο μέλλον. Όπως χαρακτηριστικά επισημαίνεται, η δεσμευτική ενέργεια της πρακτικής αναπτύσσεται «εις χρόνον» (κάθετα), ενώ αυτή της αρχής της ίσης μεταχείρισης «εν σειρά» (οριζόντια)³.

Τη νομολογία του ΑΠ απασχόλησε το ζήτημα αν η αρχή της ίσης μεταχείρισης εφαρμόζεται μόνο επί των οικειοθελών παροχών (δηλ. των παροχών που καταβάλλονται χωρίς νομική υποχρέωση) ή και επί των παροχών που καταβάλλονται από τον εργοδότη κατόπιν συμβάσεως με βάση τη συμβατική ελευθερία (ΑΚ 361). Η Ολομέλεια του ΑΠ⁴ έκρινε ότι ο εργοδότης δεσμεύεται από την αρχή της ίσης μεταχείρισης όχι μόνο ως προς τις παροχές που καταβάλλει οικειοθελώς, αλλά και ως προς τις παροχές που καταβάλλει κατόπιν

¹ ΑΠ 1217/2005, ΕλλΔνη 2006, σελ. 140, ΜΠΑ 1044/1994, ΕΕργΔ 1995, σελ. 356, ΕφΑθ 7199/1992, ΕλλΔνη 1993, σελ. 186, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 125 επ., **ο ίδιος**, ΔΕΝ 1997, σελ. 1313, 1399 επ., **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1990, σελ. 606 επ., **ο ίδιος**, ΕΕργΔ 1994, σελ. 559 επ., **Η. Seiter**, Die Betriebsübung, σελ. 30 επ., **Zöllner/Loritz/Hergeröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., σελ. 202

² Βλ. **Ν. Γεωργιάδου**, Η επιχειρησιακή συνήθεια και η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ως νομικές βάσεις δημιουργίας εργατικών αξιώσεων: Μία προσέγγιση ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, ΔΕΝ 2021, σελ. 358

³ **Ε. Bötticher**, RdA 1953, σελ. 161, **Αλ. Καρακατσάνης**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, Ξένιον, Τόμ. ΙΙΙ, 1973, σελ. 81, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, σελ. 127, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 807, 809

⁴ ΑΠ 178/2008, ΔΕΝ 2008, 1201

συμβατικής δεσμεύσεως. Και αυτό γιατί και οι παροχές που χορηγεί ο εργοδότης βάσει ατομικών συμφωνιών, συνάπτονται οικειοθελώς από τον εργοδότη, δηλ. με τη βούληση του εργοδότη. Η λύση αυτή είναι εύλογη, διότι δεν είναι δυνατό με επίκληση της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων να προβαίνει ο εργοδότης σε αυθαίρετες διαφοροποιήσεις μεταξύ των εργαζομένων¹. Συνεπώς ο εργοδότης δεν έχει τη δυνατότητα να αποκρούσει την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης με τον ισχυρισμό ότι η παροχή που καταβάλλει στους εργαζομένους έχει απολέσει τον οικειοθελή της χαρακτήρα και έχει προσλάβει υποχρεωτικό χαρακτήρα, λόγω δημιουργίας συμβατικής δέσμευσης κατόπιν δημιουργίας επιχειρησιακής συνήθειας. Και οι αρχικώς εκούσιες εργοδοτικές παροχές που στη συνέχεια μετατράπηκαν σε συμβατικές παροχές, υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της ίσης μεταχείρισης.

Έχει υποστηριχθεί η άποψη στην ελληνική θεωρία ότι **η αρχή της ίσης μεταχείρισης εφαρμόζεται σε εκείνα μόνο τα μέτρα του εργοδότη που έχουν γενικό χαρακτήρα**², σε εκείνες δηλ. τις παροχές, για τη χορήγηση των οποίων ο εργοδότης έχει θέσει κάποιες προϋποθέσεις ή ακολουθεί ένα γενικό κανόνα. Η ελληνική νομολογία όμως δεν κάνει τέτοια διάκριση, αλλά εφαρμόζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης σε κάθε περίπτωση εργοδοτικής παροχής, κατά την οποία ο αποκλεισθείς από την παροχή μισθωτός προσφέρει όμοια εργασία, έχει τα ίδια προσόντα και εργάζεται υπό τις ίδιες συνθήκες³.

Όπως ήδη αναφέρθηκε έχει υποστηριχθεί⁴ (μεμονωμένα στην ελληνική θεωρία και ευρέως στη γερμανική θεωρία και νομολογία) ότι **η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων έχει ένα προβάδισμα απέναντι στην αρχή της**

¹ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 638-639, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της σύμβασης εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 70, 71. Στη γενικότερη προβληματική της σχέσης της αρχής της ίσης μεταχείρισης με τη συμβατική ελευθερία εντάσσεται και το ζήτημα εάν είναι έγκυρη η παραίτηση του εργαζομένου από την αξίωση για ίση μεταχείριση, βλ. σχετικά **Ν. Γεωργιάδου**, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων, 2002, σελ. 150

² **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 5^η εκδ., σελ. 767, **Καρακατσάνης/Γαρδικας**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 363 επ. Η άποψη αυτή έχει επικρατήσει στο γερμανικό δίκαιο.

³ ΑΠ 350/2019, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 337/2018, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 869/2018, ΝΟΜΟΣ

⁴ **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Η' εκδ., σελ. 850 επ., **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 648 επ. Η άποψη αυτή επικρατεί στη γερμανική θεωρία και νομολογία βλ. **STAUDINGER/Richardi/Fischinger** BGB §§ 611-613, Dienstvertragsrecht 1, 2011, σελ. 493, **G. Hueck**, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, 1958, σελ. 258 επ., BAG 4.5.1962, 10.4.1973, 27.7.1988, AP Nr 32, 38 και 83 zu § 242 BGB, Gleichbehandlung.

ίσης μεταχείρισης. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης επεμβαίνει -κατά τη γερμανική θεωρία και νομολογία- και περιορίζει τη συμβατική ελευθερία, όταν ο εργοδότης κατά τη χορήγηση της παροχής έχει θέσει κάποιες προϋποθέσεις ή ακολουθεί ένα γενικό κανόνα¹. Αντιθέτως, δεν εφαρμόζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης όταν ο εργοδότης κατά τη χορήγηση της παροχής δεν έχει θέσει προϋποθέσεις ή δεν ακολουθεί ένα γενικό κανόνα, αλλά διαπραγματεύεται ατομικώς² και συμφωνεί παροχές ή αμοιβές με μεμονωμένους εργαζομένους. Έτσι, δεν αποκλείεται η ευνοϊκότερη μεταχείριση ορισμένων εργαζομένων βάσει ατομικών συμφωνιών. Βέβαια, κατά τη νομολογία του BAG η θέσπιση γενικών κανόνων για την καταβολή της παροχής και η διαμόρφωση της ομάδας πρέπει να γίνεται με **αντικειμενικά κριτήρια**, τα οποία ανταποκρίνονται και δικαιολογούνται από τον σκοπό της παροχής. Στη γερμανική θεωρία³ όμως έχει υποστηριχθεί και η αντίθετη άποψη, ότι δηλ. ο εργοδότης, κατά τον καθορισμό του σκοπού της παροχής πρέπει να διαθέτει μεγάλη ελευθερία.

Εφ' όσον, σύμφωνα με την ελληνική νομολογία, η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν προϋποθέτει κατ' ανάγκη μέτρα του εργοδότη με γενικό-συλλογικό χαρακτήρα, αλλά εφαρμόζεται και στην περίπτωση παροχών σε μεμονωμένους εργαζομένους, που χορηγούνται είτε μονομερώς από τον εργοδότη, είτε στο πλαίσιο συμβατικών δεσμεύσεων, η διάκριση των δύο θεσμών γίνεται σαφέστερη⁴. Αυτή η ουσιαστική διαφορά μεταξύ της πρακτικής και της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν πρέπει να συγχέεται με το γεγονός ότι υπάρχει -κατά μία άποψη- και ατομική πρακτική, δηλ. πρακτική του εργοδότη σε σχέση

¹ STAUDINGER/**Richardi/Fischinger** BGB § 611 αριθμ. 501, **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., σελ. 196

² BAG 19.8.1992, 13.2.2002, AP Nr 102, 184 zu § 242 Gleichbehandlung

³ **Zöllner/Loritz**, Arbeitsrecht, 5^η εκδ., σελ. 221, 222

⁴ Αντίθετα, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη στη γερμανική νομολογία και θεωρία (**Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 195 επ., **G. Schaub**, Arbeitsrechtshandbuch, 1992, σελ. 865) η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει μέτρα του εργοδότη με συλλογικό χαρακτήρα, γενικές δηλ. ρυθμίσεις που δημιουργούν μία συγκεκριμένη υπερατομική τάξη στην εκμετάλλευση, από την οποία δεν πρέπει να εξαιρούνται αυθαίρετα ένας ή περισσότεροι εργαζόμενοι. Βλ. επίσης **Stefan Freh**, Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz, 2014, σελ. 180 «Für die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist der kollektive Bezug der jeweiligen Maßnahme hingegen konstitutiv». Εξ άλλου κατά τη γερμανική νομολογία, αν ο αριθμός των εργαζομένων που λαμβάνουν την παροχή είναι πολύ μικρός σε σύγκριση με τον συνολικό αριθμό των εργαζομένων που ανήκουν στην ίδια κατηγορία, τότε πρόκειται για ατομικές συμφωνίες μεταξύ εργοδότη-εργαζομένων επί των οποίων δεν έχει εφαρμογή η αρχή της ίσης μεταχείρισης, βλ. BAG 13.2.2002, AP Nr 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

με έναν μόνο εργαζόμενο¹. Η ατομική πρακτική συνιστά κατ' ουσίαν μία απλή συμβατική δέσμευση μεταξύ εργοδότη και μισθωτού και κατά κανόνα δεν επηρεάζει τη διαμόρφωση των όρων εργασίας σε συλλογικό επίπεδο. Αξιώσεις έναντι του εργοδότη από την ατομική πρακτική έχει ο συγκεκριμένος εργαζόμενος στον οποίο αναφέρεται η πρακτική και όχι οποιοσδήποτε άλλος εργαζόμενος. Οι λοιποί εργαζόμενοι μπορούν να αξιώσουν τις παροχές που αφορά η ατομική πρακτική μόνο με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης, εφ' όσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της².

Μία άλλη διαφορά μεταξύ των δύο θεσμών αποτελεί το γεγονός ότι στην περίπτωση της αρχής της ίσης μεταχείρισης ο εργοδότης έχει την ευχέρεια να διακόψει την καταβολή της παροχής, την οποία επανειλημμένα κατέβαλλε στο παρελθόν κατά τρόπο γενικό και απρόσωπο, προκειμένου να αποδεσμευθεί για το μέλλον από την υποχρέωση καταβολής της, ενώ στην περίπτωση της πρακτικής ο εργοδότης δεν έχει αυτή την ευχέρεια, διότι δεσμεύεται για το μέλλον για την καταβολή της παροχής. Όπως έχει αναφερθεί, στην περίπτωση της πρακτικής, προκειμένου ο εργοδότης να αποδεσμευθεί για το μέλλον από την καταβολή μιας παροχής θα πρέπει να την ανακαλέσει, αν έχει επιφυλάξει για τον εαυτό του τέτοιο δικαίωμα. Σε περίπτωση που δεν έχει ακόμη δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια, ο εργοδότης μπορεί εύκολα να αποδεσμευτεί από την υποχρέωση καταβολής της παροχής αν παύσει να καταβάλλει την παροχή σε όλους τους εργαζομένους από μια ημερομηνία και μετά³. Αν όμως έχει πλέον δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια και ο εργοδότης, χωρίς να εκδηλώσει τη βούλησή του να καταργήσει γενικά και απρόσωπα την παροχή, αρνείται την καταβολή της μόνο σε έναν εργαζόμενο, τότε η αξίωση του τελευταίου στηρίζεται αναμφίβολα και στην αρχή της ίσης

¹**Ατομική πρακτική** συνιστά λ.χ. η καταβολή σε ένα συγκεκριμένο μισθωτό, στο τέλος κάθε έτους και για σημαντικό χρονικό διάστημα, μιας πρόσθετης χρηματικής παροχής. Εάν όμως η παροχή χορηγείται λόγω της ιδιότητας του μισθωτού ως κατόχου συγκεκριμένης θέσης, η οποία τυγχάνει να είναι μοναδική στην επιχείρηση, τότε πρόκειται για **συλλογική πρακτική**. Βλ. ΑΠ 1898/1988, ΕΕργΔ 1989, σελ. 920, **I. Ληξουριώτη**, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις 2021, σελ. 38, **Δ. Ζερδελή**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, Εκδ. Σάκκουλα, Θεσ/κη 1993, σελ. 69.

²**N. Γεωργιάδου**, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων, 2002, σελ. 159.

³**Stefan Freh**, Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz, 2014, σελ. 183, Κατά τους **Preis/Genenger**, JbArbR 2010, σελ. 93 ο εργοδότης μπορεί σχετικά εύκολα να αποδεσμευθεί για το μέλλον από την καταβολή της παροχής αναστέλλοντας συνολικά τη χορήγησή της από ορισμένη ημερομηνία και μετά.

μεταχείρισης¹. Στην περίπτωση αυτή, η ίση μεταχείριση θα συνιστά την **επικουρική** βάση της αγωγής του εργαζομένου, διότι αν αποδειχθεί η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, ο εργαζόμενος έχει ήδη συμβατική αξίωση για τη χορήγηση της παροχής².

Κατά την άποψη της νομολογίας δικονομικά αποδεικνύεται ως λυσιτερέστερη η αρχή της ίσης μεταχείρισης λόγω των αποδεικτικών δυσχερειών που συνδέονται με τη θεμελίωση της αξίωσης στην πρακτική³. Δεδομένου όμως ότι η πρακτική δημιουργεί -κατά την κρατούσα συμβατική θεωρία- συμβατική δέσμευση, πιστεύουμε ότι η νομική θεμελίωση της αξίωσης πρέπει να γίνεται κατά πρώτο λόγο στην επιχειρησιακή συνήθεια και επικουρικά στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Η αξίωση του εργαζομένου για λήψη της παροχής θεμελιώνεται αποκλειστικά στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, όταν δεν έχει δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια ή όταν ο εργαζόμενος για οποιονδήποτε λόγο δεν μπορεί να υπαχθεί σε αυτή⁴.

Εκτός από τις προϋποθέσεις εφαρμογής τους, η πρακτική και η αρχή της ίσης μεταχείρισης διαφέρουν και ως προς το αντικείμενό τους. Η πρακτική έχει ως αντικείμενο μονομερείς παροχές του εργοδότη, οι οποίες με την μακροχρόνια και ομοιόμορφη χορήγησή τους μετατρέπονται -βάσει της πρακτικής- σε συμβατικές παροχές που δεσμεύουν τον εργοδότη και για το μέλλον. Αντίθετα, η αρχή της ίσης μεταχείρισης εφαρμόζεται στις οικειοθελείς παροχές του εργοδότη, ανεξάρτητα από το αν έχει δημιουργηθεί συμβατική δέσμευση για τη

¹ΑΠ 226/2014, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1217/2005, ΕλλΔνη 2006, σελ. 140, ΑΠ 758/2003, ΕΕργΔ 2004, σελ. 1361, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 130, **Α. Ντάσιος**, Εργατικό Δικονομικό Δίκαιο, τόμ. Α/Ι, σελ. 491, 528.

²ΑΠ 350/2019, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 337/2018, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 869/2018, ΔΕΝ 2018, σελ. 1363, ΑΠ 1263/2014, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1782/2013, ΔΕΕ 2015, σελ. 277, ΕφΠειρ 3/2013, ΝΟΜΟΣ, ΒΑΓ 4.3.1961-5 ΑΖΡ 169/60

³ΕφΑθ 7199/1992, ΕλλΔνη 1993, σελ. 186, ΕφΑθ 1735/1990, ΕλλΔνη 1991, σελ. 12, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 809

⁴**G. Schaub**, Arbeitsrechtshandbuch, 1992, σελ. 107-108, **Ν. Γεωργιάδου**, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων, 2002, σελ. 162. Η ανάπτυξη ωστόσο των δύο νομικών βάσεων στην αγωγή απαιτεί ιδιαίτερη προσοχή, όχι μόνο για τη διασφάλιση των στοιχείων του ορισμένου του δικογράφου, αλλά και για την αντιμετώπιση των δικονομικών ζητημάτων της σώρευσης των νομικών βάσεων και υποβολής των αντίστοιχων αιτημάτων, βλ. **Ν. Γεωργιάδου**, Η επιχειρησιακή συνήθεια και η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ως νομικές βάσεις δημιουργίας εργατικών αξιώσεων: Μία προσέγγιση ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, ΔΕΝ 2021, σελ. 358.

χορήγησή τους και στο μέλλον¹. Δηλαδή εάν ο εργοδότης χορηγεί στο προσωπικό άπαξ του έτους μία οικειοθελή παροχή με ρητή δήλωση ότι η παροχή δίνεται από ελευθεριότητα, χωρίς πρόθεση δέσμευσης για το μέλλον, η επανειλημμένη επί σειρά ετών καταβολή αυτής της παροχής δεν μπορεί βέβαια να καταστεί περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας. Παραμένει οικειοθελής παροχή, την οποία οι εργαζόμενοι μπορούν να αξιώσουν μόνο με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης². Στην περίπτωση αυτή ο εργοδότης είναι ελεύθερος να παύσει οποτεδήποτε τη χορήγηση της παροχής, χωρίς μάλιστα να χρειάζεται να προβεί σε κάποια δικαιοπρακτική δήλωση προς τον εργαζόμενο για τη διακοπή της και χωρίς να χρειάζεται να αιτιολογήσει την ενέργειά του αυτή, όπως είναι ελεύθερος και να τροποποιήσει τις προϋποθέσεις και τους όρους χορήγησης της παροχής, τηρώντας όμως πάντοτε την αρχή της ίσης μεταχείρισης³.

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης, όπως και η πρακτική της εκμετάλλευσης, εφαρμόζεται εφ' όσον και για όσο χρόνο υπάρχει ενεργός σχέση εργασίας⁴. Επομένως η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν εφαρμόζεται ούτε πριν από την έναρξη ούτε μετά από τη λήξη της σχέσης εργασίας. Κατ' εφαρμογή του ανωτέρω κανόνα, ο εργαζόμενος μετά από τη λύση της σχέσης εργασίας του δεν έχει δικαίωμα επαναπρόσληψης επειδή επαναπροσλήφθηκαν άλλοι μισθωτοί της επιχείρησης⁵. Επί πλέον, εφ' όσον δεν υπάρχει ενεργός σχέση εργασίας, οι απολυθέντες ή αποχωρήσαντες εργαζόμενοι ανήκουν σε διαφορετική κατηγορία⁶

¹ΑΠ 1364/2019, ΕΕργΔ 2020, σελ. 457, ΜΠΑ 28/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1221/2004, ΔΕΕ 2005, σελ. 324 με παρατηρήσεις **Μ. Ρηγάκη, Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1990, σελ. 606, 609, **Κ. Μπακόπουλος**, ΝοΒ 1995, σελ. 523, 531-532.

²Το παράδειγμα από **Ζερδελή**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 129

³ΑΠ 869/2018, ΔΕΝ 2018, σελ. 1363

⁴ΑΠ 673/2014, ΔΕΝ 2014, 926, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 640 επ.

⁵ΑΠ 1192/1999, ΔΕΝ 2002, 303

⁶ΑΠ 474/2000, ΔΕΝ 2001, 897. Η απόφαση ΑΠ 673/2014 (ΔΕΕ 2015, 656) περιέχει κάποια επί πλέον κριτήρια διαφοροποίησης των εργαζομένων, τα οποία συνεπάγονται τη μη εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης. Αυτά είναι -όσον αφορά την καταβαλλόμενη αποζημίωση- η θέση του εργαζομένου, ο βαθμός ευθύνης του αλλά και οι μηνιαίες αποδοχές, οι οποίες οδηγούν σε διαφορετικό ύψος αποζημίωσης απόλυσης. Με τις σκέψεις αυτές η συγκεκριμένη απόφαση θεωρεί δικαιολογημένο τον υπολογισμό της αποζημίωσης απόλυσης με τον περιορισμό του άρθρου 5 § 1 εδ. β του Ν. 3198/1955. Στη συγκεκριμένη περίπτωση υπήρχε διαφοροποίηση ως προς την εφαρμογή του πλαφόν αποζημίωσης και κρίθηκε ότι ο υπολογισμός της αποζημίωσης απόλυσης για ορισμένους εργαζομένους χωρίς τον περιορισμό του αρθρ. 5 § 1 εδ. β του Ν. 3198/1955, δεν ήταν ιδιαίτερα επιβαρυντικός για τον εργοδότη, σε σχέση με τον υπολογισμό στον οποίο θα προέβαινε με βάση τον περιορισμό αυτό, ενώ για τον ενάγοντα, ο οποίος ελάμβανε υψηλότερες μηνιαίες αποδοχές, κρίθηκε δικαιολογημένη η εφαρμογή του πλαφόν. Τέτοιοι διαφοροποιητικοί λόγοι έχουν γίνει κατά καιρούς δεκτοί από τη νομολογία και έχει κριθεί ότι η διαφορετική μεταχείριση των εργαζομένων είναι δικαιολογημένη.

σε σχέση με τους εργαζομένους που παρέμειναν στην επιχείρηση, οπότε οι αποχωρήσαντες δεν έχουν δικαίωμα λήψεως οποιασδήποτε παροχής μισθολογικής φύσης που λαμβάνουν οι τελευταίοι και δεν έχουν λάβει οι ίδιοι. Ωστόσο οι αποχωρήσαντες ή απολυθέντες εργαζόμενοι έχουν δικαίωμα να αξιώσουν, βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, παροχή την οποία χορήγησε ο πρώην εργοδότης τους αναδρομικά, δηλ. παροχή αναγόμενη σε χρόνο κατά τον οποίο η σχέση εργασίας τους με τον συγκεκριμένο εργοδότη ήταν ενεργός¹. Τέτοια περίπτωση μπορεί να συνιστά και η χορήγηση πρόσθετης αποζημίωσης σε εκτέλεση συνταξιοδοτικού προγράμματος εθελουσίας εξόδου μισθωτών μιας επιχείρησης². Έχει όμως κριθεί ότι η ιδιαίτερη συμφωνία του εργοδότη με κάθε έναν από τους εργαζομένους για τη συμβατική λύση της σχέσης εργασίας έναντι χρηματικού ποσού, όχι προκαθορισμένου, αλλά προσδιοριζόμενου ελεύθερα (ΑΚ 361) κατόπιν ατομικών διαπραγματεύσεων, δεν προσκρούει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης ή σε άλλη απαγορευτική διάταξη νόμου³. Σύμφωνα με τον Άρειο Πάγο, η ρύθμιση κάθε θέματος που αφορά την οργάνωση και τη λειτουργία της επιχείρησης ανάγεται στο διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη, ο οποίος (εργοδότης) έχει την ευχέρεια, αποβλέποντας στην καλύτερη λειτουργία της επιχείρησής του, να συνάπτει ιδιαίτερη συμφωνία με κάθε ένα από τους υπαλλήλους εκείνους οι οποίοι δεν κρίνονται ικανοί να ανταποκριθούν στις μελλοντικές ανάγκες της εκμετάλλευσης ή των οποίων η θέση πρόκειται να καταργηθεί.

Επί πλέον η επιχειρησιακή συνήθεια διαμορφώνεται συνήθως στον χώρο της εκμετάλλευσης⁴ και σπανιότερα σε όλη την επιχείρηση ενώ η αρχή της ίσης μεταχείρισης μπορεί να εκτείνεται και σε περισσότερες εκμεταλλεύσεις ή σε όλη την επιχείρηση του εργοδότη⁵. Σε κάθε περίπτωση όμως η εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι οι συγκρινόμενοι εργαζόμενοι είναι μισθωτοί του

¹ ΑΠ 806/2010, ΔΕΝ 2010, 1416, ΑΠ 1688/2007, ΔΕΝ 2007, 1349, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 641

² ΑΠ 1782/2013, ΔΕΕ 2015, 277

³ ΑΠ 272/2017, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 642/1988, ΝΟΜΟΣ

⁴ **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Ελληνική 1995, σελ. 807, 810, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 36

⁵ **Ν. Γεωργιάδου**, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων, 2002, σελ. 160, STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, BGB § 611 αριθμ. 492, BAG 17.11.1998, 3.12.2008, AP Nr 162, 206 zu § 242 Gleichbehandlungsgrundsatz

ίδιου εργοδότη¹. Όταν π.κ. στις περισσότερες εκμεταλλεύσεις της επιχείρησης χορηγούνται παροχές (επιδόματα κ.ο.κ.), οι οποίες δεν συνδέονται με τις συνθήκες λειτουργίας ή τις λοιπές περιστάσεις της συγκεκριμένης εκμετάλλευσης, τότε όλοι οι εργαζόμενοι που ανήκουν στην ίδια κατηγορία και εργάζονται υπό τις ίδιες συνθήκες δικαιούνται να λάβουν τις παροχές αυτές, ανεξαρτήτως της εκμετάλλευσης στην οποία απασχολούνται. Επομένως η διάσπαση της επιχείρησης σε περισσότερες εκμεταλλεύσεις δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως μέσο για την καταστράτηγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης².

Όπως αναφέραμε, προϋπόθεση για την εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης είναι η απασχόληση στον ίδιο εργοδότη³. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν υποχρεώνει τον εργοδότη να προσαρμόσει τους όρους εργασίας του προσωπικού του στους όρους εργασίας που ισχύουν για το προσωπικό ενός άλλου εργοδότη⁴. Έχει κριθεί ότι το πεδίο ισχύος της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν επεκτείνεται σε επίπεδο ομίλου αλλά περιορίζεται στους κόλπους της κάθε μιας επιχείρησης που έχει προσλάβει και απασχολεί τον εργαζόμενο⁵. Εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης που να υπερβαίνει τα όρια της κάθε επιχείρησης και να καταλαμβάνει όλο τον όμιλο γενικά δεν γίνεται δεκτή⁶. Το ίδιο γίνεται δεκτό και στο γερμανικό δίκαιο, ότι δηλ. ο όμιλος επιχειρήσεων δεν αποτελεί πεδίο για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι κάθε εταιρεία του ομίλου διατηρεί την αυτοτέλειά της⁷. Ακόμη και όταν περισσότερες επιχειρήσεις του ομίλου σχηματίζουν και λειτουργούν κοινή εκμετάλλευση (gemeinsamer Betrieb), οι εργαζόμενοι της μιας επιχείρησης δεν μπορούν να αξιώσουν την ίδια μεταχείριση που απολαμβάνουν οι εργαζόμενοι της άλλης επιχείρησης⁸.

Ωστόσο υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις είναι δυνατό να δημιουργηθεί κατ' εξαίρεση δέσμευση της μητρικής επιχείρησης από την αρχή της ίσης μεταχείρισης σε επίπεδο ομίλου. Αυτές οι προϋποθέσεις συνδέονται με τη δράση

¹ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 642

² **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, ό.π., σελ. 644

³ ΑΠ 1222/2003, ΔΕΝ 2004, 710

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 284

⁵ ΑΠ 1222/2003, ΔΕΝ 2004, 710

⁶ ΕφΑθ 1921/2005, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1222/2003, ΔΕΝ 2004, 710

⁷ **Chr. Windbichler**, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, σελ. 24 επ., 420 επ., **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 195

⁸ BAG 19.11.1992, AP Nr 145 zu § 611 BGB Gratifikation

της μητρικής επιχείρησης. Εφ' όσον δηλ. η μητρική επιχείρηση μέσω της ενιαίας διοίκησης παρεμβαίνει καθοριστικά στη διαμόρφωση της πολιτικής απασχόλησης μιας θυγατρικής επιχείρησης στο πλαίσιο κεντρικού σχεδιασμού, δηλ. λειτουργεί ως de facto εργοδότης, δεσμεύεται από την αρχή της ίσης μεταχείρισης¹. Έτσι σε περίπτωση περιέλευσης της θυγατρικής επιχείρησης σε οικονομικές δυσχέρειες λόγω πολιτικής του ομίλου, τυχόν άρνηση καταβολής ενός μη συνδεδεμένου με ορισμένη εργασία ή παραγωγική δραστηριότητα επιδόματος (π.χ. δώρο Πάσχα) θα αποτελούσε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης².

Στο γερμανικό δίκαιο η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων δεν έχει συνταγματικό έρεισμα, αλλά θεμελιώνεται στην ένταξη της εργασιακής σχέσης μέσα στην κοινότητα των εργασιακών σχέσεων της εκμετάλλευσης. Η κοινότητα των εργασιακών σχέσεων που δημιουργείται μέσα στην εκμετάλλευση υποχρεώνει τον εργοδότη, ο οποίος έχει την εξουσία να χορηγεί στο προσωπικό του παροχές ή βάρη, να χρησιμοποιεί την εξουσία αυτή σύμφωνα με τις επιταγές της διανεμητικής δικαιοσύνης³.

IV. Οι παροχές βάσει επιχειρησιακής συνήθειας έχουν χαρακτήρα μισθού;

Όπως είναι γνωστό, μισθός είναι η αντιπαροχή του εργοδότη για την παρεχομένη από τον μισθωτό εργασία (αρθρ. 648 ΑΚ). Μισθός δηλ. είναι η κάθε είδους ή ονομασίας οικονομική παροχή του εργοδότη προς τον μισθωτό, που χορηγείται ως αντάλλαγμα για την παρασχεθείσα ή παρεχομένη εργασία. Οι τακτικές αποδοχές είναι μία ειδικότερη έννοια μισθού. Τακτικές αποδοχές

¹ **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Το εργατικό δίκαιο στους ομίλους επιχειρήσεων, 2014, σελ. 24, **Φ. Δερμιτζάκη**, Η απαγόρευση των διακρίσεων σε βάρος των εργαζομένων ορισμένου χρόνου, 2010, σελ. 37 βλ. και τις εκεί παραπομπές, **η ίδια**, Παράλειψη καταβολής οφειλόμενων αποδοχών και αποζημίωσης απόλυσης από τη θυγατρική επιχείρηση πολυεθνικού ομίλου (με αφορμή τις αποφάσεις 1702/2006 του Εφετείου Αθηνών και 873/2009 του Αρείου Πάγου), ΕΕμπΔ 2009, σελ. 778 επ., **Ν. Γεωργιάδου**, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων, 2002, σελ. 62, **M. Hennsler**, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, σελ. 114 επ.

² **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Το εργατικό δίκαιο στους ομίλους επιχειρήσεων, 2014, σελ. 25

³ Βλ. ιδίως **G. Hueck**, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, 1958, σελ. 151 επ.

θεωρούνται οι αποδοχές (μισθός, επιδόματα και κάθε άλλη παροχή) που καταβάλλονται σταθερά και μόνιμα ως νόμιμο ή συμβατικό αντάλλαγμα για την τακτικά παρεχόμενη εργασία. Είναι δυνατόν μια παροχή να συμπεριληφθεί στις τακτικές αποδοχές, ακόμη κι αν χορηγείται μια φορά τον χρόνο, εφ' όσον η παροχή αυτή καταβάλλεται σταθερά κάθε χρόνο και αποτελεί αντάλλαγμα υπηρεσιών που παρέχονται τακτικά¹. Οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη στη νομολογία, δεν έχουν χαρακτήρα μισθού. Κατά τη νομολογία «δεν έχουν τον χαρακτήρα μισθού πρόσθετες παροχές, που δίδονται από τον εργοδότη στον εργαζόμενο εκουσίως από ελευθεριότητα και όχι από νόμιμη υποχρέωση ή με πρόθεση, εκδηλούμενη και από τα δύο μέρη, να αποτελέσουν αντάλλαγμα για την παρεχόμενη εργασία και ως εκ τούτου, δεν ιδρύεται υποχρέωση και αντίστοιχο δικαίωμα αναφορικά με τις παροχές αυτές...»². Κατά τη νομολογία, εφ' όσον οι παροχές αυτές δεν έχουν τον χαρακτήρα μισθού, δεν αποτελούν μέρος των τακτικών αποδοχών³ και δεν λαμβάνονται υπ' όψη για τον υπολογισμό του ύψους της αποζημιώσεως λόγω καταγγελίας. Οι οικειοθελείς αυτές παροχές δεν καθίστανται μισθός, ανεξαρτήτως του μακροχρονίου, αδιαλείπτου και γενικευμένου της καταβολής τους, αν υπάρχει επιφύλαξη διακοπής⁴. Με επιφύλαξη ισοδυναμεί και η δήλωση του εργοδότη ότι η παροχή ισχύει για το τρέχον μόνο ημερολογιακό έτος και δεν αναλαμβάνει τη δέσμευση ότι θα επαναληφθεί η παροχή και στο μέλλον⁵.

Υπάρχουν ωστόσο αποφάσεις, οι οποίες δέχονται ότι οι πρόσθετες παροχές έχουν μισθολογικό χαρακτήρα ακόμη και αν έχουν χαρακτηριστεί από τα μέρη ως μη μισθολογικές και, μέχρις ότου διακοπούν (με μονομερή ανάκληση),

¹ Κριτήριο για την υπαγωγή μιας παροχής στην έννοια των τακτικών αποδοχών δεν αποτελεί η μεγάλη περιοδικότητα στην καταβολή της (π.χ. η καταβολή κάθε μήνα), αλλά η σταθερή καταβολή της έστω και μία φορά το έτος και η αντιστοιχία της σε εργασία που προηγήθηκε, βλ. **Γ. Λεβέντη/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό, σελ. 853, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., σελ. 843 επ., **Χ. Πετινή-Πηνιώτη**, ΔΕΝ 2008, 204

² ΕφΑθ 70/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1769/2017, ΔΕΝ 2019, 197, ΑΠ 147/2017, ΑΠ 74/2016, ΔΕΕ 2016, 552, ΑΠ 13/2015, ΔΕΕ 2015, 1146, ΑΠ 364/2013, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1082/2010, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 451/2009, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1934/2008, ΔΕΝ 2009, 629, ΑΠ 546/2007, ΔΕΝ 2007, 1114, ΕφΠειρ 1117/2003, ΔΕΕ 2004, 457, ΑΠ 699/2002, ΕΕργΔ 2003, 1369

³ ΑΠ Ολομ., 12/2007, ΔΕΝ 2008, 1432, ΑΠ 551/1999, ΔΕΝ 2000, 196, ΑΠ 1013/1987, ΔΕΝ 1988, 585, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 856-857

⁴ Πάγια νομολογία, βλ. ΑΠ 446/2019, ΕΕργΔ 2020, 714, 1573-1574, ΑΠ 962/2018, ΕΕργΔ 2018, 1004, ΑΠ 865/2018, ΔΕΕ 2019, 855, ΜΠΘεσσ/κης 6605/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 673/2014, ΔΕΝ 2014, 926

⁵ ΕφΑθ 83/1993, ΔΕΝ 1994, 143

συνυπολογίζονται, σε περίπτωση υπερημερίας του εργοδότη, στους οφειλουμένους μισθούς υπερημερίας¹. Εφ' όσον λοιπόν αποτελούν οι παροχές αυτές, μέχρι την ανάκλησή τους, μέρος των τακτικών αποδοχών, είναι ευνόητο ότι λαμβάνονται υπ' όψη για τον υπολογισμό του ύψους της αποζημιώσεως λόγω καταγγελίας. Σύμφωνα με την ορθή αυτή άποψη, η οικειοθελής παροχή, αν καταβάλλεται σταθερά και ομοιόμορφα, καθίσταται περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας και αποτελεί αντάλλαγμα για την προσφερομένη εργασία, είναι δηλ. μισθός². Σε μια τέτοια περίπτωση ο εργοδότης δεν έχει δικαίωμα να διακόψει την καταβολή της παροχής, εκτός αν είχε επιφυλάξει στον εαυτό του δικαίωμα ανάκλησης και η επιφύλαξή του αυτή δεν έχει ατονήσει εκ των πραγμάτων ως αντίθετη προς τη διαμορφωθείσα συνείδηση των μερών. Με την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης καταργείται η παροχή για το μέλλον³.

Σύμφωνα επίσης με την ΑΠ 877/1998⁴ οι οικειοθελείς παροχές, έστω και αν καταβάλλονται τακτικώς, διατηρούν τον οικειοθελή χαρακτήρα τους, εφ' όσον αυτή είναι η βούληση των μερών και ιδίως εφ' όσον ο εργοδότης επιφυλάχθηκε του δικαιώματος να τις διακόψει. Στη συγκεκριμένη απόφαση ο εργοδότης χορηγούσε επίδομα οικειοθελώς επί επταετία με εξ αρχής επιφύλαξη του δικαιώματος διακοπής του (του οποίου όμως δικαιώματος ο εργοδότης δεν είχε κάνει χρήση) και με τη ρητή δήλωση ότι αυτό το επίδομα δεν ανήκει στις τακτικές αποδοχές. Η απόφαση ΑΠ 877/1998 έκρινε ότι το επίδομα αυτό δεν ανήκε στις τακτικές αποδοχές, αν και συνυπολογιζόταν στα επιδόματα εορτών και αδειας, δεν περικοπτόταν κατά τη διάρκεια της κανονικής ή άλλης αδειας με αποδοχές μέχρι ένα μήνα και είχε υπαχθεί σε κρατήσεις για φόρο εισοδήματος και χαρτόσημο (δηλ. μολονότι αντιμετωπιζόταν το επίδομα αυτό ως μέρος των τακτικών αποδοχών). Προφανώς η παραπάνω απόφαση έκρινε ότι η επιφύλαξη διακοπής του επιδόματος ήταν μία ρήτρα ελευθεριότητας που απέκλειε κάθε

¹ ΑΠ 1216/2021, ΔΕΕ 2022, σελ. 817, ΑΠ 389/2008, ΔΕΝ 2008, 1339 και ΕΕργΔ 2010, 1184, ΜΠΑ 1851/2001, ΕΕργΔ 2003, 291 επ.

² ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, σελ. 1182, Εφαθ 5999/1999, ΕλλΔνη 2000, σελ. 1403, Εφαθ 9928/79, ΔΕΝ 1980, 383, Εφαθ 5016/77, ΔΕΝ 1978, 134, **I. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Η' εκδ., σελ. 727

³ ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, σελ. 1182

⁴ ΝΟΜΟΣ, ΔΕΝ 2002, σελ. 1206

δέσμευση του εργοδότη, παρά το γεγονός ότι η ρήτρα αυτή αφορούσε μία τρέχουσα, καταβαλλόμενη κάθε μήνα, παροχή.

Σύμφωνα επίσης με την απόφαση 1851/2001 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών¹ μία οικειοθελής παροχή, αν επαναλαμβάνεται για πολύ χρόνο ομοιόμορφα, χωρίς διακοπή -ούτε καν προσωρινή διακοπή- αλλά απεναντίας ο εργοδότης τη συνυπολογίζει στις οφειλόμενες στο ΙΚΑ εργατικές και εργοδοτικές εισφορές, μπορεί να καταλήξει σε σιωπηρή συμφωνία να καταβάλλεται ως μισθός και συνεπώς να είναι παράνομος ο μη συνυπολογισμός της στην αποζημίωση απόλυσης.

Η άποψη της νομολογίας ότι οι οικειοθελείς παροχές δεν έχουν χαρακτήρα μισθού, έχει επικριθεί και από τη θεωρία². Κατά τον Ζερδελή, είναι λάθος να αρνούμαστε τον μισθολογικό χαρακτήρα των οικειοθελών παροχών, διότι και οι πρόσθετες αυτές παροχές έχουν ως αιτία χορήγησης την εργασιακή σχέση, είναι δηλ. αντιπαροχή του εργοδότη στο πλαίσιο της εργασιακής σχέσης και όχι δωρεά, μολονότι δεν βρίσκονται σε στενή ανταλλακτική σχέση με ορισμένη *pro rata temporis* ποσότητα εργασίας. Ακόμη και αν δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια, λόγω της επιφύλαξης του εργοδότη, οι παροχές αυτές δεν παύουν, για όσο διάστημα καταβάλλονται, να αποτελούν μισθό. Όπως έχει αναφερθεί, εκείνο που διακρίνει τις έκτακτες οικειοθελείς παροχές δεν είναι η έλλειψη ανταλλακτικής σχέσης με την εργασία που παρασχέθηκε μέσα σε ορισμένο χρονικό διάστημα, αλλά το γεγονός ότι η ανταλλακτική αυτή σχέση δεν είναι τόσο άμεση, όσο στις καταβαλλόμενες τρέχουσες αποδοχές. Επομένως και οι οικειοθελείς παροχές, ακόμη κι αν έχουν καταβληθεί μόνο μια φορά, αποτελούν αντάλλαγμα της εργασίας, δηλ. μισθό. Πολύ περισσότερο βέβαια οι επαναλαμβανόμενες (τρέχουσες) οικειοθελείς παροχές που χορηγούνται με επιφύλαξη ανάκλησης αποτελούν μισθό, συνεχίζουν να καταβάλλονται και εντάσσονται στις τακτικές αποδοχές, ενόσω ο εργοδότης δεν ασκεί το δικαίωμα ανάκλησης.

Ας σημειωθεί ότι στο γαλλικό δίκαιο οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη δεν αντιμετωπίζονται ως μέρος του μισθού και δεν λαμβάνονται υπ' όψη κατά

¹ ΕΕργΔ 2003, 292

² **Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2021, σελ. 33, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 812, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό, 2011, σελ. 690/691.

τον υπολογισμό της αποζημίωσης λόγω καταγγελίας ή της αποζημίωσης του χρόνου προειδοποίησης της καταγγελίας¹. Σύμφωνα με τη γαλλική θεωρία και νομολογία, η πρόσθετη αμοιβή προσλαμβάνει μισθολογικό χαρακτήρα όταν προβλέπεται ειδικά στην ατομική σύμβαση εργασίας, στη ΣΣΕ ή έχει αποτελέσει αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας, οπότε και αποκτά υποχρεωτική μορφή².

Επίσης σύμφωνα με την ΑΠ 74/2016³, στην περίπτωση της ομαδικής ασφάλισης του προσωπικού μιας επιχείρησης από τον εργοδότη, ο οποίος αναλαμβάνει να καλύπτει ο ίδιος ολικά ή μερικά το ασφάλιστρο, η ασφάλιση αυτή, αν αποτελέσει όρο της μεταξύ αυτού και των μισθωτών σύμβασης εργασίας, έχει χαρακτήρα μισθολογικής παροχής, η οποία συνίσταται στο δικαίωμα προσδοκίας που αποκτά ο εργαζόμενος να εισπράξει την παροχή από την ασφαλιστική εταιρεία όταν πληρωθούν οι προϋποθέσεις της σύμβασης ασφάλισης. Βέβαια και στην περίπτωση αυτή μπορεί να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια.

Όπως είναι γνωστό, ο μισθός μπορεί να προσδιορίζεται και με σιωπηρή συμφωνία των μερών. Είναι σύνηθες το φαινόμενο οι αρχικοί όροι εργασίας (ο αρχικός μισθός) να μεταβάλλονται κατά την πορεία της εργασιακής σχέσης με σιωπηρές συμφωνίες⁴. Οι συμφωνίες αυτές περιέχουν κατά κανόνα βελτίωση των όρων εργασίας, δεν αποκλείεται όμως και το αντίστροφο. Η απάντηση στο ερώτημα αν μία αρχικά οικειοθελής παροχή του εργοδότη απέκτησε ήδη δεσμευτικό χαρακτήρα και αποτελεί τμήμα του μισθού, εξαρτάται από τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης. Επομένως θα πρέπει να διακρίνουμε αν πρόκειται για παροχές για τις οποίες ο εργοδότης έχει διατυπώσει επιφύλαξη ελευθεριότητας, οπότε δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια και συνεπώς δεν δημιουργείται νομική υποχρέωση για την καταβολή τους και -κατά τη νομολογία- οι παροχές αυτές δεν αποτελούν μισθό, ενώ αντίθετα αν πρόκειται για παροχές για τις οποίες ο εργοδότης έχει διατυπώσει επιφύλαξη ανάκλησης, οπότε δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια, έχουν

¹ **G. Auzero/D. Baugard/Em. Dockès**, Droit du travail, 2018, 31^η εκδ., αριθμ. 968, σελ. 1128

² **G. Auzero/D. Baugard/Em. Dockès**, Droit du travail, 2018, 31^η εκδ., αριθμ. 969, σελ. 1129

³ ΔΕΕ 2016, σελ. 552, βλ. επίσης ΑΠ 13/2015, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1301/2013, ΔΕΝ 2014, 596, ΑΠ 1082/2010, ΔΕΝ 2011, 1188, ΑΠ 1541/2006, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 855 επ.

⁴ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 65 επ.

χαρακτήρα μισθού, δηλ. ανήκουν στις τακτικές αποδοχές, μέχρι να ασκήσει ο εργοδότης το δικαίωμα ανάκλησης.

Σύμφωνα με την απόφαση 2140/1993 της Ολομέλειας του ΣτΕ¹, οι κάθε είδους έκτακτες παροχές που χορηγεί ο εργοδότης υπόκεινται σε ασφαλιστικές εισφορές, φόρο κ.ο.κ. Συνεπώς και για τα επιδόματα ισολογισμού ή τα πριμ παραγωγικότητας οφείλονται εισφορές, έστω και αν ο εργοδότης τα καταβάλλει με την επιφύλαξη δικαιώματος μονομερούς διακοπής. Η παραπάνω απόφαση - η οποία ανέτρεψε την προηγούμενη αντίθετη νομολογία του Α' τμήματος του ΣτΕ - είναι ιδιαίτερα σημαντική για την ερμηνεία της περί ΙΚΑ νομοθεσίας. Έτσι οι οικειοθελώς χορηγούμενες -οιασδήποτε φύσεως σε χρήμα ή σε είδος- παροχές από τον εργοδότη προς επιβράβευση της αποδοτικότητας των εργαζομένων, ανήκουν στην έννοια του όρου «αποδοχές» της νομοθεσίας του ΙΚΑ, ακόμη κι αν έχουν τη μορφή της έκτακτης παροχής ή ο εργοδότης διατηρεί το δικαίωμα ανάκλησής τους. Συνεπώς και οι οικειοθελώς καταβαλλόμενες παροχές υπόκεινται στις εισφορές υπέρ του ΙΚΑ². Εξαιρούνται της ασφαλίσεως, σύμφωνα με τη νομοθεσία των κοινωνικών ασφαλίσεων (αρθρ. 25 § 4 Α.Ν. 1846/1951), οι εφάπαξ οικειοθελείς παροχές που καταβάλλονται εξ αιτίας κάποιας ιδιαίτερης περίπτωσης, οι οποίες λόγω του σκοπού τους δεν συνιστούν αντιπαροχή του εργοδότη, όπως π.χ. γάμος, γέννηση τέκνου, βαριά ασθένεια ή θάνατος μέλους της οικογένειας του μισθωτού.

Τέλος, έχει κριθεί ότι σε περίπτωση που ο εργοδότης καταβάλλει στον εργαζόμενο σταθερά και επί μακρόν ένα ποσόν το οποίο καλύπτει έξοδα παραστάσεως ή κινήσεως, ανεξαρτήτως της πραγματοποίησης ή μη τέτοιων εξόδων και χωρίς να είναι υποχρεωμένος ο εργαζόμενος να αποδίδει λογαριασμό για τα έξοδα αυτά, το ποσό αυτό ανήκει στον μισθό και πρέπει να συνυπολογιστεί στην αποζημίωση³.

¹ ΣτΕ, Ολομ. 2140/1993, ΔΕΝ 1994, σελ. 132 επ. με σχόλιο **Γ. Ψηλού**, σελ. 135-136, ΣτΕ 2194/2018, ΔΕΝ 2021, σελ. 375, ΑΠ 999/79, ΔΕΝ 1980, σελ. 555, ΑΠ 2/81, ΔΕΝ 1981, σελ. 393, **Αγγ. Στεργίου**, Δίκαιο Κοιν. Ασφάλισης, Β έκδ., 2014, σελ. 436 επ.

² **Αγγ. Στεργίου**, Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης, Β' εκδ., 2014, σελ. 437

³ ΑΠ 1237/2017, ΔΕΝ 2018, σελ. 1373

V. Επιφύλαξη ελευθεριότητας και επιφύλαξη (ή δικαίωμα) ανάκλησης

Από την προηγούμενη ανάπτυξη έχει γίνει αντιληπτό ότι η δημιουργία ή μη επιχειρησιακής συνήθειας εξαρτάται από το αν η χορηγούμενη από τον εργοδότη παροχή συνοδεύεται από επιφύλαξη, αλλά και από το περιεχόμενο της επιφύλαξης. Πράγματι η επιφύλαξη που διατυπώνει ο εργοδότης μπορεί να έχει ποικίλο περιεχόμενο: π.χ. να εκφράζει τη βούληση του εργοδότη να μην προκύπτει δέσμευση καταβολής της παροχής στο μέλλον· να ισχύει η παροχή μόνο για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα (π.χ. ένα έτος)· να συναρτάται η καταβολή της παροχής από την πορεία των εργασιών της επιχείρησης· να διατηρεί ο εργοδότης δικαίωμα διακοπής ή μείωσης της παροχής ή αλλαγής των όρων χορήγησής της, εφ' όσον συντρέξουν ορισμένες προϋποθέσεις ή συνθήκες· να συμψηφίζεται η παροχή με τις μελλοντικές αυξήσεις που προβλέπουν οι ΣΣΕ.

Στο γερμανικό κατ' εξοχήν δίκαιο γίνεται διάκριση των επιφυλάξεων που συνοδεύουν οικειοθελείς παροχές σε δύο κυρίως κατηγορίες: επιφύλαξη ελευθεριότητας (Freiwilligkeitsvorbehalt), επιφύλαξη ανάκλησης ή τροποποίησης της παροχής (Widerrufsvorbehalt, Änderungsvorbehalt)¹. Η επιφύλαξη ελευθεριότητας και η επιφύλαξη ανάκλησης, για τις οποίες γίνεται στα επόμενα λόγος, είναι δύο ρήτρες που συγχέονται πολύ συχνά. Η διάκριση

¹Η ρήτρα ελευθεριότητας, όπως έχουμε εκθέσει, εμποδίζει τη δημιουργία συμβατικής δέσμευσης και επιχειρησιακής συνήθειας, ενώ η ρήτρα (επιφύλαξη) ανάκλησης δεν εμποδίζει μεν τη συμβατική δέσμευση και τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, επιτρέπει όμως την αποδέσμευση και την κατάργηση της παροχής για το μέλλον με την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης από τον εργοδότη. Βλ. ήδη σελ. 57 επ. Βλ. επίσης για τη διάκριση **Preis**, Individualarbeitsrecht, 3η εκδ., 2009, § 39 II Nr. 3, 5, **Junker**, Grundkurs Arbeitsrecht, 20^η εκδ. 2021, §1, αριθμ. 72 επ. (74 επ.). Από την έναρξη ισχύος της νέας ρύθμισης του ενοχικού δικαίου που έλαβε χώρα στο γερμανικό δίκαιο με την ενσωμάτωση των διατάξεων για τους γενικούς όρους των συναλλαγών στον ΓερμΑΚ (αρθρ. 305-310 BGB), η νομιμότητα των παραπάνω ρητρών κρίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις των αρθρ. 305-310 BGB. Σύμφωνα με τη νομολογία, η μονομερής κατάργηση μιας παροχής από τον εργοδότη, έστω και αν έχει συμφωνηθεί ρητά, θεωρείται νόμιμη μόνο αν γίνεται κατά δίκαιη κρίση. Συμβατική ρήτρα ανάκλησης, σύμφωνα με την οποία οικειοθελείς παροχές μπορούν να ανακαλούνται από τον εργοδότη οποτεδήποτε και απεριορίστως, είναι από 1.1.2002 ανίσχυρη κατά το άρθρο 308 αριθμ. 4 BGB. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η προδιατυπωμένη στη σύμβαση εργασίας (ως γενικός όρος των συναλλαγών) ρήτρα ανάκλησης είναι ανίσχυρη, αν η συμφωνηθείσα ανάκληση της παροχής δεν είναι δυνατόν να αξιωθεί από τον εργαζόμενο κατά καλή πίστη, λαμβανομένων υπ' όψη και των συμφερόντων του εργοδότη. Βλ. BAG 20.4.2011 - 5 AZR 191/10

αυτή υιοθετείται πλέον και από την ελληνική θεωρία και νομολογία. Η απόφαση ΑΠ 1174/2017¹, είναι η πρώτη που αποδίδει πληρέστερα την έννοια και λειτουργία της «επιφύλαξης ελευθεριότητας» σε αντιπαραβολή με την «επιφύλαξη/ρήτρα ανάκλησης». Ακολούθησε η απόφαση 1158/2018 του Αρείου Πάγου², η οποία επίσης προέβη στη διάκριση αυτή. Είναι χαρακτηριστικό ότι στο παρελθόν η ελληνική νομολογία σπάνια διέκρινε ανάμεσα στην επιφύλαξη ελευθεριότητας και στο δικαίωμα ανάκλησης και ερμήνευε κάθε συμβατικό όρο για μονομερή διακοπή της παροχής ως σαφή εκδήλωση της βούλησης του εργοδότη να αποκλείσει κάθε δέσμευσή του για το μέλλον³, δηλ. αντιμετώπιζε όλες τις σχετικές ρήτρες ως επιφύλαξη ελευθεριότητας. Επίσης η ελληνική νομολογία είχε την τάση να θεωρεί έγκυρες τις ρήτρες αυτές, χωρίς να ελέγχει το περιεχόμενό τους.

Έχει ωστόσο υποστηριχθεί ότι δεν είναι απολύτως σαφής η διάκριση μεταξύ επιφύλαξης ελευθεριότητας και επιφύλαξης ανάκλησης, διότι δεν προτείνονται συγκεκριμένα και σαφή κριτήρια διάκρισης μεταξύ τους⁴. Επί πλέον, έχει υποστηριχθεί ότι το αποτέλεσμα είναι τελικά ακριβώς το ίδιο, δηλ. η δυνατότητα διακοπής με νόμιμο τρόπο της παροχής που χορηγείται επί μακρόν και μάλιστα χωρίς αιτιολογία⁵. Αξίζει να σημειωθεί ότι ακόμα και στη γερμανική θεωρία⁶ υποστηρίζεται η άποψη ότι η οριοθέτηση μεταξύ των δύο ρητρών είναι ενίοτε δυσχερής και ότι θα πρέπει οι δύο αυτές κατηγορίες ρητρών να αντιμετωπίζονται ομοίως. Πράγματι η διάκριση των ρητρών αυτών είναι συχνά δυσχερής στην πράξη, καθώς υπάρχουν και περιπτώσεις ρητρών που περιέχουν ταυτόχρονα και επιφύλαξη ελευθεριότητας και δικαίωμα ανάκλησης.

¹ ΔΕΝ 2017, σελ. 1184 επ. με παρατηρήσεις μας, ΔΕΕ 2018, σελ. 653 με παρατηρήσεις **Ι. Ληξουριώτη**, ΕΕργΔ 2018, σελ. 224 με σχετική μελέτη **Π. Μπουμπουκερόπουλου**, ΕΕργΔ 2018, σελ. 175, βλ. επίσης ΑΠ 389/2008, ΕΕργΔ 2010, 1184 ή ΔΕΝ 2008, 1339, ΕφΠειρ 6/2016, ΝΟΜΟΣ, οι οποίες όμως δεν προχωρούν στον έλεγχο του κύρους της ρήτρας αυτής.

² ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

³ Ενδεικτικά ΑΠ 1235/2003, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 362/1957, ΕΕργΔ 1957, σελ. 639, ΑΠ 231/1962, ΕΕργΔ 1962, σελ. 535,

⁴ **Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2021, σελ. 33

⁵ **Κ. Παπαδημητρίου**, ό.π., σελ. 33

⁶ **M. Franzen**, Έλεγχος του περιεχομένου των ρητρών τροποποίησης των όρων εργασιακών συμβάσεων, μετάφραση **Δ. Λαδά**, ΕΕργΔ 2011, σελ. 699. Ο **Δ. Ζερδελής** σημειώνει (ΕΕργΔ 2010, σελ. 1165, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών) ότι συχνά η λεκτική διατύπωση είναι θέμα καθαρά συμπτωματικό και δεν σημαίνει ότι ο εργοδότης επέλεξε τη μία ή την άλλη μορφή ρήτρας. Βλ. και **Μπουμπουκερόπουλο**, ΕΕργΔ 2018, σελ. 175 επ. (178 επ.)

Η μέχρι πρόσφατα θέση της νομολογίας να μη διακρίνει μεταξύ ρήτρας (επιφύλαξης) ελευθεριότητας και ρήτρας ανάκλησης είχε επικριθεί¹. Ορθά επισημαίνεται² ότι, μη διακρίνοντας η ελληνική νομολογία το δικαίωμα ανάκλησης συμβατικής παροχής από την επιφύλαξη ελευθεριότητας (που εμποδίζει μια παροχή να καταστεί συμβατική) και αντιμετωπίζοντας όλες τις σχετικές ρήτρες ως επιφύλαξη ελευθεριότητας, δεν εξηγεί γιατί μια συμβατική παροχή δεν μπορεί να συμφωνηθεί ως ανακλητή.

Η επιφύλαξη ελευθεριότητας **εμποδίζει** τη γέννηση μιας συμβατικής δέσμευσης, ενώ αντιθέτως το δικαίωμα ανάκλησης δεν εμποδίζει τη γέννηση μιας συμβατικής δέσμευσης αλλά **την προϋποθέτει** και παρέχει στο ένα μέρος (τον εργοδότη) τη δυνατότητα κατάργησής της με μονομερή διαπλαστική δήλωση βούλησης³. Δηλ. η ρήτρα ελευθεριότητας δρα για το μέλλον: εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας και τη συνακόλουθη δέσμευση του εργοδότη⁴. Κατά τη διατύπωση της νομολογίας⁵ με την ρήτρα ελευθεριότητας ο εργαζόμενος δεν δικαιολογείται να προσβλέπει στη διηνεκή διατήρηση της παροχής και ο εργοδότης μπορεί κατά πάντα χρόνο να παύσει την καταβολή της παροχής, χωρίς να είναι υποχρεωμένος να προβεί σε κάποια πανηγυρική διαπλαστική δήλωση. Αντιθέτως η ρήτρα ανάκλησης δεν εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας⁶, απλώς παρέχει τη δυνατότητα στον εργοδότη να διακόψει την καταβολή μιας ήδη συμβατικής παροχής⁷. Επομένως, η ειδοποιός διαφορά μεταξύ των δύο ρητρών είναι ότι με τη ρήτρα ελευθεριότητας ο εργοδότης καθιστά σαφές ότι δεν έχει βούληση νομικής δέσμευσης και ότι η

¹ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2019, σελ. 812, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 690 επ., **Ι. Κουκιάδης**, ΕΕργΔ 1976, σελ. 299, **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1989, σελ. 1059

² **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο, 2005, σελ. 589

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 108, **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1989, σελ. 1059, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 3η εκδ., 2009, § 39 II, αριθμ. 3, **A. Junker**, Grundkurs Arbeitsrecht, 20^η εκδ., §1 αριθμ. 74

⁴ **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ. 257

⁵ ΕφΑθ 5317/2021, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, σελ. 1184

⁶ ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, σελ. 1184, **Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2021, σελ. 33, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 74, **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 125, **A. Junker**, Grundkurs Arbeitsrecht, 20^η εκδ., §1 αριθμ. 74

⁷ **W-D. Walker**, Die betriebliche Übung, JuS 2007, σελ. 5, **A. Junker**, Grundkurs Arbeitsrecht, 20^η εκδ., §1 αριθμ. 74

χορήγηση της παροχής δεν πρέπει να εκληφθεί ως πρόταση προς σύναψη σύμβασης, ούτε να προκαλέσει την εμπιστοσύνη ή την προσδοκία ότι η παροχή θα επαναληφθεί στο μέλλον. Η επιφύλαξη ελευθεριότητας εκφράζεται σαφέστερα με τη δήλωση του εργοδότη ότι η παροχή είναι μοναδική και δεν πρόκειται να επαναληφθεί. Αντιθέτως, με τη ρήτρα ανάκλησης ο εργοδότης καθιστά σαφές ότι διατηρεί το δικαίωμα να διακόπτει στο μέλλον την παροχή, να μειώνει το ύψος της ή να μεταβάλλει τις προϋποθέσεις καταβολής της. Συνεπώς είναι διαφορετική η επιφύλαξη που κάνει ο εργοδότης όταν καταβάλλει οικειοθελώς μια παροχή, αποκλείοντας εκ των προτέρων τη νομική του δέσμευση για επανάληψη της παροχής στο μέλλον και διαφορετική η επιφύλαξη με την οποία ο εργοδότης δηλώνει ότι διατηρεί για τον εαυτό του το δικαίωμα μονομερούς ανάκλησης της παροχής. Η διαφορά μεταξύ των δύο περιπτώσεων έγκειται στο ότι στην πρώτη (επιφύλαξη ελευθεριότητας) δεν γεννιέται αξίωση του εργαζομένου για να λάβει την παροχή, ενώ στη δεύτερη (ρήτρα ανάκλησης) γεννιέται τέτοια αξίωση, η οποία όμως απόλλυται για το μέλλον, μετά την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης¹.

Οι ρήτρες ελευθεριότητας και ανάκλησης επιτρέπουν μεν στον εργοδότη να προσαρμόζει τους όρους εργασίας στην οικονομική εξέλιξη της επιχείρησης, εμπεριέχουν όμως κινδύνους για τον εργαζόμενο, διότι δημιουργούν αβεβαιότητα ως προς το περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας². Με τη μονομερή κατάργηση ή μείωση παροχών δεν μπορεί βέβαια ο εργοδότης να παραβιάζει τα κατώτατα όρια αποδοχών και λοιπών όρων εργασίας που προβλέπει ο νομοθετημένος κατώτατος μισθός, οι ΣΣΕ και η εργατική νομοθεσία. Πέραν όμως των κατωτάτων αυτών ορίων παραμένει ένα ευρύτατο πεδίο αμοιβών και όρων εργασίας, τους οποίους ο εργοδότης μπορεί να μεταβάλλει μονομερώς με βάση τις ρήτρες ελευθεριότητας και ανάκλησης³. Αν μάλιστα λάβει κανείς υπ' όψη ότι οι παραπάνω ρήτρες συμφωνούνται ως επί το πλείστον σε συμβάσεις εργασίας και ότι κατά την κατάρτιση της σύμβασης εργασίας δεν υπάρχει κατά κανόνα διαπραγματευτική ισότητα μεταξύ των συμβαλλομένων, αλλά ο εργοδότης, ως οικονομικά ισχυρότερος, έχει τη δυνατότητα να προδιατυπώνει και συγχρόνως

¹ Βλ. ΜΠΠειρ 634/2022, ΕΕργΔ 2022, σελ. 218, ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, σελ. 1184

² Γ. Λεβέντης, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 72

³ Γ. Λεβέντης, ό.π., σελ. 72

να επιβάλλει τις ρήτρες αυτές, τότε γίνεται φανερό ότι με τις ρήτρες αυτές μπορεί ο εργοδότης να μεταβάλλει μονομερώς ουσιώδεις όρους της σύμβασης εργασίας και έτσι τελικά να παρακάμπτει τη δεσμευτικότητα των συμβάσεων εργασίας¹. Για τον λόγο αυτό στις περισσότερες χώρες οι ρήτρες ελευθεριότητας και ανάκλησης, που είναι κατ' ουσίαν ρήτρες μονομερούς προσδιορισμού της παροχής (371 επ. ΑΚ), υποβάλλονται σε δικαστικό έλεγχο.

Οι συμβατικές ρήτρες ελευθεριότητας και ανάκλησης της παροχής δεν είναι δυνατόν να αναφέρονται σε ουσιώδεις όρους εργασίας². Ο πυρήνας της σύμβασης εργασίας δεν μπορεί να ανήκει στην εξουσία μονομερούς διαμόρφωσης από τον εργοδότη. Ουσιώδεις όροι είναι εκείνοι οι όροι της σύμβασης εργασίας με την τροποποίηση των οποίων ανατρέπεται ριζικά ο συσχετισμός παροχής και αντιπαροχής και μεταβάλλεται το περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας σε τέτοια έκταση, ώστε ουσιαστικά να πρόκειται για κατάργηση της αρχικής σύμβασης και σύναψη νέας³. Π.χ. ουσιώδης όρος της σύμβασης εργασίας είναι ο όρος που ρυθμίζει μεγάλο τμήμα των αποδοχών. Δεν είναι, επομένως, έγκυρος ο όρος της σύμβασης εργασίας που παρέχει στον εργοδότη το δικαίωμα να αυξομειώνει τις αποδοχές του μισθωτού κατά την κρίση του ή ανάλογα με τις δυνατότητες της επιχείρησης⁴.

Αν ο εργοδότης είχε το δικαίωμα, επικαλούμενος μία συμβατική ρήτρα ανάκλησης, να μειώνει κατά μεγάλο τμήμα τις αποδοχές που ο μισθωτός, σύμφωνα με τη σύμβαση, λαμβάνει μόνιμα και τακτικά, αυτό θα ισοδυναμούσε με ανατροπή ενός ουσιώδους όρου της σύμβασης στον οποίο απέβλεψε κατά κύριο λόγο ο εργαζόμενος. Το γεγονός αυτό θα εξανάγκαζε τον εργαζόμενο να αποχωρήσει από την εργασία και συγχρόνως να στερηθεί και της προστασίας που του παρέχει το δίκαιο της καταγγελίας της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου. Διότι στην προκειμένη περίπτωση η περικοπή σημαντικού τμήματος των αποδοχών από τον εργοδότη δεν θα εξομοιώνεται με μονομερή βλαπτική μεταβολή των όρων της σύμβασης εργασίας, δεν θα εξομοιώνεται δηλ. με καταγγελία εκ μέρους του εργοδότη (αφού η περικοπή γίνεται βάσει της

¹ **Γ. Λεβέντης**, ό.π., σελ. 72

² Βλ. και ΜΠΠειρ 634/2022, ΕΕργΔ 2022, σελ. 218

³ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 73 επ., **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 848 επ.

⁴ ΕφΠπειρ 6/2016, ΝΟΜΟΣ, ΕφΠπειρ 618/2013, ΝΟΜΟΣ, ΕφΠπειρ 353/2008, ΝΟΜΟΣ

συμβατικής ρήτηρας) και έτσι ο εργαζόμενος θα στερείται και της προστασίας του αρθρ. 7 Ν. 2112/1920. Έτσι αποδεικνύεται ότι η προστασία της θέσης εργασίας του μισθωτού (δηλ. η προστασία κατά της καταγγελίας) συνδέεται άμεσα με την προστασία του περιεχομένου της σύμβασης εργασίας του. Πράγματι η προστασία κατά της καταγγελίας δεν είναι αποτελεσματική, αν δεν προστατεύεται συγχρόνως και το περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας, αφού μέσω της μονομερούς και αυθαίρετης μεταβολής του περιεχομένου της σύμβασης θα εξαναγκάζεται ο μισθωτός σε παραίτηση. Ισχύει όμως και το αντίστροφο: η προστασία του περιεχομένου της σύμβασης δεν είναι αποτελεσματική, αν δεν προστατεύεται συγχρόνως ο εργαζόμενος και κατά της καταγγελίας, αφού υπό την απειλή μιας αυθαίρετης καταγγελίας αυτός θα εξαναγκάζεται να αποδέχεται μία αδικαιολόγητη μεταβολή των όρων της σύμβασης εργασίας του¹. Τα παραπάνω αποδεικνύουν ότι η συμβατική ρήτρα ανάκλησης όταν αφορά ουσιώδεις όρους εργασίας, οδηγεί στην καταστρατήγηση των θεμελιωδών διατάξεων για την προστασία των εργαζομένων κατά της καταγγελίας².

Με το παραπάνω επιχείρημα δεχόταν αρχικά το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό (BAG) ότι δεν είναι έγκυρος συμβατικός όρος ανάκλησης παροχής, με βάση τον οποίο ο εργοδότης μπορεί να μεταβάλλει μονομερώς ουσιώδεις όρους της σύμβασης εργασίας³. Αντιθέτως είναι έγκυρος ο όρος ανάκλησης της παροχής όταν αφορά μη ουσιώδεις όρους εργασίας, δηλ. όρους εργασίας στους οποίους δεν απέβλεψαν κατά κύριο λόγο οι συμβαλλόμενοι και, συνεπώς, η μεταβολή τους δεν ανατρέπει ριζικά το περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας. Μη ουσιώδης όρος εργασίας είναι π.χ. ο όρος ανάκλησης που αφορά ένα επίδομα ή μία παροχή που αντιπροσωπεύει μικρό μόνο ποσοστό των αποδοχών του μισθωτού⁴. Ωστόσο και στην περίπτωση που η ρήτρα ανάκλησης είναι έγκυρη, γιατί αφορά μη ουσιώδη όρο της σύμβασης εργασίας, πάλι και στην περίπτωση αυτή, δεχόταν πάγια το BAG, ότι η μονομερής ανάκληση της παροχής βάσει

¹ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 75

² **Γ. Λεβέντης**, ό.π., σελ. 73 επ., **Δ. Ζερδελής**, ό.π., σελ. 849

³ BAG 7.10.1982, DB 1983, σελ. 1368, BAG 16.10.1965, DB 1965, σελ. 1823, **M. Löwisch**, NZA 1988, 641

⁴ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 685, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 849

σχετικής συμβατικής ρήτηρας πρέπει να γίνεται κατά δίκαιη κρίση. Το BAG¹ αντιμετώπιζε κάθε συμβατική ρήτρα ανάκλησης της παροχής ως ρήτρα ανάκλησης κατά δίκαιη κρίση και υπέβαλλε την άσκησή της σε δικαστικό έλεγχο (Billigkeitskontrolle) βάσει του αρθρ. 315 ΓερμΑΚ (371 ΕΛΛΑΚ). Δίκαιη κρίση (ή κρίση αγαθού ανδρός) είναι εκείνη που λαμβάνει υπ' όψη τα συμφέροντα και των δύο συμβαλλομένων, δηλ. κρίση που είναι αντικειμενικά δίκαιη². Η δίκαιη κρίση προσδιορίζεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση με βάση τις επιταγές της καλής πίστης και τις συντρέχουσες ειδικές συνθήκες. Συχνά η ρήτρα ανάκλησης αναφέρει και τα στοιχεία με βάση τα οποία θα γίνει η ανάκληση της παροχής από τον εργοδότη. Η «δίκαιη κρίση» είναι αόριστη νομική έννοια και η εφαρμογή της ελέγχεται αναίρετικά από τον Άρειο Πάγο³.

Εξ άλλου το δικαίωμα ανάκλησης της παροχής, όπως κάθε άλλο δικαίωμα, δεν πρέπει να ασκείται καταχρηστικά (ΑΚ 281)⁴. Υπερβαίνει τον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος, αν ο εργοδότης χωρίς κάποια εύλογη αιτία ή χωρίς να συντρέχει η αιτία που προβλέπει η ρήτρα ανάκλησης, ανακαλεί (καταργεί) για το μέλλον μία παροχή. Εξ αυτού καθίσταται σαφές ότι όταν το δικαίωμα ανάκλησης της παροχής δεν ασκείται από τον εργοδότη κατά δίκαιη κρίση, τότε συντρέχει κατά κανόνα και καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος αυτού. Η ελληνική νομολογία αρκούμενη στο να μη θίγονται τα κατώτερα όρια αποδοχών που προβλέπονται στις οικείες ΣΣΕ, αποφεύγει γενικά τον έλεγχο του περιεχομένου των ρητρών ελευθεριότητας και ανάκλησης, με αποτέλεσμα να μετακυλιεται μέρος του επιχειρηματικού κινδύνου στον εργαζόμενο⁵. Η εκφραζόμενη συχνά ανησυχία ότι η αμφισβήτηση του κύρους των παραπάνω

¹ BAG 13.5.1987, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle. Βλ. και **L. Fastrich**, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, σελ. 160 επ., **R. Singer**, RdA 2006, σελ. 362 επ., STAUDINGER/**Richardi/Fischinger** BGB Dienstvertragsrecht 1, 2011, § 611, Rn 441

² **Μ. Σταθόπουλος**, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ., σελ. 716 επ.

³ **Μ. Σταθόπουλος**, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ., σελ. 716 επ., **Απ. Γεωργιάδης**, Ενοχικό Δίκαιο, Γεν. Μέρος, § 5 αριθμ. 43 επ., βλ. επίσης **Δωρή**, εις Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, αρθρ. 371-373, αρ. 28. Κατά την κρατούσα στη νομολογία άποψη η κρίση για το ποια παροχή είναι δίκαιη είναι **κρίση πραγμάτων**, γιατί στηρίζεται στην εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης και συνεπώς η κρίση αυτή δεν υπάγεται στον αναίρετικό έλεγχο του ΑΠ, βλ. ΑΠ Ολομ. 678/1977, ΝοΒ 26, 361, ΑΠ 1215/1975, ΕΕργΔ 1976, 262, ΑΠ 1217/1976, ΕΕργΔ 1977, 201, ΑΠ 393/2002, ΕλλΔνη 2003, 475. Αντιθέτως, κατά την ΑΠ 270/1975, ΕΕργΔ 1975, 722 η σύμφωνα με το αρθρ. 371 ΑΚ «δίκαιη κρίση» είναι νομική έννοια και ελέγχεται ακυρωτικά από τον ΑΠ.

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 850

⁵ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 690, BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04

ρητρών θα αποθάρρυνε πολλούς εργοδότες από τη χορήγηση τέτοιων οικειοθελών πρόσθετων παροχών, δεν δικαιολογεί την απουσία δικαστικού ελέγχου. Διότι η απουσία του δικαστικού ελέγχου αναπόφευκτα δημιουργεί έλλειμμα προστασίας εις βάρος των εργαζομένων¹. Η ύπαρξη τέτοιων ρητρών, όπως ήδη αναφέρθηκε, θίγει κατά κανόνα τον πυρήνα της σύμβασης εργασίας καθιστώντας μεταβλητό το ύψος των αποδοχών του εργαζομένου, διότι οι οικειοθελείς παροχές αποτελούν συχνά σημαντικό τμήμα των τρεχουσών αποδοχών και καταβάλλονται τακτικώς και επί μακρόν.

Επίσης από τα προηγούμενα καθίσταται σαφές ότι το δικαίωμα ανάκλησης μιας παροχής είναι ηπιότερο μέτρο για τους εργαζομένους σε σύγκριση με την επιφύλαξη ελευθεριότητας. Στο συμπέρασμα αυτό καταλήγει και το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό². Βέβαια η άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης δεν επιτρέπεται να γίνεται τυχαία, αλλά μόνο κατά δίκαιη κρίση και εφ' όσον υπάρχει αντικειμενικός λόγος³. Σε περίπτωση αμφιβολίας για το αν πρόκειται για επιφύλαξη ελευθεριότητας ή δικαίωμα ανάκλησης, το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό εφαρμόζει τον κανόνα του άρθρου 305 c παρ. 2 του Γερμ. ΑΚ, δηλ. η αμφιβολία ερμηνεύεται εις βάρος του δηλούντος (δηλ. του εργοδότη)⁴. Επομένως σε περίπτωση αμφιβολίας θα πρέπει να δεχθούμε την ύπαρξη επιφύλαξης δικαιώματος ανάκλησης.

Όπως αναφέραμε προηγουμένως, η διάκριση των ρητρών αυτών είναι συχνά δυσχερής στην πράξη, καθώς υπάρχουν και περιπτώσεις ρητρών που περιέχουν ταυτόχρονα και επιφύλαξη ελευθεριότητας και επιφύλαξη ανάκλησης. Όμως ο συνδυασμός αυτός επιφύλαξης ελευθεριότητας και δικαιώματος ανάκλησης είναι κατά τη γερμανική νομολογία **αντιφατικός** και μη νόμιμος και για τον λόγο αυτό **δεν εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας**⁵. Σύμφωνα

¹**Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 691

²BAG 22.8.1979, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung.

³STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, BGB §§ 611-613, Dienstvertragsrecht 1, 2011, σελ. 493

⁴**M. Franzen**, SAE 1997, 344, 349, **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 123, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 72.

⁵Ο συνδυασμός μιας επιφύλαξης ελευθεριότητας με μια επιφύλαξη ανάκλησης δεν αντέχει στον δικαστικό έλεγχο με βάση τα άρθρα 305 επ. του ΓερμΑΚ, διότι ένας τέτοιος συνδυασμός επιδέχεται πολλαπλή ερμηνεία και είναι αντιφατικός (βλ. BAG 14.9.2011, 10 AZR 526/10, BAG 30.7.2008, 10 AZR 606/07). Υπέρ της ακυρότητας ενός συνδυασμού επιφύλαξης ελευθεριότητας και ανάκλησης συντάσσεται και **o Preis** σε ErfK, 2013, §§ 305-310, αρ. 70 με παραπομπές στη νομολογία. Είναι πράγματι αμφίβολο αν μία τέτοιου είδους «μικτή» ρήτρα ανταποκρίνεται στις επιταγές της αρχής της διαφάνειας.

με το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό η ανάληψη μιας ρητής δέσμευσης με τη σύμβαση εργασίας ότι θα χορηγείται χρηματική παροχή εν όψει των Χριστουγέννων, δεν είναι δυνατόν να τίθεται συγχρόνως υπό την επιφύλαξη ελευθεριότητας και ανάκλησης, διότι μια τέτοια διαμόρφωση της σύμβασης δεν είναι σαφής και κατανοητή, επειδή προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας του άρθρου 307 § 1 του ΓερμΑΚ¹.

1. Ειδικότερα: η επιφύλαξη ελευθεριότητας

Σύμφωνα με τη νομολογία του BAG η διατύπωση: «**ελεύθερη** παροχή και χωρίς αναγνώριση νομικής υποχρέωσης»² καθώς και «ελεύθερη οικειοθελής παροχή, η οποία δεν θεμελιώνει καμία έννομη αξίωση για το μέλλον»³ εκφράζει σαφή επιφύλαξη ελευθεριότητας του εργοδότη. Με τη διατύπωση επιφύλαξης ελευθεριότητας είναι ξεκάθαρη η βούληση του εργοδότη να μη δεσμευθεί για το μέλλον, επομένως αποκλείεται εξ αρχής η δημιουργία νομικής δέσμευσης του εργοδότη για καταβολή της παροχής στο μέλλον⁴. Ο εργοδότης είναι ελεύθερος να παύσει να καταβάλει την παροχή κατά την κρίση του, χωρίς καν να προβεί σε δήλωση βούλησης⁵.

Αναφορικά με την επιφύλαξη ελευθεριότητας, με την οποία ο εργοδότης αποκλείει εκ των προτέρων τη νομική του δέσμευση, το BAG με τη θεμελιώδη απόφαση της 25.4.2007⁶ διαφοροποιεί την κρίση του ανάλογα με το αν η ρήτρα ελευθεριότητας αφορά τρέχουσες αποδοχές του μισθωτού ή έκτακτες παροχές

¹ BAG 14.9.2011-10 AZR 526/10, BAG 30.7.2008-10 AZR 606/07-AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274, BAG 10.12.2008-10 AZR 1/08, 2/08, 3/08-AP BGB § 307 Nr.40.

² BAG 6.12.1995, AP Nr. 187 zu § 611 BGB Gratifikation

³ BAG 26.6.1975, AP Nr. 86 zu § 611 BGB Gratifikation

⁴ STAUDINGER/**Richardi/Fischinger**, Komm zu BGB, 2011, § 611 αριθμ. 419 επ.

⁵ **Yv. Lange**, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016, σελ. 355 «Ο εργοδότης (στην περίπτωση της επιφύλαξης ελευθεριότητας) μπορεί να διακόψει την καταβολή της παροχής χωρίς προηγούμενη δήλωση και χωρίς δέσμευση εκ του αρθρ. 315 ΓερμΑΚ, δεδομένου ότι ο εργαζόμενος δεν έχει αποκτήσει αξίωση επί της παροχής», **P. Hanau/W. Hromadka**, Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NZA 2005, σελ. 73 επ.

⁶ BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06. Πάγια νομολογία BAG, βλ. ενδεικτικά BAG 13.11.2013, www.bag.de, BAG 30.7.2008 - 10 AZR 606/07, www.lexetius.com

του εργοδότη. Αν η επιφύλαξη ελευθεριότητας αφορά τρέχουσες αποδοχές, δηλ. αποδοχές περιοδικώς επαναλαμβανόμενες (π.χ. κάθε μήνα), οι οποίες βρίσκονται σε άμεση ανταλλακτική σχέση με την παροχή εργασίας («synallagmatische Leistungen»), περιάγεται ο εργαζόμενος σε κατάσταση διαρκούς αβεβαιότητας και αδυναμίας να οργανώσει τη ζωή του, δεδομένου ότι ο εργοδότης δικαιούται ανά πάσα στιγμή να μειώσει τις αποδοχές του¹. Μια τέτοια ρήτρα αποκλίνει από τη θεμελιώδη αρχή *pacta sunt servanda*². Ο εργοδότης προτιμά τη διατύπωση επιφύλαξης ελευθεριότητας, προκειμένου να έχει μεγαλύτερη ευελιξία και να μπορεί να διακόπτει οποιεδήποτε την παροχή χωρίς μάλιστα να προβαίνει σε σχετική δικαιοπρακτική δήλωση βούλησης. Τέτοιου είδους ρήτρες δίνουν μεν στον εργοδότη τη δυνατότητα να προσαρμόζεται στις διαρκώς μεταβαλλόμενες συνθήκες, αλλά, όπως είναι ευνόητο, το συμφέρον του εργοδότη για ελαστικότητα των όρων εργασίας βρίσκεται απέναντι στο συμφέρον του μισθωτού για σταθερότητα των όρων εργασίας³. Απέναντι στο δικαιολογημένο συμφέρον του εργοδότη για προσαρμογή της σχέσης εργασίας στις μεταβαλλόμενες συνθήκες, βρίσκεται το συνταγματικώς προστατευόμενο συμφέρον του μισθωτού για δίκαιους και σταθερούς όρους εργασίας⁴. Άλλωστε δεν πρέπει να λησμονείται ότι οι τρέχουσες (δηλ. οι κάθε μήνα ή πολύ τακτικά καταβαλλόμενες) αποδοχές δημιουργούν πολύ μεγαλύτερη βάση εμπιστοσύνης στον εργαζόμενο από ό,τι οι έκτακτες παροχές του εργοδότη. Επομένως επιφύλαξη ελευθεριότητας που αφορά τρέχουσες αποδοχές του μισθωτού είναι κατ' αρχήν άκυρη. Εξ άλλου την ευελιξία που επιθυμεί ο εργοδότης μπορεί να

¹ Για παράδειγμα, αν χορηγεί ο εργοδότης στον εργαζόμενο ένα «επίδομα ειδικών συνθηκών», λόγω των δυσχερών συνθηκών εκτέλεσης της εργασίας του, θέτει όμως ως προς αυτό επιφύλαξη ελευθεριότητας, τότε βρισκόμαστε μπροστά σε μια περίπτωση ανεπιεικούς διαμόρφωσης του περιεχομένου της σύμβασης εργασίας, επειδή με την επιφύλαξη αυτή καταλύει ο εργοδότης -για μια παροχή που *de facto* καταβάλλεται ως αντάλλαγμα της εργασίας- τον ανταλλακτικό της σύνδεσμο, βλ. **Δ. Ζερδελή**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 193

² BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05

³ **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 152 επ., **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, σελ. 72

⁴ **Χρ. Νικολαΐδης**, Η αρχή της αναλογικότητας στο εργατικό δίκαιο, 2016, σελ. 155. Η επιφύλαξη του εργοδότη να μην ευθύνεται συμβατικά ως προς τη συνέχιση καταβολής μιας παροχής που συνδέεται ανταλλακτικά με την παροχή της εργασίας, παραβιάζει επί πλέον την αρχή της αναλογικότητας υπό στενή έννοια, καθόσον μεταξύ της ωφέλειας του εργοδότη και της ζημίας υφίσταται προφανής δυσαναλογία, βλ. **Χρ. Νικολαΐδη**, ό.π., σελ. 159

επιτυγχάνεται επαρκώς με τη διατύπωση επιφύλαξης ανάκλησης ή συμψηφισμού¹.

Επιφύλαξη ελευθεριότητας η οποία αφορά έκτακτες παροχές² του εργοδότη που καταβάλλονται εφάπαξ (π.χ. επίδομα για τις γιορτές των Χριστουγέννων εφ' όσον δεν επιβάλλεται η καταβολή του ως «δώρου» από τον νόμο, δώρα με αφορμή ορισμένα γεγονότα, όπως γάμος ή γενέθλια) είναι κατ' αρχήν έγκυρες. Η συνομολόγηση συμβατικής ρήτρας ελευθεριότητας θεωρείται επίσης έγκυρη όσον αφορά τις κοινωνικές παροχές (π.χ. κάλυψη εξόδων παιδικού σταθμού, κατασκήνωσης κ.ο.κ.), διότι και οι παροχές αυτές δεν βρίσκονται σε άμεση ανταλλακτική σχέση με την παροχή εργασίας. Η παραπάνω διαφοροποίηση του BAG μεταξύ τρεχουσών και έκτακτων αποδοχών δικαιολογείται από το γεγονός ότι ο μισθωτός διαμορφώνει την προσωπική, οικογενειακή και κοινωνική του ζωή με βάση τις αποδοχές που λαμβάνει τακτικά ως αντάλλαγμα για την εργασία του και όχι με βάση τις αποδοχές που λαμβάνει εκτάκτως εξ αφορμής ορισμένων γεγονότων³. Εξ άλλου και η εμπιστοσύνη του εργαζομένου ως προς τη διατήρηση μιας παροχής, είναι, ανάλογα με το είδος και τη συχνότητα της παροχής, σε διαφορετικό βαθμό άξια προστασίας⁴.

Για να είναι έγκυρη η επιφύλαξη ελευθεριότητας πρέπει να είναι απολύτως σαφής και να μην καταλείπει αμφιβολία ότι πρόκειται για μία έκτακτη παροχή εξ ελευθεριότητας, η οποία καταβάλλεται χωρίς πρόθεση νομικής δέσμευσης. Μάλιστα σχετικά με το ζήτημα αυτό υποστηρίζει ο Waltermann⁵ ότι η ορθά διατυπωμένη επιφύλαξη ελευθεριότητας δεν υπόκειται στον έλεγχο του περιεχομένου των ΓΟΣ (σύμφωνα με τα άρθρα 305 επ. του ΓερμΑΚ) διότι ένας τέτοιος έλεγχος προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικών όρων. Κατά τον Waltermann, εφ' όσον η επιφύλαξη ελευθεριότητας δεν επιτρέπει τη δημιουργία

¹ Οι ρήτρες συμψηφισμού επιτρέπουν στον εργοδότη να συμψηφίζει αυξήσεις των αποδοχών που χορηγούν ΣΣΕ με αποδοχές πέραν των νομίμων που καταβάλλει ο εργοδότης. Και οι ρήτρες αυτές υπόκεινται σε έλεγχο διαφάνειας. Βλ. σχετική ανάπτυξη **M. Franzen**, Έλεγχος του περιεχομένου ρητρών τροποποίησης των όρων εργασιακών συμβάσεων, ΕΕργΔ 2011, σελ. 700-701

² BAG 30.7.2008, NZA 2008, 1173. Για παραδείγματα παροχών για τις οποίες μπορεί επιτρεπτός να συναφθεί επιφύλαξη ελευθεριότητας βλ. **Δ. Ζερδελή**, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών, ΕΕργΔ 2010, σελ. 1164, 1167.

³ **R. Singer**, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, De Gruyter Recht Verlag, Berlin 2007, σελ. 23

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2019, σελ. 820

⁵ **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, 263

αξίωσης υπέρ του μισθωτού (εφ' όσον δηλ. δεν υπάρχει υποχρέωση προς παροχή του εργοδότη η οποία να μπορεί να καταργείται), αλλά υπάρχει μόνο μία απλή δήλωση βούλησης του εργοδότη η οποία εμποδίζει την δημιουργία συμβατικής δέσμευσης, δεν υφίσταται έδαφος για δικαστικό έλεγχο περιεχομένου. Η θέση όμως αυτή είναι πολύ τυπικολογική και δεν γίνεται δεκτή από τη γερμανική νομολογία και το μεγαλύτερο μέρος της θεωρίας. Διότι κατά πρώτο λόγο και η παροχή που συνοδεύεται από επιφύλαξη ελευθεριότητας μπορεί να καταβάλλεται για κάποιο χρονικό διάστημα και κατόπιν αιφνιδίως να διακόπτεται, οπότε η περίπτωση αυτή ομοιάζει κατ' ουσίαν με την περίπτωση της επιφύλαξης ανάκλησης. Πολύ περισσότερο όμως η υιοθέτηση της παραπάνω θέσης ενέχει τον κίνδυνο να οδηγήσει στον περιορισμό του δικαστικού ελέγχου επί των συμβατικών ρητρών ανάκλησης της παροχής, αφού ο εργοδότης - προκειμένου να αποφύγει τον δικαστικό έλεγχο των ρητρών αυτών- θα συνοδεύει κάθε πρόσθετη, πέραν των νομίμων αποδοχών, παροχή με επιφύλαξη ελευθεριότητας¹.

Κατά τη γνώμη μας, στην περίπτωση παροχών που καταβάλλονται σταθερά αλλά συνοδεύονται με επιφύλαξη ελευθεριότητας, είναι δυνατόν να χρησιμοποιείται επικουρικά η θεωρία της εμπιστοσύνης, προκειμένου να τυγχάνουν προστασίας εργαζόμενοι που καλόπιστα εμπιστεύονται τη συμπεριφορά του εργοδότη. Εφ' όσον δηλ. επί της επιφύλαξης ελευθεριότητας - κατά την κρατούσα άποψη και στην ελληνική νομολογία²- δεν φαίνεται να ασκείται ο ίδιος δικαστικός έλεγχος που ασκείται στην περίπτωση της επιφύλαξης ανάκλησης³ και ο εργοδότης μπορεί να καταργεί την παροχή μονομερώς, επικαλούμενος την επιφύλαξη ελευθεριότητας, πρέπει, πιστεύουμε, να ερευνάται αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για τη θεμελίωση εξωδικαιοπρακτικής ευθύνης, με βάση την αρχή της εμπιστοσύνης. Όταν ο εργοδότης διατυπώνει επιφύλαξη ελευθεριότητας, δεν δημιουργείται βέβαια κατ'

¹ Δ. Ζερδελής, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών, ΕΕργΔ 2010, σελ. 1165

² ΑΠ 105/2003, ΔΕΕ 2003, σελ. 1111, σύμφωνα με την οποία είναι έγκυρη η επιφύλαξη που συνοδεύει τη χορήγηση μηνιαίου επιδόματος ανθυγιεινής εργασίας. Επίσης η ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, σελ. 1184, παρόλο που αποκλίνει από την πάγια νομολογία διακρίνοντας σαφώς την επιφύλαξη ελευθεριότητας από το δικαίωμα ανάκλησης, δεν φαίνεται να αμφισβητεί τη δυνατότητα του εργοδότη να θέτει επιφύλαξη ελευθεριότητας σε οποιαδήποτε παροχή.

³ Η διάταξη του αρ. 371 ΑΚ δεν εφαρμόζεται σε περίπτωση που ο εργοδότης έχει διατυπώσει επιφύλαξη ελευθεριότητας, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή δεν υπάρχει συμβατική δέσμευση του εργοδότη.

αρχήν στους εργαζομένους πραγματικό εμπιστοσύνης ως προς τη συνέχιση καταβολής της παροχής. Με άλλα λόγια η επιφύλαξη ελευθεριότητας δεν επιτρέπει κατά κανόνα να ερμηνεύεται η έμπρακτη συμπεριφορά του εργοδότη ως σιωπηρή δήλωση βούλησης. Συνεπώς η επίκληση της επιφύλαξης ελευθεριότητας για την κατάργηση της παροχής δεν προσκρούει κατ' αρχήν στο άρθρο 281 ΑΚ. Αυτό ισχύει όμως όταν η επιφύλαξη ελευθεριότητας δεν αφορά παροχές που βρίσκονται σε στενή ανταλλακτική σχέση προς την παροχή εργασίας και οι οποίες καταβάλλονται τακτικά. Αντιθέτως παροχές που βρίσκονται σε στενή ανταλλακτική σχέση προς την παροχή εργασίας και παροχές που αποσκοπούν στην επιβράβευση του εργαζομένου για την απόδοσή του κ.ο.κ., δεν μπορούν να συνοδεύονται από επιφύλαξη ελευθεριότητας, διότι στις περιπτώσεις αυτές η επιφύλαξη ελευθεριότητας προσκρούει στην απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς και είναι ανίσχυρη ως καταχρηστική.

Αμφισβητείται, τέλος, αν είναι έγκυρη μια γενική επιφύλαξη ελευθεριότητας (prauschalierter Freiwilligkeitsvorbehalt) δηλ. η επιφύλαξη ελευθεριότητας με την οποία ο εργοδότης επιδιώκει να αποκλείσει κάθε μελλοντική δέσμευσή του λόγω επιχειρησιακής συνήθειας, ανεξαρτήτως του είδους της παροχής, του λόγου της καταβολής της κ.ο.κ. Κατά τη νομολογία του BAG μια τέτοια γενική επιφύλαξη δεν μπορεί να ακυρώσει τις μελλοντικές δηλώσεις βουλήσεως του εργοδότη αναφορικά με συγκεκριμένες παροχές που θα καταβάλει στο μέλλον¹. Εξ άλλου μια τέτοια γενική επιφύλαξη δεν ανταποκρίνεται στην αρχή της διαφάνειας².

2. Ειδικότερα: η επιφύλαξη (ή δικαίωμα) ανάκλησης

Η πλέον σημαντική διαφορά που υπάρχει μεταξύ της επιφύλαξης ελευθεριότητας και της επιφύλαξης ανάκλησης συνίσταται στο ότι ο εργοδότης ο οποίος έχει επιφυλάξει για τον εαυτό του δικαίωμα ανάκλησης μπορεί να

¹ BAG 14.9.2011-10 AZR 626/10, NZA 2012, 81, BAG 20.5.2008-9 AZR 382/07, NZA 2008.

² Για το θέμα αυτό έχει ήδη γίνει λόγος, βλ. σελ. 62 επ.

ανακαλεί την παροχή **μόνο κατά εύλογη κρίση και όχι ελευθέρως**¹. Η επιφύλαξη ανάκλησης παρέχει δικαίωμα μονομερούς ανάκλησης της παροχής, υπό την προϋπόθεση όμως ότι η επιφύλαξη αυτή συναρτά την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης με τη συνδρομή κάποιων αντικειμενικών προϋποθέσεων ή λόγων που καθιστούν την ανάκληση εύλογη και δίκαιη. Οι συμβατικές ρήτρες μονομερούς τροποποίησης ή ανάκλησης μιας παροχής υποβάλλονται σήμερα διεθνώς σε αυστηρότερο δικαστικό έλεγχο και δεν θεωρούνται έγκυρες -όπως έχει ήδη αναφερθεί- όταν αφορούν ουσιώδεις όρους εργασίας (π.χ. ένα σημαντικό τμήμα των αποδοχών) ή όταν το δικαίωμα ανάκλησης δεν συναρτάται με αντικειμενικούς λόγους και δεν ασκείται κατά δίκαιη κρίση (άρθρα 371, 372, 200, 288, 281 ΑΚ², § 315 ΓερμΑΚ). Επομένως η ανάκληση δεν πρέπει να γίνεται τυχαία, αυθαίρετα, αλλά μόνο όταν υπάρχει αντικειμενικός λόγος με την έννοια της § 315 BGB (371 ΑΚ - προσδιορισμός της παροχής από το ένα μέρος). Για το αν υπάρχει πράγματι αντικειμενικός λόγος, αρμόδια να κρίνουν είναι τα δικαστήρια. Η αόριστη επίκληση της δυσμενούς οικονομικής συγκυρίας δεν αποτελεί συχνά αντικειμενικό λόγο ο οποίος δικαιολογεί τη μονομερή ανάκληση της παροχής.

Επισημαίνεται ότι μία συμβατική ρήτρα ανάκλησης δεν μπορεί να αντίκειται σε απαγορευτική διάταξη νόμου (ΑΚ 174) ή στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178, 179). Επίσης δεν είναι δυνατόν η μονομερής ανάκληση της παροχής να ανατίθεται στην απόλυτη, στην ελεύθερη κρίση του εργοδότη (στην αυθαίρετη κρίση που δεν συναρτάται με αντικειμενικούς λόγους, με μία εύλογη αιτία) δηλ. η ρήτρα ανάκλησης δεν μπορεί να αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 372 ΑΚ. Εξ άλλου, όπως είναι φυσικό, δεν θα είναι έγκυρη μία τέτοια ρήτρα εφ' όσον -μετά την ανάκληση της παροχής- οι αποδοχές του εργαζομένου βρίσκονται κάτω από τον νόμιμο μισθό. Σύμφωνα με το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό μία συμβατική ρήτρα ανάκλησης, η οποία παρέχει στον εργοδότη τη δυνατότητα να περικόπτει, με την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης, ποσό που υπερβαίνει το 25% των συνολικών αποδοχών του εργαζομένου, θεωρείται άκυρη, διότι έχει συμφωνηθεί

¹ΜΠΠειρ 634/2022, ΕΕργΔ 2022, σελ. 218, πάγια θέση στο γερμανικό δίκαιο, βλ. **Yv. Lange**, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016, σελ. 32, **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 75

²βλ. σχετική ανάπτυξη **Γ. Λεβέντη/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 678 επ.

κατά κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας¹. Πέραν αυτού του γενικού κανόνα, ο πυρήνας της εργασιακής σχέσης και οι όροι εργασίας στους οποίους κυρίως απέβλεπαν οι συμβαλλόμενοι θα πρέπει να προσδιορίζονται κάθε φορά ad hoc, εν όψει μιας συγκεκριμένης σύμβασης².

Ας σημειωθεί ότι η πρόσφατη απόφαση ΜΠΠειρ 634/2022³ έκρινε ότι η ρήτρα ανάκλησης που διατύπωσε ο εργοδότης ήταν καταχρηστική και συνεπώς άκυρη, δεδομένου ότι έθιγε τον πυρήνα της σύμβασης εργασίας «αφού αφορούσε ανακλητές μισθολογικές παροχές που υπερέβαιναν το 60% των συνολικών αποδοχών του εργαζομένου, πολύ πάνω από το 25%, το οποίο θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αποτελεί το όριο μείωσης των μισθολογικών παροχών, η υπέρβαση του οποίου θίγει τον πυρήνα της σύμβασης εργασίας». Βάσει της ρήτρας αυτής ο εργοδότης είχε τη δυνατότητα να μειώνει τον συμφωνημένο και καταβαλλόμενο μισθό ύψους 4.073 ευρώ μέχρι τα όρια του νόμιμου μισθού. Η συγκεκριμένη απόφαση είναι ιδιαίτερα σημαντική, γιατί με πειστική δογματική και μεθοδολογική θεμελίωση θέτει όρια στη -βάσει συμβατικών ρητρών- διεύρυνση της εξουσίας του εργοδότη να προσαρμόζει μονομερώς τους όρους εργασίας στις μεταβαλλόμενες συνθήκες και δείχνει την κατεύθυνση που οφείλει να ακολουθήσει η νομολογία⁴. Επίσης, διαπιστώνουμε, ότι η ελληνική νομολογία υιοθετεί τη θέση της γερμανικής νομολογίας ότι μία συμβατική ρήτρα ανάκλησης, η οποία παρέχει στον εργοδότη τη δυνατότητα να περικόπτει, με την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης, ποσό που υπερβαίνει το 25% των συνολικών αποδοχών του εργαζομένου, θεωρείται άκυρη.

¹BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, στην οποία επισημαίνεται ότι σε κάθε περίπτωση για να είναι έγκυρη μία ρήτρα, ο μισθός που μένει μετά την ανάκληση θα πρέπει να είναι ανώτερος του νόμιμου. Βλ. επίσης BAG 11.10.2006 - 5 AZR 721/05, η οποία θέτει το όριο της δυνατότητας περικοπής στο 25% ή αν αφορά παροχές που δεν τελούν σε άμεση ανταλλακτική σχέση με την παροχή του εργαζομένου στο 30%. Αν το δικαίωμα ανάκλησης αφορά τόσο παροχές με άμεση ανταλλακτική σχέση όσο και παροχές που δεν έχουν αυτό τον χαρακτήρα, οι περικοπές παροχών με άμεση ανταλλακτική σχέση μπορούν να φτάνουν έως το 25% των συνολικών αποδοχών ενώ οι περικοπές παροχών που δεν βρίσκονται σε άμεση ανταλλακτική σχέση με την παροχή εργασίας όσο ακόμα απομένει μέχρι τη συμπλήρωση του 30% (λ.χ. 17% και 13% αντίστοιχα). **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, 268. Η ελληνική νομολογία μέχρι στιγμής, με εξαίρεση μεμονωμένες αποφάσεις, δεν προχωρεί στον έλεγχο περιεχομένου των ρητρών αυτών εφ' όσον δεν θίγονται τα κατώτατα όρια που θέτουν οι οικείες ΣΣΕ. Έτσι όσο μεγαλύτερος είναι ο συμβατικός μισθός τόσο μεγαλύτερα είναι και τα όρια «ελαστικότητας» της αμοιβής (βλ. **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 179).

²**Δ. Ζερδελής**, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών, ΕΕργΔ 2010, σελ. 1160

³ΕΕργΔ 2022, σελ. 222

⁴**Δ. Ζερδελής**, Μισθολογικές παροχές υπό εξουσιαστική αίρεση, Με αφορμή την υπ' αριθμ. 634/2022 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Πειραιώς, ΕΕργΔ 2022, σελ. 107

Όπως έχει ήδη αναφερθεί, εφ' όσον ο εργοδότης διατυπώσει επιφύλαξη ελευθεριότητας, δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια, ενώ αν διατυπώσει δικαίωμα ανάκλησης, δημιουργείται μεν επιχειρησιακή συνήθεια, ο εργοδότης όμως μπορεί να ανακαλεί την παροχή και να καταργεί την επιχειρησιακή συνήθεια μόνο κατά δίκαιη κρίση (ΑΚ 371) και όχι καταχρηστικά (ΑΚ 281)¹, δηλ. μόνο εφ' όσον συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι που δικαιολογούν την ανάκληση ή τον περιορισμό της παροχής. Οι αντικειμενικοί αυτοί λόγοι πρέπει να συνδέονται με τα εύλογα συμφέροντα της επιχείρησης, να προδιατυπώνονται και να διευκρινίζονται, έστω κατά γενικό τρόπο, πότε θα ασκείται το δικαίωμα ανάκλησης. Το δικαίωμα ανάκλησης και οι αντικειμενικοί λόγοι που δικαιολογούν την άσκησή του είναι δυνατόν να συνάγονται σιωπηρά από τον σκοπό και τις συνθήκες που συνοδεύουν την καταβολή της παροχής. Όσο ευρύτερα και γενικότερα έχουν διατυπωθεί οι λόγοι ανάκλησης τόσο πιο αυστηρά θα πρέπει να κρίνεται η άσκησή τους². Συχνά είναι ζήτημα ερμηνείας της ρήτρας αν αυτή αποτελεί ρήτρα επιφύλαξης ελευθεριότητας ή ρήτρα επιφύλαξης ανάκλησης³. Είναι ευνόητο ότι, εφ' όσον η παροχή, για την οποία διατυπώθηκε επιφύλαξη ανάκλησης, κατέστη απαιτητή (σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που έθεσε ο εργοδότης για τη χορήγησή της) δεν είναι δυνατή πλέον η ανάκλησή της από τον εργοδότη.

Από την προηγούμενη ανάπτυξη καθίσταται σαφές ότι και στις δύο περιπτώσεις ρητρών τα κριτήρια είναι παρόμοια. Κατά τη γερμανική νομολογία, όπως και οι ρήτρες ανάκλησης έτσι και οι ρήτρες ελευθεριότητας θα πρέπει να τηρούν την αρχή της διαφάνειας και ο εργαζόμενος θα πρέπει να είναι σε θέση να αντιληφθεί ως προς ποιά συγκεκριμένη παροχή ο εργοδότης θέλει να αποκλείσει κάθε αξίωση για το μέλλον⁴. Οι ρήτρες ανάκλησης θα πρέπει, όπως εκθέσαμε, να αναφέρουν κατά το δυνατόν σαφώς τους όρους και τις

¹ BAG 12.01.1994-5 AZR 41/93, **A. Junker**, Grundkurs Arbeitsrecht, 20^η εκδ. 2021, § 1 αριθμ. 74 επ.

² **F. Bayreuther**, Widerrufs-, Freiwilligkeits- und Anrechnungsvorbehalte – geklärte und ungeklärte Fragen der aktuellen Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertraglichen Vorbehalten, ZIP 2007, 2014

³ **Δ. Ζερδελής**, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών, ΕΕργΔ 2010, σελ. 1150, **ο ίδιος**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 191

⁴ BAG 22.7.2014, www.bag.de, BAG 14.9.2011-10 AZR 526/10 «Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird», **U. Preis**, ErfK (2011), §§ 305-310, αρ. 68

προϋποθέσεις με τη συνδρομή των οποίων μπορεί να ασκηθεί το εν λόγω δικαίωμα του εργοδότη. Η ελληνική νομολογία όμως, μέχρι στιγμής, όπως ήδη αναφέρθηκε, με εξαίρεση μεμονωμένες αποφάσεις¹, δεν έχει επιφυλάξεις ως προς την εγκυρότητα των ρητρών αυτών, εφ' όσον δεν θίγονται τα κατώτατα όρια που θέτουν οι οικείες ΣΣΕ².

Όσον αφορά τις **ειδικές χρηματικές παροχές** (Sonderzahlungen) η γερμανική νομολογία προβαίνει στην εξής διάκριση: αν η καταβολή της παροχής αποσκοπεί στην επιβράβευση του εργαζομένου για την απόδοσή του (π.χ. λόγω επίτευξης των στόχων), τότε είναι άκυρη η ρήτρα ανάκλησής τους μετά την επίτευξη των στόχων, ενώ αν η καταβολή συναρτάται αποκλειστικά με τη διατήρηση της εργασιακής σχέσης και στο μέλλον, δηλ. με την παραμονή (πίστη) του εργαζομένου στην επιχείρηση, τότε είναι δυνατές συμβατικές ρήτρες επιστροφής ή ανάκλησης της παροχής. Ωστόσο και στην περίπτωση αυτή (παροχών που συναρτώνται με την παραμονή στην επιχείρηση) γίνεται η εξής διάκριση: αν η ανάκληση της παροχής οφείλεται σε λόγους που αφορούν την εκμετάλλευση (π.χ. οικονομικοτεχνικούς λόγους), τότε η ανάκληση δεν είναι επιτρεπτή, διότι ο εργαζόμενος εξεπλήρωσε την υποχρέωσή του παραμονής (πίστης) στην επιχείρηση. Αν όμως η ανάκληση της παροχής οφείλεται σε οικειοθελή αποχώρηση ή σε αθέτηση των συμβατικών υποχρεώσεων του εργαζομένου, τότε είναι δυνατή και εύλογη η ανάκληση. Ασάφειες στις σχετικές συμβατικές ρήτρες αποβαίνουν εις βάρος του εργοδότη³. Συνολικά μπορεί να διαπιστώσει κανείς ότι η γερμανική νομολογία πορεύεται προς την κατεύθυνση να εφαρμόζει και στις ειδικές χρηματικές παροχές που χορηγούνται στο πλαίσιο της σχέσης εργασίας τις αρχές που ισχύουν γενικά στο δίκαιο των συμβάσεων. Και η τάση αυτή δεν αποβαίνει, όπως αποδεικνύεται, εις βάρος των εργαζομένων⁴.

Πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι δεν ανταποκρίνονται στην αρχή της διαφάνειας και θα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως καταχρηστικές οι ρήτρες ελευθεριότητας με τις οποίες ο εργοδότης επιδιώκει να αποφύγει τη δέσμευση

¹ ΜΠΠειρ 634/2022, ΕΕργΔ 2022, σελ. 218

² Δ. Ζερδελής, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 179

³ U. Preis, Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik, SR 3, 2012, www.soziales-recht.eu, σελ. 122-123

⁴ U. Preis, ό.π., σελ. 123

για παροχές, οι οποίες παρέχονται ως κίνητρο στον εργαζόμενο για την επίτευξη ορισμένου αποτελέσματος και για τη λήψη των οποίων τίθενται μάλιστα στη σύμβαση εργασίας συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Με τις παροχές αυτές ο εργοδότης ανταμείβει τον εργαζόμενο για μία ιδιαίτερη απόδοση και ο εργοδότης -επικαλούμενος την επιφύλαξη ελευθεριότητας- αρνείται καταχρηστικώς την καταβολή της παροχής ή παρόλο που πληρούνται οι προϋποθέσεις που προβλέπονται στη σύμβαση εργασίας, ο εργοδότης αρνείται την καταβολή της παροχής¹. Συνεπώς σχετικά με τις παροχές αυτές ο εργοδότης δεν μπορεί να θέσει ούτε επιφύλαξη ελευθεριότητας ούτε επιφύλαξη ανάκλησης. Ενώσω όμως δεν έχουν πληρωθεί οι προϋποθέσεις για την καταβολή της παροχής, εφ' όσον δηλ. η παροχή δεν έχει καταστεί απαιτητή, ο εργοδότης μπορεί να την ανακαλέσει για το μέλλον.

Τέλος σημειώνουμε ότι οι προϋποθέσεις κύρους των ρητρών ανάκλησης μιας παροχής είναι ουσιαστικά οι ίδιες με τις προϋποθέσεις κύρους των ρητρών διεύρυνσης του διευθυντικού δικαιώματος. Παρά το γεγονός ότι με τη διατύπωση ρήτρας ανάκλησης δεν πρόκειται, κατ' ακριβολογία, για διεύρυνση του διευθυντικού δικαιώματος, διότι το διευθυντικό δικαίωμα συναρτάται με την παροχή του εργαζομένου και όχι με την παροχή που οφείλει ο εργοδότης, στην ουσία η προβληματική είναι η ίδια, αφού πρόκειται για μια δυνατότητα μονομερούς προσδιορισμού της παροχής στηριζόμενη σε συμβατική ρήτρα². Βασική προϋπόθεση είναι και εδώ η μη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων εις βάρος του εργαζομένου (ισορροπία παροχής-αντιπαροχής), δηλ. η μη επέμβαση στον πυρήνα της σύμβασης εργασίας. Όπως και στην περίπτωση των ρητρών ελευθεριότητας και ανάκλησης, η προσθήκη στην ατομική σύμβαση εργασίας ρητρών, οι οποίες διευρύνουν το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη και παρέχουν σε αυτόν τη

¹ Πρβλ. ΑΠ 1013/1987, ΔΕΝ 1988, 585, ΕφΑθ 11334/1986, ΔΕΝ 1988, 85, contra ΑΠ 1136/2010, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 699/2002 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 493/2004, ΔΕΕ 2004, 1049 η ελληνική νομολογία δεν προβαίνει καν σε έλεγχο των ρητρών αυτών. Βλ. και **Δ. Ζερδελή**, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών, ΕΕργΔ 2010, σελ. 1168. Το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό ορθώς έχει δεχθεί ότι όταν σε μια προδιατυπωμένη σύμβαση προβλέπονται παροχές **επακριβώς προσδιορισμένες** ως προς τις προϋποθέσεις χορήγησης και το ύψος τους, είναι αντιφατικό να τίθενται οι παροχές αυτές υπό την επιφύλαξη ελευθεριότητας, βλ. BAG 30.7.2008, NZA 2008, 1173.

² **Δ. Ζερδελής**, Μισθολογικές παροχές υπό εξουσιαστική αίρεση, Με αφορμή την υπ' αριθμ. 634/2022 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Πειραιώς, ΕΕργΔ 2022, σελ. 106

δυνατότητα να μεταβάλλει μονομερώς τους όρους εργασίας, είναι κατ' αρχήν επιτρεπτή βάσει της συμβατικής ελευθερίας¹. Όμως για να είναι έγκυρη μία ρήτρα διεύρυνσης των ορίων άσκησης του διευθυντικού δικαιώματος θα πρέπει να μην αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη νόμου (ΑΚ 174) ή στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178). Για τον λόγο αυτό γίνεται δεκτό² ότι επιβάλλεται ένας εκτενέστερος έλεγχος περιεχομένου και των ρητρών αυτών και μάλιστα οι όροι με τους οποίους διευρύνεται το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη πρέπει να ερμηνεύονται στενά.

Ο χαρακτήρας της σύμβασης εργασίας ως διαρκούς ενοχικής σχέσης δεν νομιμοποιεί μία χωρίς περιορισμούς εξουσία μεταβολής συμβατικών όρων. Όταν μάλιστα η παραχώρηση στο ένα συμβαλλόμενο μέρος δικαιώματος μονομερούς τροποποίησης αφορά τις κύριες συμβατικές υποχρεώσεις των μερών, όπως είναι η υποχρέωση αμοιβής και η υποχρέωση παροχής εργασίας, ο κίνδυνος περιορισμού ουσιωδών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων κατά τέτοιο τρόπο ώστε να απειλείται ματαιώση του σκοπού της σύμβασης, είναι μεγαλύτερος και η ανάγκη ελέγχου για την προστασία του αντισυμβαλλομένου είναι εντονότερη³. Εξ άλλου ο μονομερής προσδιορισμός των όρων εργασίας που επιχειρεί ο εργοδότης με βάση το διευθυντικό δικαίωμα πρέπει να υπηρετεί τους σκοπούς του δικαιώματος αυτού, δηλ. τη δυνατόν καλύτερη αξιοποίηση της εργασίας και την οργάνωση της επιχείρησης. Αν ο μονομερής προσδιορισμός της παροχής εργασίας δεν αποβλέπει στην πραγματοποίηση των παραπάνω σκοπών αλλά άλλων, άσχετων με αυτούς επιδιώξεων του εργοδότη, τότε δεν υπάρχει χρήση αλλά κατάχρηση του διευθυντικού δικαιώματος⁴. Περαιτέρω, τα όρια του διευθυντικού δικαιώματος φωτίζονται από τον σκοπό που υπηρετεί το δικαίωμα αυτό, δηλ. την κατά το δυνατόν καλύτερη αξιοποίηση της εργασίας του μισθωτού και την προσφορότερη οργάνωση και λειτουργία της εκμετάλλευσης. Για

¹ΑΠ 1370/2010, ΕΕργΔ 2012, ΑΠ 798/2007, ΕΕργΔ 2008, 1057, **Χρ. Τσιμπούκης**, Ρήτρες συμβατικής διεύρυνσης του διευθυντικού δικαιώματος, σελ. 11 επ. Αξίζει να σημειωθεί ότι στο γερμανικό δίκαιο υπάρχει ρητή νομοθετική ρύθμιση του διευθυντικού δικαιώματος και γίνεται διάκριση ανάμεσα σε γνήσια και μη γνήσια διεύρυνσή του (§ 106 GewO, **U. Preis**, Der Arbeitsvertrag (2011), σελ. 854 επ., 901)

² **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Η μετασυμβατική απαγόρευση του ανταγωνισμού στο εργατικό δίκαιο, 2005, σελ. 92-97, **Α. Καζάκος**, Αστικό δίκαιο, οικονομία της αγοράς και προστασία των καταναλωτών, 1987, σελ. 168

³ **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 151 επ.

⁴ ΜΠΑ 131/2018, ΔΕΝ 2018, σελ. 966, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 91 επ.

παράδειγμα, ο μονομερής από τον εργοδότη καθορισμός ή τροποποίηση του ωραρίου εργασίας τότε μόνο μπορεί να θεωρηθεί ως μη νόμιμος ή ως επιχειρούμενος κατά κατάχρηση του διευθυντικού του δικαιώματος, όταν δεν εξυπηρετεί τα καλώς νοούμενα συμφέροντα της επιχείρησης και βλάπτει τους εργαζομένους, όπως λ.χ. έγινε δεκτό σε ακραίες περιπτώσεις και μάλιστα σε περίπτωση κατά την οποία ο εργοδότης όρισε ως χρόνο απασχόλησης μόνο τα απογεύματα¹ όπως και σε περίπτωση κατά την οποία ο εργοδότης τροποποίησε το συμφωνημένο ωράριο έτσι ώστε η απασχόληση να παρέχεται στο εξής μόνο τη νύχτα².

Γενικότερα για τις συμβατικές ρήτρες που διευρύνουν το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη ισχύουν οι περιορισμοί που ισχύουν για κάθε συμφωνία³, δηλ. πρέπει και αυτές οι ρήτρες αφ' ενός να μη διευρύνουν υπέρμετρα το διευθυντικό δικαίωμα κατά τρόπο, ώστε με την άσκησή του να μεταβάλλονται ουσιωδώς οι όροι εργασίας και αφ' ετέρου να τηρούν την αρχή της διαφάνειας. Μία ακόμη αρχή που θα πρέπει να χρησιμοποιείται ως κριτήριο συγκεκριμενοποίησης της αρχής της καλής πίστης κατά τον έλεγχο της καταχρηστικότητας των εν λόγω ρητρών είναι και η αρχή της αναλογικότητας⁴. Κατά την αρχή αυτή θα πρέπει ο διαπραγματευτικώς ισχυρότερος εργοδότης να λαμβάνει υπ' όψη του κατά τη διαμόρφωση του περιεχομένου της σύμβασης και τα συμφέροντα του εργαζομένου και να μη βλάπτει αυτά περισσότερο από όσο είναι αναγκαίο για την επαρκή προάσπιση των δικών του συμφερόντων⁵. Οι ρήτρες όμως που παρέχουν στον εργοδότη τη δυνατότητα περιορισμού ή κατάργησης μισθολογικών παροχών, δεν αποτελούν, κατ' ακριβολογία, ρήτρες που διευρύνουν το διευθυντικό δικαίωμα αλλά ρήτρες μονομερούς προσδιορισμού της οφειλόμενης από τον εργοδότη παροχής. Και ως προς τις ρήτρες αυτές ισχύουν ανάλογοι περιορισμοί, καθόσον η προβληματική παραμένει η ίδια. Έτσι, η σχετική ρήτρα είναι άκυρη αν αντίκειται σε

¹ΑΠ 408/1989, ΕΕργΔ 1990, σελ. 313

²ΑΠ 151/88, ΔΕΝ 1989, σελ. 27, βλ. επίσης και ΑΠ 1222/2004, ΔΕΝ 2005, σελ. 361

³**Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 169, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 84

⁴**Χρ. Νικολαΐδης**, Η αρχή της αναλογικότητας στο εργατικό δίκαιο, 2016, σελ. 151. Η αρχή της αναλογικότητας εφαρμόζεται εδώ με την τρίτη ειδικότερη αρχή της αναλογικότητας υπό στενή έννοια («Angemessenheitskontrolle»).

⁵**Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 102-103

απαγορευτική διάταξη νόμου (ΑΚ 174) ή στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178, 179) ή αν οδηγεί στην καταστρατήγηση θεμελιωδών διατάξεων, όπως των διατάξεων για την καταγγελία της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου. Αντίθεση στην καλή πίστη και στα χρηστά ήθη υφίσταται, όταν π.χ. ο εργοδότης επιφυλάσσει στον εαυτό του το δικαίωμα να αναθέτει στον εργαζόμενο οποιαδήποτε άλλη εργασία, ή να καθορίζει χωρίς περιορισμό τον χρόνο εργασίας και κατ' επέκταση το μισθό κατά την απόλυτη κρίση του (βλ. ΑΚ 372). Έτσι, έχει κριθεί¹ ότι ο συμβατικός όρος, σύμφωνα με τον οποίο ο εργοδότης έχει το δικαίωμα κατά την απόλυτη κρίση του και σύμφωνα με τις ανάγκες του να μεταθέτει τον μισθωτό από μία θέση σε άλλη θέση, χωρίς αυτό να αποτελεί μονομερή βλαπτική μεταβολή ή να του αναθέτει εργασία περισσότερη από εκείνη που συμφωνήθηκε, περιέχει συμφωνία απεριόριστης διεύρυνσης του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη και για τον λόγο αυτό είναι άκυρος. Αντιθέτως οι ρήτρες που παρέχουν στον εργοδότη το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης μη ουσιωδών όρων της σύμβασης εργασίας (όπως π.χ. ρήτρες που επιφυλάσσουν στον εργοδότη το δικαίωμα να προσδιορίζει το ύψος ενός επιδόματος ή μιας πρόσθετης παροχής που καταλαμβάνει μικρό μόνο ποσοστό των συνολικών αποδοχών ή το δικαίωμα να μεταθέτει τον μισθωτό σε εκμεταλλεύσεις ανά την Ελλάδα που ιδρύει στο μέλλον) είναι επιτρεπτές².

3. Συμπεράσματα από τον δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου των συμβάσεων εργασίας στο γερμανικό δίκαιο

Από την προηγούμενη ανάπτυξη καθίσταται σαφές ότι ο δικαστικός έλεγχος των ρητρών ελευθεριότητας και ανάκλησης είναι αναγκαίος, προκειμένου να ελέγχεται αν έχει εγκύρως συμφωνηθεί η επιφύλαξη και κατόπιν αν έχει δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια. Διότι σε περίπτωση που κριθεί λ.χ. μία επιφύλαξη ελευθεριότητας ως μη νόμιμη, επειδή αφορά τρέχουσες αμοιβές,

¹ ΕφΘεσ 691/1996, Αρμ. 1996, σελ. 1362, ΕφΑθ 6572/1998, ΕλλΔνη 1999, σελ. 1752

² Γ. Λεβέντης, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 78

αμοιβές που βρίσκονται σε άμεση ανταλλακτική σχέση με την παροχή εργασίας, τότε θα πρέπει να αντιμετωπίζεται η ρήτρα αυτή ως επιφύλαξη ανάκλησης.

Η νομοθετική μεταρρύθμιση του ενοχικού δικαίου που έλαβε χώρα το 2002 στη Γερμανία έθεσε σε νέες βάσεις τον δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου των συμβάσεων εργασίας. Με τη μεταρρύθμιση του 2002 οι διατάξεις του νόμου για τη ρύθμιση των γενικών όρων συναλλαγών (AGB-Gesetz) μαζί με άλλες διατάξεις που αποβλέπουν στην προστασία των καταναλωτών ενσωματώθηκαν στον γερμανικό Αστικό Κώδικα (άρθρα 305-310). Σύμφωνα με το άρθρ. 310 § 4 εδ. 1 ΓερμΑΚ, οι διατάξεις των άρθρων 305-310 του ΓερμΑΚ για τους γενικούς όρους των συναλλαγών **δεν εφαρμόζονται** επί των ΣΣΕ και επί των Κανονισμών Εργασίας (Betriebsvereinbarungen), **εφαρμόζονται όμως** επί των ατομικών συμβάσεων εργασίας, λαμβανομένων υπόψη και των ιδιαιτεροτήτων (Besonderheiten) που ισχύουν στο εργατικό δίκαιο¹. Η νομοθετική αυτή μεταρρύθμιση είχε καίρια σημασία και για το εργατικό δίκαιο, δεδομένου ότι πλέον οι συμβάσεις εργασίας, εφ' όσον περιέχουν γενικούς όρους εργασίας (προδιατυπωμένους από τον εργοδότη) υποβάλλονται σε δικαστικό έλεγχο, ανάλογο με εκείνο στον οποίο υποβάλλονται οι ενοχικές συμβάσεις που περιέχουν γενικούς όρους συναλλαγών. Όπως είναι γνωστό, ο δικαστικός έλεγχος των συμβάσεων που περιέχουν γενικούς όρους συναλλαγών (δηλ. όρους που δεν υπήρξαν αντικείμενο διαπραγμάτευσης μεταξύ των συμβαλλομένων αλλά διατυπώθηκαν μονομερώς από τον ένα συμβαλλόμενο) επιβάλλεται από την ανάγκη προστασίας του ασθενεστέρου συμβαλλομένου. Εξ άλλου είναι σύνηθες ένας όρος της σύμβασης εργασίας, ο οποίος μπορεί να καταστεί αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας, να προδιατυπώνεται από τον εργοδότη κατά τη σύναψη ή κατά τη λειτουργία της σύμβασης εργασίας. Σ' αυτή την περίπτωση οι όροι εργασίας που περιέχει η επιχειρησιακή συνήθεια θα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως ΓΟΣ².

Μετά την παραπάνω μεταρρύθμιση, η γερμανική νομολογία όφειλε πλέον να εξετάζει με βάση τις νέες αυτές διατάξεις το κύρος των συμβατικών ρητρών

¹ **Cl. Hoffmann**, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009, σελ. 23, **G. Thüsing**, Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?, NZA 2002, 591

² **Cl. Hoffmann**, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009, σελ. 24 «Ο δικαστικός έλεγχος του περιεχομένου της επιχειρησιακής συνήθειας, βάσει των άρθρ. 305 επ. BGB, προϋποθέτει ότι η επιχειρησιακή συνήθεια περιέχει γενικούς όρους εργασίας».

ελευθεριότητας ή ανάκλησης της παροχής. Με σειρά αποφάσεων το BAG έκρινε ότι οι συμβατικές ρήτρες ανάκλησης (Widerrufsvorbehalte) είναι έγκυρες εφ' όσον δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και εφ' όσον λαμβάνουν υπ' όψη και τα εύλογα συμφέροντα του εργαζομένου αναφορικά με την έκταση και τις έννομες συνέπειες της ανάκλησης¹. Ειδικότερα η θεμελιώδης απόφαση της 12.1.2005² του BAG αναγνώρισε ότι ο εργοδότης, λόγω της αβεβαιότητας των οικονομικών εξελίξεων της επιχείρησης, έχει κατ' αρχήν εύλογο συμφέρον να συνομολογεί ρήτρες μονομερούς ανάκλησης προκειμένου να προσαρμόζει τις πρόσθετες μισθολογικές παροχές του στις δυνατότητες της επιχείρησης, αρκεί βέβαια να μην μετακυλίει με τις ρήτρες αυτές τον οικονομικό-επιχειρηματικό κίνδυνο στους ώμους των εργαζομένων³. Με τη ρήτρα ανάκλησης δεν επιτρέπεται να θίγεται ο πυρήνας της σύμβασης εργασίας, δηλ. οι θεμελιώδεις υποχρεώσεις από τη σύμβαση εργασίας. Ειδικότερα το κύρος των ρητρών ανάκλησης θα κρίνεται, μεταξύ άλλων, με βάση το ύψος της παροχής που περικόπτεται σε σύγκριση και με το ύψος των αποδοχών που απομένουν μετά την περικοπή. Κατά το BAG, όπως έχει ήδη αναφερθεί, είναι έγκυρη μία ρήτρα ανάκλησης αν η παροχή που περικόπτεται δεν υπερβαίνει το 25% των συνολικών απολαβών και βέβαια δεν παραβιάζονται τα κατώτατα όρια αποδοχών των ΣΣΕ⁴. Όσον αφορά τους αντικειμενικούς λόγους που δικαιολογούν τις ρήτρες ανάκλησης, το BAG δεν έθεσε αυστηρές προϋποθέσεις⁵. Σύμφωνα με το BAG αρκούν οικονομικές απώλειες της επιχείρησης ή άλλοι οικονομικοί λόγοι, όπως π.χ. ανεπαρκή κέρδη, πτώση εργασιών κ.ο.κ. Όσο μάλιστα περισσότερο επεμβαίνει η ρήτρα ανάκλησης στη συσχέτιση παροχής-αντιπαροχής (που υπάρχει στη σύμβαση εργασίας) τόσο σοβαρότεροι πρέπει να είναι οι αντικειμενικοί λόγοι που δικαιολογούν την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης.

Ο παραπάνω δικαστικός έλεγχος διεξάγεται σε δύο φάσεις⁶: Στην πρώτη φάση εξετάζεται το κύρος της ρήτρας ανάκλησης καθ' εαυτής, εξετάζεται δηλ. το

¹ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό, 2011, σελ. 686-687, **Γ. Λεβέντης**, Η μονομερής μεταβολή των όρων εργασίας, βλ. Το Εργατικό και το Αστικό Δίκαιο σε ανοικτό διάλογο, 17^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΔΕΚΑ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, σελ. 83 επ. (92 επ.).

²BAG 12.1.2005, NZA 2005, 465, 467

³ **Γ. Λεβέντης**, ό.π., σελ. 93

⁴ BAG 11.10.2006, NZA 2007, 87, BAG 12.1.2005, NZA 2005, 465, 467

⁵BAG 12.1.2005, NZA 2005, 465, 467

⁶ **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 389 επ.

περιεχόμενο της ρήτηρας (Inhaltskontrolle), τι ποσοστό των συνολικών αποδοχών αφορά, ποιες είναι οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες μπορεί να ασκείται το δικαίωμα ανάκλησης, το κατά πόσον η ρήτρα είναι σαφής και ανταποκρίνεται στο καθήκον διαφάνειας κ.ο.κ. Εφ' όσον η ρήτρα κριθεί έγκυρη από πλευράς περιεχομένου, τότε εξετάζεται πλέον σε δεύτερη φάση ο τρόπος άσκησης του δικαιώματος ανάκλησης στη συγκεκριμένη περίπτωση (Ausübungskontrolle), εξετάζεται δηλ. αν συντρέχουν πράγματι οι προϋποθέσεις για την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης, αν δηλ. το δικαίωμα ανάκλησης, λαμβάνοντας υπ' όψη τις συντρέχουσες συνθήκες στη συγκεκριμένη περίπτωση, ασκείται κατά δίκαιη κρίση¹.

Αναφορικά με τον δικαστικό έλεγχο της επιφύλαξης ελευθεριότητας (Freiwilligkeitsvorbehalt), με την οποία ο εργοδότης αποκλείει εκ των προτέρων τη νομική του δέσμευση, η γερμανική νομολογία διακρίνει, όπως ήδη αναφέραμε, αν η επιφύλαξη ελευθεριότητας αναφέρεται σε τρέχουσες ή σε έκτακτες αμοιβές. Ο αποκλεισμός κάθε νομικής δέσμευσης, που επιτυγχάνεται με την επιφύλαξη ελευθεριότητας, προσκρούει κατά το BAG² στον **σκοπό** της σύμβασης εργασίας, όταν η επιφύλαξη αφορά τρέχουσες (δηλ. επαναλαμβανόμενες) αμοιβές του μισθωτού, έστω και αν οι τρέχουσες αυτές αμοιβές δεν είναι ο βασικός μισθός αλλά ένα επί μέρους επίδομα, αφού και το επίδομα ανήκει στις τρέχουσες αμοιβές. Η επιφύλαξη ελευθεριότητας προσκρούει στον σκοπό της σύμβασης εργασίας όταν αφορά τρέχουσες αμοιβές, διότι -κατά το BAG³- εμποδίζει τη δημιουργία αξίωσης επί της τρέχουσας αμοιβής και με τον τρόπο αυτό εμποδίζει τη λειτουργία της ανταλλακτικής σχέσης μισθού και εργασίας, που είναι ο σκοπός της σύμβασης εργασίας. Αν εξαιρέσει λοιπόν κανείς τον χώρο των τρεχουσών αμοιβών, ο εργοδότης μπορεί, διατυπώνοντας επιφύλαξη ελευθεριότητας, να αποκλείσει τη δημιουργία αξίωσης επί μιας έκτακτης ή ειδικής αμοιβής. Και στην περίπτωση όμως αυτή η επιφύλαξη ελευθεριότητας πρέπει να είναι διατυπωμένη με σαφήνεια και όχι βέβαια ως γενική επιφύλαξη που αφορά κάθε παροχή. Δηλ. και η επιφύλαξη ελευθεριότητας πρέπει να ανταποκρίνεται στην επιταγή της διαφάνειας και δεν

¹ BAG 21.3.2012, NZA 2012, 616

² BAG 25.4.2007, NZA 2007, 853

³ BAG 21.3.2012, NZA 2012, 616

επιτρέπεται -όπως αναφέρθηκε- ο συνδυασμός επιφύλαξης ελευθεριότητας και επιφύλαξης ανάκλησης¹.

4. Ο δικαστικός έλεγχος του περιεχομένου των συμβάσεων εργασίας στο ελληνικό δίκαιο

Στη χώρα μας, παρόλο που ο νομοθέτης έχει λάβει μέτρα με τον Ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή ως ασθενέστερου συμβαλλομένου (εναρμονίζοντας συγχρόνως το ελληνικό δίκαιο στο κοινοτικό δίκαιο), δεν περιέλαβε ωστόσο στην προστασία αυτή και τον εργαζόμενο, ο οποίος βρίσκεται σε ασθενέστερη διαπραγματευτική θέση απέναντι στον ισχυρότερο διαπραγματευτικά εργοδότη και είναι υποχρεωμένος εξ αυτού του λόγου να αποδέχεται συχνά προδιατυπωμένους στην ατομική του σύμβαση γενικούς όρους εργασίας². Παρόλα αυτά, η αναγκαιότητα ενός ουσιαστικότερου δικαστικού ελέγχου των όρων της ατομικής σύμβασης εργασίας με βάση τις αρχές του δικαίου προστασίας του καταναλωτή έχει διαπιστωθεί στην ελληνική θεωρία³. Κατά την κρατούσα άποψη ο Ν. 2251/1994 δεν μπορεί να τύχει ευθείας εφαρμογής⁴ στο εργατικό δίκαιο, δεδομένου ότι στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του ανήκουν μόνο πρόσωπα τα οποία έχουν την ιδιότητα του καταναλωτή⁵, δηλ. «κάθε φυσικό πρόσωπο το οποίο ενεργεί για λόγους οι οποίοι

¹ BAG 14.9.2011, NZA 2012, 81, BAG 8.12.2011, NZA 2011, 628, **Preis/Sagan**, NZA 2012, 697

² **Δ. Ζερδελής**, Το δίκαιο της καταγγελίας της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, 2002, 714, **Γ. Λεβέντης**, Εισήγηση στο 17^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΔΕΚΑ, Το Εργατικό και το Αστικό Δίκαιο σε ανοικτό διάλογο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, σελ. 96 επ., **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη και Σύνταγμα σε Σύνταγμα και εργασιακές σχέσεις: εισηγήσεις-παρεμβάσεις και συζητήσεις στο 7^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΔΕΚΑ, 1987, σελ. 91

³ **Δ. Λαδάς**, Η εφαρμογή του Ν. 2251/1994 στις σχέσεις εργασίας, 2007, σελ. 78, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Η μετασυμβατική απαγόρευση του ανταγωνισμού στο εργατικό δίκαιο, 2005, σελ. 209-210, **Φ. Δωρής**, Η εξειδίκευση της καλής πίστης στο άρθρο 2 Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών και η σημασία της στο κοινό αστικό δίκαιο, ΝοΒ 2000, 759 επ.

⁴ Κατά τον **Δ. Λαδά**, οι προδιατυπωμένοι στη σύμβαση εργασίας γενικοί όροι εργασίας είναι δυνατόν να υπάγονται ευθέως στον έλεγχο του Ν. 2251/1994, βλ. **Δ. Λαδά**, Η εφαρμογή του Ν. 2251/1994 στις σχέσεις εργασίας, 2007, σελ. 75 επ.

⁵ **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 45, **ο ίδιος**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2015, σελ. 451

δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα» (άρθρο 1^α, αρ. 1 ΥΑ 5338/2018-Κωδικοποίηση Ν. 2251/1994)¹.

Ιδιαίτερα σημαντική είναι η διάταξη του άρθρου 2 § 2 εδ. α του Ν. 2251/1994 «Οι γενικοί όροι συμβάσεων και παρεπόμενων συμφωνιών που καταρτίζονται στην Ελλάδα διατυπώνονται γραπτώς στην ελληνική γλώσσα, κατά τρόπο σαφή, συγκεκριμένο και εύληπτο, ώστε ο καταναλωτής να μπορεί να αντιληφθεί πλήρως το νόημά τους και εκτυπώνονται με ευανάγνωστους χαρακτήρες σε εμφανές μέρος του εγγράφου της σύμβασης» (αρχή της διαφάνειας). Όσον αφορά την ερμηνεία των συμβατικών όρων, σημαντική είναι η διάταξη του άρθρου 2 § 4 Ν. 2251/1994 «Κατά την ερμηνεία των γενικών όρων συναλλαγών λαμβάνεται υπόψη η ανάγκη προστασίας των καταναλωτών. Γενικοί όροι συναλλαγών που διατυπώθηκαν μονομερώς από τον προμηθευτή ή από τρίτον για λογαριασμό του, σε περίπτωση αμφιβολίας ερμηνεύονται υπέρ του καταναλωτή». Επίσης ιδιαίτερης σημασίας για τον έλεγχο του περιεχομένου της σύμβασης είναι και οι διατάξεις του άρθρου 2 § 7 περ. ε και περ. ια Ν. 2251/1994 «Σε κάθε περίπτωση καταχρηστικοί είναι ιδίως οι όροι που [...] ε) επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο, ο οποίος να αναφέρεται στη σύμβαση, [...] ια) χωρίς σπουδαίο λόγο αφήνουν το τίμημα αόριστο και δεν επιτρέπουν τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή». Αυτό θα πρέπει να γίνει δεκτό και για τις συμβατικές ρήτρες στην ατομική σύμβαση εργασίας, με τις οποίες ο εργοδότης επιφυλάσσει για τον εαυτό του δικαίωμα μονομερούς προσδιορισμού της παροχής ή δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης της σύμβασης χωρίς την ύπαρξη αντικειμενικού λόγου.

Επομένως οι νομολογιακές θέσεις ως προς τον έλεγχο των Γ.Ο.Σ. μπορούν να εφαρμόζονται κατ' αναλογίαν και στον χώρο του εργατικού δικαίου και να οδηγούν σε έναν παρεμφερή δικαστικό έλεγχο των προδιατυπωμένων γενικών όρων εργασίας, οι οποίοι επιτρέπουν στον εργοδότη μονομερείς επεμβάσεις στη σύμβαση εργασίας. Κατ' αρχάς οι σχετικές ρήτρες θα πρέπει να πληρούν τις

¹ Βλ. επίσης **D. Ladas**, Der Arbeitnehmer als Verbraucher nach griechischem Recht, NZA-Beilage 2019, 52

απαιτήσεις που θέτει η αρχή της διαφάνειας (§ 307 εδ. 1 ΓερμΑΚ)¹. Η αρχή της διαφάνειας αποτελεί εξειδίκευση της αρχής της καλής πίστης. Σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, ο εργοδότης οφείλει να διατυπώνει τους συμβατικούς όρους κατά τρόπο σαφή και κατανοητό, ούτως ώστε ο εργαζόμενος να μπορεί ευχερώς να διαγνώσει το νόημα των εν λόγω όρων, να μπορεί να προβλέψει τις συνέπειες που απορρέουν από την αποδοχή των όρων αυτών και τέλος, να μπορεί να γνωρίζει τις προϋποθέσεις και την έκταση των μεταβολών που είναι δυνατόν να επέλθουν στην σύμβαση δυνάμει αυτών των όρων². Οι μεταβολές που επέρχονται στην σύμβαση εργασίας βάσει αυτών των συμβατικών ρητρών θεωρούνται συμφωνημένες και συνεπώς δεν συνιστούν μονομερή βλαπτική μεταβολή των συμβατικών όρων εργασίας³, αρκεί βέβαια να μην προσκρούουν σε απαγορευτική διάταξη και στο άρθρο 281 ΑΚ.

Οι λόγοι που δικαιολογούν τον μονομερή προσδιορισμό της παροχής, πρέπει ήδη να αναφέρονται στη ρήτρα που παρέχει το δικαίωμα αυτό, ώστε να εξασφαλίζεται στο άλλο συμβαλλόμενο μέρος η δυνατότητα υπολογισμού των ενδεχόμενων μεταβολών της παροχής. Συμβατικός όρος που παρέχει στον προμηθευτή ένα χωρίς περιορισμούς δικαίωμα μεταβολής της παροχής είναι καταχρηστικός και συνεπώς ανίσχυρος⁴. Ανάλογες θέσεις με τη γερμανική νομολογία υιοθετεί και η ελληνική⁵. Η αρχή της διαφάνειας, όπως αναφέρθηκε, απαιτεί η έκταση του παρεχόμενου από τη σύμβαση εργασίας στον εργοδότη δικαιώματος μονομερούς προσδιορισμού της παροχής να καθορίζεται κατά τρόπο όσο το δυνατόν πιο συγκεκριμένο⁶. Επίσης οι λόγοι που δικαιολογούν την τροποποίηση θα πρέπει να είναι συγκεκριμένοι και αντικειμενικοί. Γενικότερα ο έλεγχος των ρητρών μονομερούς προσδιορισμού της παροχής που συμφωνούνται

¹ **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 155, **U. Preis**, Μονομερής καθορισμός της παροχής στην εργασιακή σχέση, ΔΕΕ 2015, σελ. 319

² **Χρ. Τσιμπούκης**, Ρήτρες συμβατικής διευρύνσης του διευθυντικού δικαιώματος, ΕΕργΔ 2012, 17, βλ. επίσης BAG 14.9.2011-10 AZR 526/10 «Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird».

³ ΑΠ 1370/2010, ΕΕργΔ 2012, 28, ΑΠ 798/2007, ΕΕργΔ 2008, 1057

⁴ BGH 8.10.1997, NJW 1998, 454, BGH 17.2.2004, NJW 2004, 1588

⁵ Πρβλ. ΑΠ 1030/2001, ΔΕΕ 2001, σελ. 1125

⁶ ΑΠ 240/2003, ΕΛΛΔνη 2004, σελ. 447. Η αρχή της διαφάνειας επιτάσσει την ξεκάθαρη, διαφανή διαμόρφωση και κατάλληλη διατύπωση των συμβατικών όρων, ώστε να είναι ευανάγνωστοι, ορισμένοι και ξεκάθαροι. Βλ. και **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 389 επ.

στις ατομικές συμβάσεις εργασίας, όπως και ο έλεγχος αντίστοιχων ρητρών στις καταναλωτικές συμβάσεις, πρέπει να εξασφαλίζει την επαρκή προστασία του ασθενέστερου συμβαλλομένου από τον κίνδυνο ανατροπής ή διατάραξης της συμβατικής ισορροπίας και μετακύλισης συμβατικών κινδύνων εις βάρος του¹.

Η ελληνική νομολογία ωστόσο, διστάζει προς το παρόν, να υιοθετήσει τις ιδέες του Ν. 2251/1994 περί προστασίας των καταναλωτών, για τον έλεγχο του περιεχομένου των όρων της ατομικής σύμβασης εργασίας. Τον δισταγμό αυτό της νομολογίας, θα μπορούσε ίσως να δικαιολογήσει η σκέψη ότι στον χώρο του εργατικού δικαίου υπάρχει ένας μεγάλος αριθμός διατάξεων αναγκαστικού δικαίου, οι οποίες (διατάξεις) φροντίζουν για την προστασία του εργαζομένου από τον κίνδυνο καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας από την πλευρά του εργοδότη² ή ακόμη η σκέψη ότι τυχόν αμφισβήτηση από τη νομολογία του κύρους των παραπάνω συμβατικών ρητρών θα αποθάρρυνε πολλές επιχειρήσεις από τη χορήγηση πρόσθετων παροχών³.

Παρά ταύτα έχει γίνει αισθητή πλέον η ανάγκη να ασκείται και στη χώρα μας ένας δικαστικός έλεγχος επί των συμβατικών ρητρών που επιτρέπουν στον εργοδότη να μεταβάλλει μονομερώς και μάλιστα κατά την ελεύθερη κρίση του σημαντικούς όρους της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Δεν ανταποκρίνεται στο αίσθημα του δικαίου το να γίνεται άνευ ετέρου και χωρίς έλεγχο δεκτό ότι οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη δεν έχουν μισθολογικό χαρακτήρα και ότι δεν μετατρέπονται σε συμβατικές υποχρεώσεις, ανεξαρτήτως του μακροχρονίου, του αδιαλείπτου ή του γενικευμένου της καταβολής τους (ότι δηλ. δεν καθίστανται αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας), αν ο εργοδότης επιφύλαξε για τον εαυτό του το δικαίωμα να διακόπτει αυτές ελευθέρως και μονομερώς οποιεδήποτε⁴. Προδιατυπωμένες από τον εργοδότη ρήτρες ανάκλησης της παροχής ή ελευθεριότητας που του παρέχουν το δικαίωμα να καταργεί

¹ Ας σημειωθεί ότι κατά τον ίδιο τρόπο αντιμετωπίζονται και οι ρήτρες περί μηδενικών ωρών απασχόλησης, καθώς αποτελούν μια κατεξοχήν περίπτωση καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας. Υπό το πρίσμα αυτό, οι συμβάσεις μηδενικών ωρών απασχόλησης, οι οποίες εμπεριέχουν εγγενώς το στοιχείο της αοριστίας ως προς το ωράριο απασχόλησης του εργαζομένου, θα πρέπει να θεωρούνται απαγορευμένες, βλ. **Ι. Σκανδάλη**, Χρόνος Εργασίας, Η οριοθέτησή του στο σύγχρονο εργατικό δίκαιο, 2017, σελ. 55-56,

² **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 45

³ **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 691

⁴ ΑΠ 869/2018, ΔΕΝ 2018, 1364, ΑΠ 1237/2017, ΔΕΝ 2018, 1373, ΑΠ 1402/2017, ΔΕΝ 2018, 1375, ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, 1182

οποτεδήποτε σημαντικό τμήμα των αποδοχών που καταβάλλονται στον μισθωτό μονίμως κατά μήνα ή κατά μεγάλη περιοδικότητα δεν πρέπει να θεωρούνται έγκυρες. Διότι με την ανάκληση σημαντικού τμήματος από τις τρέχουσες αποδοχές του μισθωτού θίγεται ο πυρήνας της σύμβασης εργασίας, ανατρέπεται δηλ. ουσιαστικά η ανταλλακτική σχέση μισθού-εργασίας που συμφώνησαν οι συμβαλλόμενοι. Το κύρος των παραπάνω ρητρών είναι αμφίβολο ακόμη και όταν οι ρήτρες αυτές προβλέπουν αντικειμενικές προϋποθέσεις για την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης, διότι με τις ρήτρες αυτές μετακυλίεται ο επιχειρηματικός κίνδυνος στον εργαζόμενο και αίρεται κατ' ουσίαν η δεσμευτικότητα της σύμβασης εργασίας.

Αντιθέτως ρήτρες ανάκλησης συμβατικής παροχής που αφορούν ένα μικρό σχετικά ποσοστό από τις τρέχουσες συνολικές αποδοχές (π.χ. ένα επίδομα) ή αφορούν έκτακτες (π.χ. άπαξ καταβαλλόμενες) αμοιβές, εφ' όσον και αυτές εκπροσωπούν μικρό μέρος των ετησίων αποδοχών του μισθωτού, είναι έγκυρες (δηλ. θεωρείται ότι έχουν εγκύρως συμφωνηθεί) υπό την **προϋπόθεση** βέβαια ότι α) το δικαίωμα ανάκλησης επιτρέπεται να ασκείται μόνο με τη συνδρομή αντικειμενικών λόγων που συνδέονται με τις δυνατότητες ή ανάγκες της επιχείρησης, β) η ρήτρα ανάκλησης και οι προϋποθέσεις για την άσκησή της είναι σαφώς διατυπωμένες και κατανοητές (δηλ. η ρήτρα ανάκλησης ανταποκρίνεται στο καθήκον διαφάνειας). Τέλος, στον δικαστικό έλεγχο υποβάλλεται και ο τρόπος άσκησης του δικαιώματος ανάκλησης, το εάν δηλ. το δικαίωμα ανάκλησης ασκείται στη συγκεκριμένη περίπτωση κατά δίκαιη κρίση (371 επ. ΑΚ), αν δηλ. συντρέχουν οι αντικειμενικοί λόγοι για την άσκησή του.

Ας σημειωθεί ότι την ανάγκη ενός ουσιαστικότερου δικαστικού ελέγχου των ρητρών ανάκλησης/ελευθεριότητας αναγνωρίζει πλέον και η ελληνική νομολογία. Παγίως πρόσφατες αποφάσεις του ΑΠ, ενώ παραθέτουν -όπως αναφέραμε παραπάνω- ότι «οι οικειοθελείς παροχές δεν είναι δυνατόν να μετατραπούν σε συμβατικές υποχρεώσεις του εργοδότη (ανεξαρτήτως του μακροχρονίου, του αδιαλείπτου ή του γενικευμένου της καταβολής τους), αν ο εργοδότης επιφύλαξε για τον εαυτό του το δικαίωμα να διακόψει αυτές ελευθέρως και μονομερώς οποτεδήποτε», κατόπιν συμπληρώνουν ότι **«υπό την προϋπόθεση ότι η επιφύλαξη αυτή δεν έχει ατονήσει εκ των πραγμάτων, ως αντίθετη προς τη διαμορφωθείσα συνείδηση των μερών, ούτε**

διατυπώθηκε προς καταστράτηγηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων»¹. Η απάντηση όμως στο ερώτημα αν μία ρήτρα ανάκλησης οδηγεί στην καταστράτηγηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων προϋποθέτει ότι θα εξετάζεται ο όρος εργασίας, στον οποίο αναφέρεται η συγκεκριμένη ρήτρα ανάκλησης, αν δηλ. είναι ουσιώδης όρος ή μη και αν ανήκει στον πυρήνα της σύμβασης εργασίας· περαιτέρω θα εξετάζεται αν οι αντικειμενικοί λόγοι για τους οποίους επιτρέπεται η άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης είναι αυθαίρετοι, ή είναι εύλογοι και συνδέονται με τα καλώς νοούμενα συμφέροντα της επιχείρησης· θα πρέπει να εξετάζεται επίσης αν η ρήτρα ανάκλησης και οι προϋποθέσεις άσκησής της είναι σαφώς διατυπωμένες και κατανοητές από τον εργαζόμενο. Τέλος, θα πρέπει να εξετάζεται και το αν συντρέχουν πράγματι οι αντικειμενικοί αυτοί λόγοι για την άσκηση του δικαιώματος στη συγκεκριμένη περίπτωση. Συνεπώς, προκειμένου ο δικαστικός έλεγχος να είναι αποτελεσματικός, πρέπει να μην περιορίζεται στην προστασία που παρέχουν οι διατάξεις 178, 179 ΑΚ (έλεγχος περιεχομένου-προστασία των χρηστών ηθών), αλλά να είναι ευρύτερος και να ασκείται σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 371 και 372 (έλεγχος άσκησης) και τις επιταγές της καλής πίστης (281, 200, 288 ΑΚ-έλεγχος περιεχομένου και άσκησης). Οι επιταγές της καλής πίστης εξειδικεύονται και εμπλουτίζονται σήμερα και στον χώρο του εργατικού δικαίου με τις νομοθετικές και νομολογιακές λύσεις που δίνονται σε ανάλογες περιπτώσεις στο δίκαιο για την προστασία του καταναλωτή².

Σε ορισμένες περιπτώσεις το δικαίωμα ανάκλησης επιτρέπεται να ασκείται υπό πολύ αυστηρές προϋποθέσεις. Αυτό συμβαίνει π.χ. όταν η χρηματική παροχή του εργοδότη αποτελεί επιβράβευση (ανταμοιβή) του εργαζομένου για τη μακροχρόνια παραμονή του στην επιχείρηση και την πίστη που επέδειξε σε αυτή. Εφ' όσον ο εργαζόμενος εκπλήρωσε τη δική του υποχρέωση (παρέμεινε δηλ. στην επιχείρηση κατά τον χρόνο που είχε ορίσει ο εργοδότης) δεν είναι δυνατή πλέον η ανάκληση της παροχής, εκτός αν συντρέξουν εξαιρετικοί λόγοι αναγόμενοι στην οικονομική κατάσταση της επιχείρησης ή και στη συμπεριφορά του εργαζομένου (επίδειξη έλλειψης πίστης ή άλλης καταχρηστικής

¹ ΑΠ 869/2018, ΔΕΝ 2018, 1364, ΑΠ 1237/2017, ΔΕΝ 2018, 1373

² **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 692 επ., **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Δ' εκδ., 2019, σελ. 600 επ.

συμπεριφοράς). Πάντως και στην περίπτωση αυτή η άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης θα γίνεται κατά δίκαιη κρίση¹. Το ίδιο ισχύει και για χρηματικές παροχές του εργοδότη που αποτελούν ανταμοιβή του εργαζομένου για επίτευξη στόχων της επιχείρησης τους οποίους (στόχους) καθορίζει ο εργοδότης κατ' έτος ή περιοδικώς. Εφ' όσον ο εργαζόμενος πέτυχε τους στόχους, η ανάκληση της παροχής δεν είναι δυνατή². Η ρήτρα ανάκλησης, εκτός από σαφής και κατανοητή, πρέπει να είναι κατά το δυνατόν -όπως έχουμε ήδη αναφέρει- και ειδική, συγκεκριμένη³, να αναφέρεται δηλ. σε συγκεκριμένη παροχή. Η προδιατυπωμένη από τον εργοδότη γενική ρήτρα ανάκλησης που σκοπό έχει να καλύπτει και κάθε μελλοντική παροχή του εργοδότη είναι αμφίβολο αν ανταποκρίνεται στο καθήκον διαφάνειας. Επί πλέον κάθε νέα παροχή που χορηγεί ο εργοδότης αποτελεί μία ξεχωριστή δικαιοπρακτική δήλωση βούλησης, για την οποία ισχύουν οι όροι (ρήτρες) που τη συνοδεύουν και όχι οι όροι που έχουν συμφωνηθεί σε προηγούμενες συμβάσεις⁴.

Τέλος, η ακυρότητα μιας ρήτρας ανάκλησης ή ρήτρας ελευθεριότητας δεν συνεπάγεται ακυρότητα όλης της σύμβασης. Η επιβαλλόμενη από την προστασία του εργαζόμενου τελολογική συστολή του πεδίου εφαρμογής της ΑΚ 181 θα ισχύσει και εδώ⁵. Άκυρες είναι οι ρήτρες στο μέτρο που παρέχουν στον εργοδότη δικαίωμα μονομερούς μεταβολής, χωρίς να συντρέχει αντικειμενικός λόγος, π.χ. ανάκληση της παροχής κατά την ελεύθερη κρίση του εργοδότη.

Γ' ΚΕΦΑΛΑΙΟ

¹ Βλ. BAG 19.2.2008-3 AZR 61/06, BAG 8.5.1990, NZA 1990, 807, BAG 17.3.1987, NZA 1987, 855, **Löwisch**, NZA 1988, σελ. 642, **Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ. 2017, § 30, Nr. 1402 επ., σελ. 287 επ.

² Βλ. σχετικά BAG 18.1.2012, NZA 2012, 620 Rz 10 επ.

³ Βλ. σελ. 59.

⁴ Βλ. σελ. 59 επ.

⁵ **Δ. Ζερδελής**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 177. Η διάταξη της § 8 του άρθρου 2 Ν. 2251/1994 ορίζει «Ο προμηθευτής δεν μπορεί να επικαλεσθεί την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης, για τον λόγο ότι ένας ή περισσότεροι γενικοί όροι είναι άκυροι ως καταχρηστικοί». Η διάταξη αυτή καθιερώνει απόκλιση από τη γενική διάταξη της ΑΚ 181, η οποία (απόκλιση) μπορεί να ισχύσει και στο εργατικό δίκαιο. Βλ. και **Δ. Μωραΐτη**, Η μονομερής βλαπτική μεταβολή των συμβατικών όρων εργασίας, 2016, σελ. 80.

ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΚΑΙ ΚΑΤΑΡΓΗΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΗΣ ΣΥΝΗΘΕΙΑΣ

I. Μεταβολή-κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας στο πλαίσιο της κρατούσας συμβατικής θεωρίας

1. Συμφωνημένη τροποποίηση ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας

Το ζήτημα της μεταβολής και κατάργησης της πρακτικής, όπως ορθά έχει υποστηριχθεί¹, συνδέεται ευθέως με τη νομική της φύση. Εφ' όσον η πρακτική, σύμφωνα με την κρατούσα συμβατική θεωρία, καθίσταται περιεχόμενο των ατομικών συμβάσεων εργασίας, η μεταβολή ή η κατάργησή της μονομερώς από τον εργοδότη δεν είναι δυνατή (*pacta sunt servanda*, ΑΚ 361)². Η μεταβολή ή κατάργηση της πρακτικής πρέπει να γίνεται κατ' ανάγκην με νεότερη σύμβαση εργασίας τροποποιητική ή καταργητική της πρακτικής, αφού με την άσκηση της συμβατικής ελευθερίας επιτυγχάνεται η ίδρυση, τροποποίηση ή κατάργηση κάθε ενοχικής συμφωνίας. Μέσο όμως για τη μεταβολή των όρων της σύμβασης εργασίας είναι και η τροποποιητική καταγγελία, η οποία θα εξετασθεί ξεχωριστά στα επόμενα. Επομένως, η επιχειρησιακή συνήθεια δεν μπορεί να καταργηθεί με μία μονομερή δήλωση του εργοδότη, ότι δεν επιθυμεί πλέον να δεσμεύεται από αυτή, αφού με μία τέτοιου είδους μονομερή ενέργεια δεν μπορούν να καταργούνται γεγονημένες από τη σύμβαση εργασίας αξιώσεις των εργαζομένων³. Επίσης, όταν μια παροχή έχει καταστεί περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας, δεν μπορεί -χωρίς άλλο- να καταργείται από το γεγονός και μόνο ότι ο εργοδότης παύει να καταβάλλει την παροχή αυτή σε

¹ **Αλ. Καρακατσάνης**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, *Festschrift für Pan. J. Zepos*, τομ. II, 1973, σελ. 85

² ΕφΠπειρ 399/2011, ΔΕΝ 2012, σελ. 568, ΒΑΓ 18.3.2009, 10 ΑΖΡ 281/08, **R. Waltermann**, *RdA* 2006, 257, **Chr. Picker**, *Die betriebliche Übung*, 2011, σελ. 391

³ **U. Preis**, *Individualarbeitsrecht*, 5^η εκδ., 2017, § 18, Nr. 700, **Dr. K. Tappe/Dr. B. Koplin**, *Die 'negative betriebliche Übung'*, *Arbeits-/Sozialrecht*, DB Heft 42 vom 16.10.1998, σελ. 2114

κάποιους εργαζομένους, οι οποίοι συναινούν στην κατάργησή της, ενώ ένας εργαζόμενος σιωπά¹. Ως προς αυτόν τον εργαζόμενο που σιωπά η επιχειρησιακή συνήθεια εξακολουθεί να ισχύει και τυχόν μονομερής κατάργησή της από τον εργοδότη συνιστά μονομερή βλαπτική μεταβολή των όρων εργασίας² και παρέχει στον εργαζόμενο τις δυνατότητες που έχει όταν ο εργοδότης μεταβάλλει τους συμβατικούς όρους μονομερώς και βλαπτικά γι' αυτόν.

Δεδομένου λοιπόν ότι η δέσμευση του εργοδότη λόγω δημιουργίας επιχειρησιακής συνήθειας αποτελεί συνήθως μία δέσμευση **για αόριστο χρόνο**, απαιτείται ιδιαίτερη προσοχή κατά την ερμηνεία της δηλώσεως βουλήσεως των μερών από την οποία μπορεί να συνάγεται η τροποποίηση ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας. Οι προϋποθέσεις για τη στοιχειοθέτηση πρότασης προς κατάρτιση ή τροποποίηση σύμβασης είναι, κατά την ουσιαστική διάταξη της ΑΚ 185, ιδίως οι εξής: α) η πρόταση να είναι πλήρης και ορισμένη, δηλ. να περιέχει τα στοιχεία της σκοπούμενης συμβάσεως, ώστε να μπορεί να γίνει δεκτή από τον προς τον απευθύνεται με ένα απλό «ναι» και β) να περιέχει δικαιοπρακτική βούληση του προτείνοντος, δηλ. βούληση δικαιοπρακτικής αυτοδεσμεύσεώς του³. Ας σημειωθεί ότι όταν υπάρχει διάσταση των δηλώσεων βουλήσεως των μερών, επειδή ο αποδέκτης της δηλώσεως δεν αντιλαμβάνεται αυτήν όπως την εννοούσε ο προτείνων, τότε η δήλωση της βουλήσεως ισχύει με το περιεχόμενο εκείνο το οποίο με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (§157 γερμ. ΑΚ, ΑΚ 200) θα μπορούσε να αντιληφθεί ο μέσος συναλλασσόμενος, αν βρισκόταν στη θέση του δέκτη της δηλώσεως βουλήσεως⁴.

¹ BAG 28.5.2008-10 AZR 274/07 «denn der individualrechtlich erwachsener Anspruch eines einzelnen Arbeitnehmers kann nicht ohne weiteres dadurch untergehen, dass der Arbeitgeber gegenüber anderen Arbeitnehmern die Übung einstellt und der Arbeitnehmer dazu schweigt»

² ΕφΘεσσ 2235/2007, ΔΕΝ 2007, 1543, ΑΠ 1455/2003, ΔΕΝ 2005, 365, ΑΠ 974/1998, ΕΕργΔ 2000, 448, ΕφΑθην 947/1988, ΕΕργΔ 1989, σελ. 678, ΑΠ 836/1988, ΔΕΝ 1988, σελ. 1241, ΑΠ 200/1986, ΕλλΔνη 1986, σελ. 497, ΑΠ 1331/1984, ΔΕΝ 1986, 973, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 145/146, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 39 επ. Για την ερμηνεία της σιωπής του εργαζομένου βλ. σελ. 42 επ. και 136 επ.

³ Βλ. **Μ. Καράση** σε **Γεωργιάδη/Σταθόπουλου**, Αστικός Κώδικας, 2^η εκδ., 2016, τόμος Ι^β, άρθρο 185 περιθ. αριθμ. 4 επ., σελ. 722 επ.

⁴ **Dr. Franz-Jürgen Säcker**, NoB 1989, σελ. 225. Σε ακραίες μάλιστα περιπτώσεις είναι δυνατός ο καταλογισμός μιας δηλώσεως στον δηλούντα και αν ακόμα λείπει η βούληση δηλώσεως (**Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, σελ. 461 επ.). Τούτο ισχύει όμως υπό τον περιορισμό ότι τα περιστατικά που θεμελιώνουν την προστασία των συναλλασσομένων αποτελούν «γνήσιους σταθμιστικούς παράγοντες στο πλαίσιο της ισχύουσας έννομης τάξης» και όχι «απλώς αξιολογικά κριτήρια μη καλυπτόμενα από τον σκοπό της νομοθετικής ρυθμίσεως» (βλ. **Säcker**, NoB 1989, σελ. 231).

Οι αξιώσεις βάσει επιχειρησιακής συνήθειας, οι οποίες έχουν καταστεί περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας, μπορούν να μεταβληθούν ή καταργηθούν μόνο με αντίθετες συμφωνίες. Οι συμφωνίες αυτές μπορεί να είναι και σιωπηρές¹, όπως σιωπηρή μπορεί να είναι η συμφωνία και για τη δημιουργία της επιχειρησιακής συνήθειας (υπό τις προϋποθέσεις που έχουν ήδη αναφερθεί ανωτέρω). Αυτό είναι αυτονόητο εφ' όσον ισχύει η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361)². Κατά τη συμβατική θεωρία, η πρακτική καταργείται κατά τον ίδιο τρόπο που δημιουργήθηκε, δηλ. με τη συγκατάθεση των εργαζομένων. Πρόκειται δηλ. για μια συμφωνημένη τροποποίηση της ατομικής σύμβασης εργασίας³.

2. Ειδικότερα ο αυτοπεριορισμός του διευθυντικού δικαιώματος με επιχειρησιακή συνήθεια και η κατάργησή αυτής

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι το γεγονός ότι ο εργοδότης, στο πλαίσιο άσκησης του διευθυντικού του δικαιώματος, αναθέτει σε μια κατηγορία εργαζομένων σταθερά και για μεγάλο χρονικό διάστημα την εκτέλεση μιας συγκεκριμένης εργασίας, δεν σημαίνει ότι δημιουργήθηκε επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία αφαιρεί από τον εργοδότη το δικαίωμα να υποδείξει στους εργαζομένους, αντί της μέχρι τώρα εκτελούμενης, μια άλλη εργασία, όταν και αυτή ανήκει στην ειδικότητα για την οποία είχαν προσληφθεί. Επίσης ο εργοδότης διατηρεί το δικαίωμα να ανακαλέσει μια οδηγία που για αρκετό χρονικό διάστημα εφαρμόστηκε σταθερά και ομοιόμορφα⁴. Εξάλλου από μόνο το γεγονός ότι διατηρήθηκε για μεγάλο χρονικό διάστημα σε μια επιχείρηση το ίδιο ημερήσιο ωράριο εργασίας του εργαζομένου, ως κατόχου της θέσης, ή της κατηγορίας εργαζομένων, δεν είναι δυνατό να συναχθεί συμβατικός περιορισμός του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη⁵. Γενικότερα γίνεται δεκτό ότι η επί

¹ΑΠ 541/1997, ΕΕργΔ 1998, σελ. 685, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 60

² **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ. 2017, § 18, Nr. 700

³ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 39

⁴ **R. Richardi**, Die betriebliche Übung -ihre rechtliche Bedeutung- insbesondere ihr Verhältnis zur Betriebsvereinbarung, RdA 1960, σελ. 403, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 111, **G. Hueck/L. Fastrich**, AR-Blattei D, Betriebsübung I, 1982, DII

⁵ **Ι. Ληξουριώτης**, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2021, σελ. 613, **Χ. Γκούτος**, Χρονική θέση του ωραρίου, ΔΕΝ 2002, σελ. 719

μακρό χρόνο άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος κατά ορισμένο τρόπο δεν οδηγεί σε αυτοπεριορισμό του διευθυντικού δικαιώματος και σε αντίστοιχη σιωπηρή τροποποίηση της σύμβασης εργασίας, δηλ. στη δημιουργία σχετικής επιχειρησιακής συνήθειας. Προκειμένου να διαπιστωθεί τέτοια τροποποίηση της σύμβασης, δεν αρκεί η επί μακρό χρόνο άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος κατά ένα σταθερό τρόπο, αλλά απαιτείται επί πλέον να συντρέξουν και άλλα πρόσθετα στοιχεία από τα οποία να συνάγεται η σαφής βούληση του εργοδότη να τροποποιηθεί η σύμβαση εργασίας και να αυτοπεριορισθεί το διευθυντικό του δικαίωμα¹. Μάλιστα με ιδιαίτερη περίσκεψη και δυσκολία μπορεί να ερμηνευθεί ως αυτοπεριορισμός του διευθυντικού του δικαιώματος και ως αντίστοιχη σιωπηρή τροποποίηση της σύμβασης εργασίας **η αδράνεια**, δηλ. η παράλειψη του εργοδότη να ασκήσει το διευθυντικό του δικαίωμα². Αν γινόταν δεκτό κάτι τέτοιο, θα κατελύετο κατ' ουσίαν το διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη και θα περιοριζόταν υπέρμετρα η συνταγματικά κατοχυρωμένη επιχειρηματική και οικονομική του ελευθερία³.

Δεν αποκλείεται ωστόσο η άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, δηλ. η εξουσία του εργοδότη να εξειδικεύει και να μεταβάλλει τους όρους εργασίας, να περιορισθεί κατά τη διάρκεια της λειτουργίας της εργασιακής σχέσης βάσει μιας διαμορφωμένης πρακτικής. Αυτό συμβαίνει όταν, πέραν της άσκησης του διευθυντικού δικαιώματος κατά σταθερό τρόπο και επί μακρό χρόνο, συντρέχουν και άλλες **ειδικές συνθήκες**, οι οποίες, συνδυαζόμενες π.χ. με την παράλειψη άσκησης του διευθυντικού δικαιώματος (π.χ. με την παράλειψη ανάθεσης και άλλων εργασιών) δημιούργησαν στον εργαζόμενο, με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (173, 200 ΑΚ), την εύλογη πεποίθηση (δηλ. τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη) ότι η άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος αυτοπεριορίζεται για το μέλλον στην υπόδειξη μόνο των συγκεκριμένων εργασιών⁴. Σύμφωνα με το BAG⁵ η μη άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος για ένα μακρό χρονικό διάστημα δεν δημιουργεί κατά κανόνα μία κατάσταση

¹ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 65 επ., **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Γνμ. ΔΕΝ 2003, σελ. 1368, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 667-668

² **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Γνμ. ΔΕΝ 2003, σελ. 1368, 1369

³ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 123 επ.

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ. 2019, σελ. 668

⁵ BAG 17.8.2011, NJW 2012, 331 (Σκέψη 19)

εμπιστοσύνης στον εργαζόμενο ότι ο εργοδότης δεν θα κάνει πλέον χρήση του διευθυντικού δικαιώματος που του παρέχει η σύμβαση και ο νόμος. Μόνο εφ' όσον συντρέχουν, πέραν της μη άσκησης και ειδικές συνθήκες, με βάση τις οποίες ο εργαζόμενος δικαιολογημένα εμπιστεύεται ότι δεν θα του ανατεθούν άλλα καθήκοντα, μπορεί να καταλήξει κανείς στο συμπέρασμα ότι επήλθε σιωπηρά συμβατικός περιορισμός στην άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος. Αν όμως ο εργοδότης έχει επιφυλαχθεί του δικαιώματός του να ασκεί το διευθυντικό του δικαίωμα σε όλο του το εύρος (π.χ. να αναθέτει και άλλα καθήκοντα στον μισθωτό), τότε δεν μπορεί να συναχθεί, κατά καλή πίστη, από τη συμπεριφορά του εργοδότη ο συμβατικός αυτοπεριορισμός του διευθυντικού δικαιώματος¹. Ζητήματα που αποτελούν αντικείμενο της άσκησης του διευθυντικού δικαιώματος και τα οποία μπορεί να αποτελέσουν αντικείμενο πρακτικής με συνέπεια τον περιορισμό του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη, είναι μεταξύ άλλων: η ανάθεση κατωτέρων ή ανωτέρων ή διαφορετικών καθηκόντων, η τοποθέτηση του ωραρίου μέσα στο 24ωρο, το δικαίωμα μετάθεσης του εργαζομένου κ.ο.κ.². Εδώ είναι δυνατή η δημιουργία και ατομικής πρακτικής³, πρακτικής δηλαδή που αφορά έναν συγκεκριμένο εργαζόμενο. Η κρίση ότι η υποχρέωση του εργαζομένου για παροχή εργασίας περιορίζεται στα συγκεκριμένα καθήκοντα που του ανέθεσε ο εργοδότης και τα οποία εκτελεί ο εργαζόμενος για μεγάλο χρονικό διάστημα, θα εξαρτηθεί από τη **συνολική εκτίμηση** των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης. Μόνη πάντως η πάροδος ικανού χρόνου, όσο μεγάλος κι αν είναι αυτός, σύμφωνα με όσα λέχθηκαν παραπάνω, δεν αρκεί⁴. Την πάροδο ικανού χρόνου πρέπει να συνοδεύουν ιδιαίτερες συνθήκες, οι οποίες, σε συνδυασμό με τη μακροχρόνια άσκηση των καθηκόντων, δικαιολογημένα δημιούργησαν στον εργαζόμενο την εμπιστοσύνη ότι και στο μέλλον θα συνεχίσει να εκτελεί τα καθήκοντα αυτά.

Καθίσταται, επομένως, σαφές, ότι τα όρια του διευθυντικού δικαιώματος δεν μπορούν να προσδιορισθούν γενικά και αφηρημένα αλλά μόνο ενόψει

¹ **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 669. Δηλ. αν υπάρχει επιφύλαξη, ακόμη και αν συντρέχουν ειδικές συνθήκες, διατηρείται η άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος σε όλο του το εύρος.

² **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 119, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5η εκδ., 2017, § 26 Nr. 1099 επ., σελ. 230 επ.

³ Όπως υποστηρίζουν οι δεχόμενοι την ύπαρξη ατομικής πρακτικής.

⁴ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 119

συγκεκριμένης περίπτωσης και αυτά ποικίλλουν ανάλογα με το περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας. Πάντως, η μεταβολή των όρων εργασίας που μπορεί να επιχειρήσει ο εργοδότης βάσει του διευθυντικού δικαιώματος, είναι δυνατή σε περιορισμένη μόνο έκταση, γιατί το διευθυντικό δικαίωμα υπηρετεί απλώς τη συγκεκριμενοποίηση της υποχρέωσης παροχής εργασίας και περιορίζεται από την ίδια την ατομική σύμβαση εργασίας. Όροι εργασίας, οι οποίοι ρητά ή σιωπηρά έχουν συμφωνηθεί με τη σύμβαση εργασίας, δεν είναι δυνατόν να μεταβάλλονται μονομερώς από τον εργοδότη με την άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, αλλά προϋποθέτουν τη συναίνεση του εργαζομένου¹. Εύλογα εξ άλλου υποστηρίζεται στη θεωρία και γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι μπορεί να είναι και σιωπηρή η επιφύλαξη του εργοδότη να μεταβάλλει μονομερώς όρους εργασίας με την άσκηση του διευθυντικού του δικαιώματος. Η σιωπηρή αυτή επιφύλαξη μπορεί να συνάγεται και από τις περιστάσεις που συνοδεύουν την πρακτική, π.χ. από τις προϋποθέσεις (π.χ. τους στόχους) που θέτει κάθε φορά ο εργοδότης για τη χορήγηση της παροχής, συνάγεται το δικαίωμά του να μεταβάλλει το ύψος της παροχής². Ας σημειωθεί ότι η επιχειρησιακή συνήθεια μπορεί να αποτελεί και μέσο τροποποίησης της σύμβασης, εφ' όσον διαμορφώθηκε σε μεταγενέστερο χρόνο και το περιεχόμενό της έρχεται σε αντίθεση με όρο της σύμβασης, υπό την προϋπόθεση βεβαίως ότι μία τέτοια σιωπηρή τροποποιητική συμφωνία είναι επιτρεπτή από τον νόμο.

3. Δημιουργία αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας (αρνητικής πρακτικής)

¹ **Δ. Ζερδελής**, Το δίκαιο της καταγγελίας, 2002, σελ. 711

² **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 59 επ. Σύμφωνα με την ΑΠ 1212/2006 (ΔΕΝ 2006, 938) το γεγονός και μόνο της παροχής επί σειρά ετών της εργασίας σε συγκεκριμένο ωράριο ή βάρδια, δεν σημαίνει, χωρίς άλλο, ότι δημιουργήθηκε σιωπηρώς συμβατικός όρος για την απασχόληση του εργαζομένου μόνο στο ωράριο αυτό ή στη συγκεκριμένη βάρδια, ώστε η αλλαγή του ωραρίου ή της βάρδιας να συνιστά μονομερή βλαπτική μεταβολή. Όπως δέχθηκε η εν λόγω απόφαση, για να συμβεί αυτό απαιτείται να συντρέχουν και άλλα πραγματικά περιστατικά από τα οποία να συνάγεται σαφώς η βούληση του εργοδότη να διατηρήσει αμετάβλητο αυτό το ωράριο εργασίας ή αυτή τη βάρδια του εργαζομένου. Σημειωτέον ότι με την αρεοπαγίτικη αυτή απόφαση αναιρέθηκε απόφαση του Εφετείου για ελλειπείς αιτιολογίες, επειδή η εφετειακή απόφαση δεν παρέθετε περιστατικά από τα οποία να συνάγεται σαφώς η βούληση του εργοδότη, να διατηρήσει αμετάβλητη, στο πλαίσιο της συμβατικής του ελευθερίας, την τοποθέτηση του εργαζομένου στη συγκεκριμένη βάρδια. Βλ. επίσης ΕφΑθ 101/2007, ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 9597/1998, ΕλλΔνη 2000, 101.

Η επιχειρησιακή συνήθεια μπορεί να μεταβληθεί ή να καταργηθεί σιωπηρώς και από μια νέα αντίθετη επιχειρησιακή συνήθεια, όταν ο εργοδότης, για ικανό χρονικό διάστημα, συμπεριφέρεται αντίθετα προς τις δεσμεύσεις του από την υφιστάμενη επιχειρησιακή συνήθεια και οι εργαζόμενοι αποδέχονται χωρίς αντίρρηση τη συμπεριφορά αυτή¹. Όταν για παράδειγμα ο εργοδότης μειώνει το ύψος μιας παροχής που είναι αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας και οι μισθωτοί αποδέχονται τη μειωμένη παροχή χωρίς αντιρρήσεις, τότε υπάρχει σιωπηρή αποδοχή των μισθωτών, η οποία επαναλαμβανόμενη δημιουργεί νέα επιχειρησιακή συνήθεια. Συχνά ο εργοδότης, προκειμένου να καταδείξει την αναγκαιότητα μείωσης κάποιας παροχής, επικαλείται οικονομικές δυσχέρειες της επιχείρησης, οι οποίες μπορεί να έχουν ως συνέπεια το κλείσιμο της επιχείρησης ή τη μεταφορά της (Standortverlagerung). Στην περίπτωση αυτή, εάν ο εργοδότης μειώσει μονομερώς την παροχή, μπορεί να προκύψει κατάργηση της πρακτικής με τη δημιουργία νέας αντίθετης συμφωνίας ή και πρακτικής, εφ' όσον συμφωνούν όλοι οι εργαζόμενοι². Εάν αποδέχονται τη μεταβολή ορισμένοι μόνο εργαζόμενοι, τότε προκύπτει μεν νέα αντίθετη συμφωνία ως προς τους εργαζομένους εκείνους που αποδέχθηκαν τη μεταβολή. Ως προς την επιχειρησιακή όμως συνήθεια, αν δεν συμφωνήσει έστω και ένας μικρός σχετικά αριθμός εργαζομένων στην κατάργηση της πρακτικής, τότε δεν είναι δυνατή η δημιουργία νέας συλλογικής τάξης (δηλ. νέας πρακτικής)³. Είναι ευνόητο ότι το συλλογικό στοιχείο της επιχειρησιακής συνήθειας έχει άμεση σχέση με την έννοια της αντίθετης πρακτικής⁴.

α) Η δημιουργία αντίθετης πρακτικής στο γερμανικό δίκαιο

¹ ΕφΘεσ 2235/2007, ΔΕΝ 2007, 1543, ΕφΑθ 7987/2000, ΕΛΛΔνη 2001, 476

² ΕφΑθην 7987/2000, ΕΛΛΔνη 2001, σελ. 476, BAG 28.5.2008-10 AZR 274/07, **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 392, **W-D. Walker**, Die betriebliche Übung, JuS 2007, σελ. 7

³ Πρβλ. **W. Hromadka**, Die belastende Betriebsvereinbarung, DB 1985, 864 “stimmt aber auch hier nicht jeder Arbeitnehmer zu, so scheidet eine neue kollektive Ordnung”

⁴ **M. Bieder**, Die betriebliche Übung - individueller Gestaltungsfaktor oder kollektive Rechtsquelle des Arbeitsrechts?, ZFA 2016, σελ. 12-13

Το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό (BAG) με την από 26.3.1997 απόφασή του¹ ανέφερε για πρώτη φορά την έννοια της αντίθετης² πρακτικής. Η απόφαση αυτή είχε να αντιμετωπίσει την εξής περίπτωση: ο εργοδότης κατέβαλλε επί 17 έτη χωρίς επιφύλαξη επίδομα Χριστουγέννων, υψηλότερο από το προβλεπόμενο από τη ΣΣΕ. Μετά από 17 έτη ο εργοδότης συνόδευσε την καταβολή της παροχής αυτής με την εξής επιφύλαξη: «οι εργαζόμενοι λαμβάνουν την παροχή ως οικειοθελή και ανακλητή ανά πάσα στιγμή, για την καταβολή της οποίας στο μέλλον δεν υφίσταται αξίωση». Ακολούθησαν άλλα 14 έτη κατά τα οποία ο εργοδότης κατέβαλλε την εν λόγω παροχή, συνοδευόμενη όμως με την παραπάνω επιφύλαξη. Τελικώς ο εργοδότης μετά από τα 14 αυτά έτη, επικαλούμενος την παραπάνω επιφύλαξη, περιορίσε το ύψος του επιδόματος Χριστουγέννων στο ύψος που όριζε η ΣΣΕ. Το BAG έκρινε ότι η αρχική επιχειρησιακή συνήθεια είχε καταργηθεί από τη νεότερη αρνητική επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία προέκυψε από την αδιαμαρτύρητη αποδοχή εκ μέρους των εργαζομένων της παροχής, παρόλο που η παροχή αυτή συνοδευόταν πλέον από επιφύλαξη³. Σύμφωνα με το BAG η επί περισσότερα έτη (συγκεκριμένα περισσότερα από τρία έτη) σιωπή των εργαζομένων αποτέλεσε δήλωση βούλησης, δηλ. αποδοχή της πρότασης του εργοδότη για τη δημιουργία αρνητικής πρακτικής⁴.

Η δογματική κατασκευή της έννοιας της αντίθετης πρακτικής αμφισβητείτο ανέκαθεν στη γερμανική θεωρία και νομολογία. Η απόφαση της 26^{ης}.3.1997 του BAG δέχθηκε έντονη κριτική από τη θεωρία⁵. Κατά τους επικριτές της, η εν λόγω απόφαση διευκολύνει τον εργοδότη να καταργήσει μονομερώς την επιχειρησιακή συνήθεια, ενώ δογματικά, σύμφωνα με τη συμβατική θεωρία, δεν έχει τέτοιο δικαίωμα⁶. Διαφορετικά, κάθε εργοδότης που θα παραβίαζε τις συμβατικές του υποχρεώσεις θα εξασφάλιζε, σε περίπτωση μη αντίδρασης των εργαζομένων, την

¹BAG 26.3.1997, 10 AZR 612/96, AP Nr. 50 § 242 BGB betriebliche Übung, NZA 10/1998, σελ. 510-511

² Η «αντίθετη» πρακτική στη γερμανική θεωρία και νομολογία συναντάνται με τον όρο «gegenläufige Übung» ή «negative Übung» ή πιο σπάνια «umgekehrte Übung».

³ Βλ. και **Γ. Λεβέντη/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 24

⁴ **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 334-335

⁵ **U. Preis**, Arbeitsrecht, 5^η έκδοση, 2017, σελ. 155-156, **M. Henssler** FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, σελ. 683, 704, **R. Waltermann**, RdA 2006, σελ. 257, 268, **K. Beppler**, RdA 2004, σελ. 226, 238 επ., **P. Speiger**, NZA 1998, σελ. 510, βλ. και σχόλιο του **Jens Peglau** στην παραπάνω απόφαση, AuA 9/98, σελ. 323, 324

⁶ **U. Preis**, Arbeitsrecht, 5^η έκδοση, 2017, σελ. 156

οριστική απαλλαγή του απ' αυτές. Δηλ. δεν μπορεί να εξηγηθεί, κατά τη συμβατική θεωρία, για ποιο λόγο η αδιαμαρτύρητη αποδοχή μιας δυσμενέστερης (σε σύγκριση με πριν) παροχής από τον εργαζόμενο αποτελεί - κατά τα συναλλακτικά ήθη- σιωπηρή αποδοχή της πρότασης του εργοδότη. Για τον λόγο αυτό μέρος της γερμανικής θεωρίας¹ χαρακτηρίζει την ερμηνεία της σιωπής του εργαζομένου ως αποδοχή της πρότασης του εργοδότη ως πλάσμα, ως επινόημα («bloße Fiktion»). Αυτό ισχύει ιδίως στην περίπτωση κατά την οποία ο εργοδότης χορηγεί αρχικά μία παροχή χωρίς επιφύλαξη, οπότε διαμορφώνεται σχετική επιχειρησιακή συνήθεια, κατόπιν όμως συνοδεύει την καταβολή της ίδιας παροχής με επιφύλαξη ελευθεριότητας ή ανάκλησης και οι εργαζόμενοι δεν αντιδρούν. Στην περίπτωση αυτή η μη αντίδραση (δηλ. η σιωπή) των εργαζομένων στην προσθήκη της επιφύλαξης δεν μπορεί να ερμηνεύεται ως αποδοχή της. Διότι όταν ο εργοδότης συνεχίζει να καταβάλλει την παροχή στον εργαζόμενο, έστω και με επιφύλαξη, ο εργαζόμενος δεν τη συνειδητοποιεί, αλλά θεωρεί ότι η επιφύλαξη δεν τον θίγει άμεσα². Επί πλέον υποστηρίζεται ότι τελικά ο εργοδότης συμπεριφέρεται αντισυμβατικά διακόπτοντας μονομερώς εκ των υστέρων την καταβολή της παροχής, διότι αρνείται κατ' ουσίαν την ύπαρξη δεσμευτικής γι' αυτόν συμφωνίας. Επομένως, η σιωπή του εργαζομένου στην αντισυμβατική αυτή συμπεριφορά του εργοδότη δεν μπορεί να αξιολογείται ως μία άξια εμπιστοσύνης αποδοχή³.

Ακολούθησε η απόφαση BAG 4.5.1999⁴, η οποία δέχθηκε μεν τη δημιουργία νέας αντίθετης πρακτικής, έθεσε όμως πιο αυστηρές προϋποθέσεις για τη δημιουργία της. Κατά την απόφαση αυτή, ο εργοδότης θα πρέπει όχι μόνο να καταστήσει σαφές ότι η καταβολή της παροχής συνοδεύεται πλέον από επιφύλαξη ελευθεριότητας, αλλά πολύ περισσότερο θα πρέπει να καταστήσει σαφές και πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η μέχρι τώρα πρακτική, βάσει της οποίας οι εργαζόμενοι ελάμβαναν μια παροχή και είχαν αξίωση να λαμβάνουν και στο μέλλον, καταργείται και δεν θα έχουν πια καμία αξίωση για το μέλλον. Πρέπει,

¹ **G. Kettler**, Das BAG und die ‚umgekehrte‘ betriebliche Übung-Wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt-, NJW 1998, σελ. 435, **P. Speiger**, Die Reduzierung von Gratifikationsleistungen durch betriebliche Übung, NZA 1998, σελ. 510

² Βλ. προηγούμενες υποσημειώσεις.

³ **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, § 18 Nr. 704, σελ. 156

⁴ 10 AZR 290/98

επομένως, η επιφύλαξη -κατά το BAG- να είναι τόσο σαφής, ώστε να αντιλαμβάνεται ο μισθωτός ότι πρέπει να μην αδρανήσει, αν θέλει να διαφυλάξει την αξίωσή του για καταβολή της παροχής και στο μέλλον¹.

Στη συνέχεια η απόφαση BAG 24.11.2004² έκρινε ότι η δυνατότητα δημιουργίας αντίθετης πρακτικής έχει εφαρμογή μόνο σε ορισμένες περιπτώσεις, στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες η αξίωση έχει δημιουργηθεί με επιχειρησιακή συνήθεια· αντιθέτως η δημιουργία αντίθετης πρακτικής δεν είναι δυνατή στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες η αξίωση έχει προκύψει από άλλη πηγή, π.χ. από ρητή συμβατική δέσμευση³, όπως π.χ. από συμβατική παραπομπή σε ΣΣΕ. Επίσης και κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης η κατασκευή της εκ των υστέρων διατύπωσης επιφύλαξης για τη δημιουργία νέας αντίθετης πρακτικής δεν φαίνεται να πείθει. Οι συγγραφείς που υποστηρίζουν τη θεωρία της εμπιστοσύνης αντιμετωπίζουν μεγαλύτερες δυσκολίες ως προς τη θεμελίωση νεότερης δυσμενέστερης πρακτικής, διότι καταφεύγουν στον θεσμό της αποδυνάμωσης ή αναζητούν συχνά την εξήγηση στη δικαιοπρακτική βούληση των μερών, δηλ. καταφεύγουν πάλι στη συμβατική θεωρία⁴. Ωστόσο κατά τον Maties⁵ μόνο η θεωρία της εμπιστοσύνης μπορεί να εξηγήσει πειστικά την κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας μέσω αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας. Διότι -κατά τον Maties- ο εργοδότης μπορεί ευχερώς να καταργήσει το υπάρχον πραγματικό εμπιστοσύνης των εργαζομένων, αν διατυπώσει ρητά στους εργαζομένους ότι δεν θέλει πλέον να καταβάλλει την παροχή στο μέλλον. Με τον τρόπο αυτό εμποδίζει (ο εργοδότης) τη συνέχιση της εμπιστοσύνης των εργαζομένων. Σε αντίθεση με την προηγούμενη νομολογία του BAG, σύμφωνα με την οποία ο εργοδότης μπορούσε να καταργήσει την επιχειρησιακή συνήθεια με μια νέα αντίθετη συμπεριφορά χωρίς συγχρόνως να επικαλείται κάποιο αντικειμενικό λόγο (grundlos), οι οπαδοί της θεωρίας της εμπιστοσύνης υποστηρίζουν ότι πρέπει να υπάρχει ένας αντικειμενικός/ουσιαστικός λόγος. Αν δηλ. ο εργοδότης έχει έναν αντικειμενικό λόγο (sachlicher Grund), μπορεί να παύσει να καταβάλλει την παροχή και

¹Βλ. και **Γ. Λεβέντη/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 25

² 10 AZR 202/04, NZA 2004, 349

³ **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 336

⁴ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 60, 61, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, § 18, Nr. 704

⁵ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 158 επ.

συνεπώς να καταργήσει την επιχειρησιακή συνήθεια, χωρίς αυτό να συνιστά παραβίαση της αρχής του *venire contra factum proprium*¹.

β) Η εξέλιξη της νομολογίας του BAG μετά τη μεταρρύθμιση του ενοχικού δικαίου

Τέλος, με την απόφαση BAG 18.3.2009² το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό εγκατέλειψε τη μέχρι τότε θέση του για τη δημιουργία αντίθετης ή αρνητικής πρακτικής. Συγκεκριμένα το BAG αρνήθηκε τη δημιουργία νέας αντίθετης πρακτικής, παρά το γεγονός ότι οι εργαζόμενοι αποδέχθηκαν αδιαμαρτύρητα επί τρία έτη την παροχή, η καταβολή της οποίας παροχής συνοδευόταν πλέον από επιφύλαξη. Στη συγκεκριμένη περίπτωση είχε διαμορφωθεί επιχειρησιακή συνήθεια, βάσει της οποίας ο εργοδότης χορηγούσε χωρίς επιφύλαξη χρηματική παροχή εξ αφορμής των Χριστουγέννων. Ο εργοδότης, θέλοντας να καταργήσει την επιχειρησιακή αυτή συνήθεια, **προσέθεσε** κατά τη χορήγηση της παροχής την **επιφύλαξη** ότι «η καταβολή της χριστουγεννιάτικης χρηματικής παροχής είναι οικειοθελής και δεν θεμελιώνει αξίωση για χορήγηση της παροχής». Οι εργαζόμενοι επί τρία (3) συνεχόμενα έτη αποδέχονταν αδιαμαρτύρητα την καταβολή της παροχής με την παραπάνω επιφύλαξη. Κατόπιν αυτού ο εργοδότης προέβαλε τον ισχυρισμό ότι «έστω και αν είχε προκύψει από επιχειρησιακή συνήθεια υποχρέωση καταβολής της παροχής, η υποχρέωση αυτή σε κάθε περίπτωση καταργήθηκε με τη δημιουργία μιας αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας». Σύμφωνα με την από 18.3.2009 απόφαση του BAG, εφ' όσον η επιχειρησιακή συνήθεια καθίσταται περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας, έχει την ίδια νομική αξία με οποιοδήποτε όρο της σύμβασης³ και μπορεί να τροποποιηθεί ή καταργηθεί μόνο με τον ίδιο τρόπο που τροποποιούνται ή καταργούνται οι όροι της σύμβασης, δηλ. με συμφωνία των μερών ή με τροποποιητική καταγγελία. Επίσης σύμφωνα με την ίδια απόφαση, η σιωπή του εργαζομένου σε μία ευνοϊκή πρόταση του εργοδότη δεν πρέπει να ερμηνεύεται κατά τον ίδιο τρόπο που ερμηνεύεται η σιωπή του σε μια δυσμενή

¹ **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 339

² 10 AZR 281/08

³ «Der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch ist kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit», βλ. και **M. Henssler**, FS für 50 Jahre BAG, 2004, σελ. 683, 706, Erfk/**Preis**, § 611 Rn 225.

πρόταση του εργοδότη. Κατά το BAG -συνεχίζει η από 18.3.2009 απόφαση του BAG-, για να αξιολογηθεί η σιωπή ως συναίνεση, θα πρέπει η πρόταση του εργοδότη **να επιδρά άμεσα** στην εργασιακή σχέση, να έχει δηλ. άμεσες επιπτώσεις στους εργαζομένους και οι εργαζόμενοι να συνεχίζουν αδιαμαρτύρητα να εργάζονται, ενώ εύλογα θα ανέμενε κανείς -λαμβάνομένων υπ' όψη των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης- ότι θα εναντιωθούν στην πρόταση (§§133, 157 ΓερμΑΚ). Έτσι, η παθητική στάση των εργαζομένων, η μη εναντίωσή τους σε μια βλαπτική γι' αυτούς ενέργεια του εργοδότη, δεν μπορεί από μόνη της να ερμηνευθεί ως αποδοχή της μεταβολής ή ως κατάργηση συμβατικών υποχρεώσεων του εργοδότη¹. Η σιωπή των εργαζομένων θα μπορούσε να ερμηνευθεί ως αποδοχή, ως συναίνεση, σε περίπτωση που ο εργοδότης δεν προβαίνει απλώς στη διατύπωση επιφύλαξης, αλλά διακόπτει την παροχή ή την καταβάλλει μειωμένη². Αντιθέτως, όταν ο εργοδότης διατυπώνει την επιφύλαξη ελευθεριότητας στον λογαριασμό μισθοδοσίας του εργαζομένου, αλλά συνεχίζει συγχρόνως να καταβάλλει την παροχή, ο εργαζόμενος δεν μπορεί να διακρίνει τις επιπτώσεις αυτής της επιφύλαξης³.

Η νέα παραπάνω αντιμετώπιση από το BAG της αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας βασίζεται κατά κύριο λόγο στην εφαρμογή του δικαίου των γενικών όρων των συναλλαγών και του δικαίου του καταναλωτή στις συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας.

Το 2002, όπως αναφέραμε στα προηγούμενα, έλαβε χώρα στο γερμανικό δίκαιο μία σημαντική μεταρρύθμιση του ενοχικού δικαίου, η οποία έθεσε επί νέων βάσεων τον δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου των συμβάσεων. Η μεταρρύθμιση αυτή συνίσταται στο ότι οι διατάξεις του νόμου για τους γενικούς όρους των συναλλαγών (AGB-Gesetz) μαζί με άλλες διατάξεις που αποβλέπουν στην προστασία των καταναλωτών **ενσωματώθηκαν** στον ΓερμΑΚ (§§ 305-310 BGB). Σύμφωνα με την § 310 Abs. 4 BGB οι διατάξεις των §§ 305-310 BGB δεν εφαρμόζονται επί των ΣΣΕ και επί των Κανονισμών Εργασίας (Betriebsvereinbarungen), εφαρμόζονται όμως επί των ατομικών συμβάσεων

¹Βλ. και ΑΠ 170/1991, ΔΕΝ 1991, σελ. 999, ΕφΑθην 2420/1991, ΕλλΔνη 1993, σελ. 94

² BAG 25.11.2009, 10 AZR 1031/08, BAG 18.3.2009, 10 AZR 281/08, ΑΠ 753/1987, ΕΕργΔ 1988, 357, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 60

³ BAG 18.3.2009, 10 AZR 281/08

εργασίας. Κατά την εφαρμογή αυτή επί των ατομικών συμβάσεων εργασίας πρέπει να λαμβάνονται υπ' όψη οι ιδιορρυθμίες που ισχύουν στο εργατικό δίκαιο.

Με βάση τις προηγούμενες διατάξεις του ΓερμΑΚ, οι συμβάσεις εργασίας, εφ' όσον περιέχουν **γενικούς όρους εργασίας** προδιατυπωμένους από τον εργοδότη (οι οποίοι δεν υπήρξαν αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης), υποβάλλονται σε δικαστικό έλεγχο όμοιο με εκείνο στον οποίο υποβάλλονται οι ενοχικές συμβάσεις που περιέχουν γενικούς όρους των συναλλαγών¹. Ο δικαστικός έλεγχος των συμβάσεων που περιέχουν γενικούς όρους των συναλλαγών επιβάλλεται, ως γνωστόν, για την προστασία του ασθενέστερου συμβαλλομένου. Γενικοί όροι των συναλλαγών είναι όροι συμβάσεως οι οποίοι έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για μελλοντικές συμβάσεις². Σύμφωνα με το άρθρ. 2 § 1 του Ν. 2251/1994, οι γενικοί όροι των συναλλαγών **«δεν δεσμεύουν τον καταναλωτή**, εάν κατά την κατάρτιση της σύμβασης (ο καταναλωτής) τους αγνοούσε ανυπαίτως, όπως, ιδίως, όταν ο προμηθευτής δεν του υπέδειξε την ύπαρξή τους ή του στέρησε τη δυνατότητα να λάβει πραγματική γνώση του περιεχομένου τους». Χαρακτηριστικό των γενικών όρων των συναλλαγών είναι ότι διατυπώνονται από τον προμηθευτή εκ των προτέρων για μελλοντικές και απροσδιόριστου αριθμού συμβάσεις. Δηλ. οι γενικοί όροι των συναλλαγών δεν έχουν αποτελέσει κατά κανόνα αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης, γεγονός που εγκυμονεί κινδύνους για τον ασθενέστερο συμβαλλόμενο (τον καταναλωτή)³. Για τον λόγο αυτό το άρθρο 2 § 6 του Ν. 2251/1994 προβλέπει ότι «γενικοί όροι συναλλαγών που έχουν ως αποτέλεσμα τη σημαντική διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων εις βάρος του καταναλωτή απαγορεύονται και είναι άκυροι». Όταν, αντιθέτως, οι γενικοί όροι έχουν αποτελέσει αντικείμενο διαπραγμάτευσης, ιδίως αντικείμενο συλλογικής διαπραγμάτευσης μεταξύ ισοδύναμων κατά τεκμήριο συμβαλλομένων, τότε δεν υφίσταται η ανάγκη της ειδικής προστασίας, την οποία απολαμβάνουν οι καταναλωτές. Ορθά, επομένως, ο ΓερμΑΚ (§ 310 Abs. 4 BGB) **εξαίρεσε** από την

¹ Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 686 επ.

² Βλ. άρθρ. 2 § 1 του Ν. 2251/1994 «για την προστασία του καταναλωτή» (όπως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4512/2018), ο οποίος ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο την κοινοτική Οδηγία 93/13.

³ Βλ. σχετικά **Δέλλιο**, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα ιδιωτικού δικαίου ΙΙ, σελ. 18 επ., **Φ. Δωρή**, ΝοΒ 2000, 744

εφαρμογή των διατάξεων για την προστασία των καταναλωτών τις ΣΣΕ και τους κανονισμούς εργασίας, οι οποίοι καταρτίζονται μετά από συλλογικές διαπραγματεύσεις μεταξύ ισοδύναμων κατά τεκμήριο κοινωνικών εταίρων.

Μετά λοιπόν την παραπάνω νομοθετική μεταρρύθμιση η γερμανική θεωρία και νομολογία αντιμετωπίζει τη δημιουργία της αρνητικής επιχειρησιακής συνήθειας βάσει των διατάξεων των §§ 305-310 BGB. Σημείο αφετηρίας της νομολογίας¹ παραμένει βέβαια η **συμβατική αντίληψη** για τη δημιουργία της πρακτικής. Δηλ. η χορήγηση της χρηματικής παροχής από τον εργοδότη θεωρείται ως μία σιωπηρή πρόταση προς σύναψη μιας τροποποιητικής σύμβασης εργασίας, την οποία ο εργαζόμενος αποδέχεται σιωπηρά με το να συνεχίζει την παροχή της εργασίας του, χωρίς να είναι ανάγκη -σύμφωνα με την § 151 BGB²- να περιέλθει η σιωπηρή αυτή αποδοχή του εργαζομένου στον εργοδότη. Αν ο εργοδότης δηλώσει κατά τρόπο σαφή στον εργαζόμενο ότι η μέχρι τώρα επιχειρησιακή συνήθεια να καταβάλλεται η παροχή αυτή χωρίς επιφύλαξη πρόκειται να καταργηθεί και να αντικατασταθεί με μία άλλη παροχή η οποία θα συνοδεύεται από επιφύλαξη, συνεπώς ο εργαζόμενος δεν θα έχει πλέον αξίωση καταβολής της παροχής αυτής στο μέλλον, η σιωπηρή (χωρίς διατύπωση αντίρρησης) αποδοχή της παροχής αυτής από τον εργαζόμενο επί τρεις φορές δεν μπορεί -κατά το BAG³- να οδηγήσει στην απώλεια της αξίωσης μετά την έναρξη ισχύος (από 1.1.2002) του νόμου για τον εκσυγχρονισμό του ενοχικού δικαίου. Και τούτο διότι η νέα διάταξη της § 308 Nr. 5 BGB θέτει αυστηρές προϋποθέσεις για τη χρήση πλασματικών δηλώσεων βουλήσεως (*fingierte Erklärungen*). Πράγματι η § 308 Nr. 5 BGB δεν απαγορεύει μεν γενικώς στους συμβαλλομένους να συμφωνούν ότι η σιωπή του ενός μέρους στην πρόταση του άλλου συμβαλλομένου μέρους θα αναγνωρίζεται ως αποδοχή· ωστόσο η διάταξη της § 308 Nr. 5 BGB απαγορεύει συμφωνίες για τέτοιες πλασματικές δηλώσεις βουλήσεως όταν η επαπειλούμενη συνέπεια της πλασματικής δήλωσης βουλήσεως δεν είναι επαρκώς γνωστή στον αποδέκτη της πρότασης (δηλ. στον

¹ Βλ. BAG 18.3.2009, 10 AZR 281/08, DB 2009, 1186

² Βλ. αντίστοιχο άρθρο 193 Ελλ. ΑΚ

³ Βλ. BAG 18.3.2009, 10 AZR 281/08, DB 2009, 1186

καταναλωτή ή στον εργαζόμενο) και συγχρόνως δεν παραχωρείται σε αυτόν μία εύλογη προθεσμία για να προβεί σε ρητή δήλωση βουλήσεως¹.

Σύμφωνα λοιπόν με την από 18.3.2009 απόφαση του BAG, **η δήλωση του εργοδότη προς τους εργαζομένους του** ότι η μέχρι τώρα επιχειρησιακή συνήθεια, να καταβάλλεται μία χρηματική παροχή χωρίς επιφύλαξη, θα τερματιστεί και θα αντικατασταθεί με μία παροχή, για την οποία όμως δεν θα υφίσταται αξίωση καταβολής της στο μέλλον και **ότι** η δήλωση αυτή συνιστά πρόταση για τη σύναψη τροποποιητικής σύμβασης, η παραπάνω συνολική δήλωση του εργοδότη αποτελεί -κατά το BAG- **ένα γενικό όρο των συναλλαγών** (σύμφωνα με την § 305 Abs.1 BGB), διότι περιέχει ένα προδιατυπωμένο όρο τον οποίο απευθύνει ο εργοδότης στους εργαζομένους του για τη σύναψη πολλών συμβάσεων. Κατά το BAG η **σιωπηρή αποδοχή** της παραπάνω εργοδοτικής πρότασης, η οποία συνάγεται από το γεγονός ότι οι εργαζόμενοι αποδέχτηκαν αδιαμαρτύρητα επί τρία έτη την χριστουγεννιάτικη αυτή χρηματική παροχή, δεν συμβιβάζεται με την απαγόρευση των πλασματικών δηλώσεων βουλήσεως που περιέχει η § 308 Nr. 5 BGB. Και δεν συμβιβάζεται διότι δεν τηρήθηκαν -κατά το BAG- οι προϋποθέσεις που θέτει η § 308 Nr. 5 BGB για την ισχύ των πλασματικών δηλώσεων βουλήσεως. Διότι αφ' ενός δεν είχε συμφωνηθεί ότι η σιωπή του εργαζομένου (δηλ. η αδιαμαρτύρητη αποδοχή της παροχής) θα ισχύει ως αποδοχή και αφ' ετέρου διότι δεν είχε συμφωνηθεί και δεν είχε αναλάβει ο εργοδότης την υποχρέωση ότι κατά την έναρξη της προθεσμίας θα ενημερώσει ειδικώς τον εργαζόμενο για τη σημασία της αδιαμαρτύρητης αποδοχής του της παροχής. Επί πλέον δεν είχε λάβει χώρα αυτή η ειδική ενημέρωση του εργαζομένου. Τέλος, το BAG υπενθυμίζει την παλαιότερη από 4.5.1999² απόφασή του, σύμφωνα με την οποία αν ο εργοδότης θέλει να καταργηθεί μία επιχειρησιακή συνήθεια που προβλέπει τη χορήγηση μιας χρηματικής παροχής χωρίς επιφύλαξη, δεν θα πρέπει να αρκестθεί στην

¹ Σύμφωνα με την § 308 BGB «Στους γενικούς όρους των συναλλαγών **είναι ανίσχυρος** ιδίως: Nr. 5 (πλασματικές δηλώσεις βουλήσεως) ο όρος ότι η επιχείρηση ή η παράλειψη μιας συμπεριφοράς από τον αντισυμβαλλόμενο θα ισχύει ως συντελεσθείσα ή μη συντελεσθείσα δήλωση βουλήσεώς του, **εκτός αν** α) στον αντισυμβαλλόμενο αυτό έχει παραχωρηθεί μία εύλογη προθεσμία για να προβεί σε ρητή δήλωση βουλήσεως και β) ο χρήστης του γενικού αυτού όρου (δηλ. ο προμηθευτής) έχει αναλάβει την υποχρέωση να ενημερώσει ειδικώς τον αντισυμβαλλόμενο του κατά την έναρξη της προθεσμίας για τη σημασία της συμπεριφοράς του».

² 10 AZR 290/98

προσθήκη μιας απλής επιφύλαξης ανάκλησης της παροχής, αλλά θα πρέπει να δηλώσει στους εργαζομένους του κατά τρόπο σαφή και ανεπίδεκτο αμφιβολίας ότι η υφιστάμενη μέχρι τώρα επιχειρησιακή συνήθεια καταργείται και αντικαθίσταται με μία παροχή, για την οποία ο εργαζόμενος δεν θα έχει αξίωση καταβολής της στο μέλλον¹. Είναι προφανές ότι η δημιουργία αντίθετης ή αρνητικής επιχειρησιακής συνήθειας έχει καταστεί στο γερμανικό δίκαιο, μετά την έναρξη ισχύος του νόμου για τον εκσυγχρονισμό του ενοχικού δικαίου, δυσχερής, δεδομένου ότι η αδιαμαρτύρητη από τον εργαζόμενο επί τρία έτη λήψη της συνοδευόμενης πλέον από επιφύλαξη παροχής μπορεί να θεωρείται ως αποδοχή υπό πολύ αυστηρότερες προϋποθέσεις από ό,τι συνέβαινε πριν². Ακόμη η κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας με κανονισμό εργασίας (Betriebsvereinbarung) είναι, λόγω της ισχύος της αρχής της εύνοιας, πρακτικά αδύνατη³. Γενικότερα το BAG, ενώ αναγνωρίζει το εύλογο συμφέρον του εργοδότη να προσαρμόζει τις πρόσθετες -πέραν των νομίμων- χρηματικές παροχές του στις μεταβαλλόμενες οικονομικές συνθήκες της επιχείρησης, δεν παραβλέπει από την άλλη πλευρά και το συμφέρον του εργαζομένου να έχει σταθερούς όρους εργασίας. Για τον λόγο αυτό τόσο η δημιουργία αντίθετης πρακτικής όσο και το κύρος των ρητρών μονομερούς προσδιορισμού της παροχής (επιφυλάξεων ανάκλησης, ελευθεριότητας κ.ο.κ.) υποβάλλονται -όπως ήδη εκθέσαμε⁴- σε αυστηρό δικαστικό έλεγχο βάσει των §§ 305-310 BGB, με προεξάρχουσα βέβαια την εφαρμογή της **αρχής της διαφάνειας** (§ 307 Abs. 1 5.2 BGB)⁵.

4. Η δημιουργία αντίθετης πρακτικής στο ελληνικό δίκαιο και το πρόβλημα των ορίων του δικαστικού ελέγχου της σύμβασης εργασίας

¹ Βλ. και παραπάνω σελ. 138.

² Βλ. BAG 18.3.2009, Σκ. 18 επ., **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., § 18 Rn 705. Βλ. όμως και την αποκλίνουσα άποψη **M. Bieder**, Die 'gegenläufige' betriebliche Übung-neu entdecktes Phänomen des AGB-Rechts?, DB 2009, σελ. 1929 επ.

³ Neue BAG-Rechtsprechung zur betrieblichen Übung-ein Beitrag von **Chr. Moderegger**, FAArbR, ArbRB 2009 Heft 8, 239-242

⁴ Βλ. σελ. 119 επ., 122 επ.

⁵ Σύμφωνα με την § 307 Abs. 1 του ΓερμΑΚ «γενικοί όροι των συναλλαγών είναι ανίσχυροι, αν βλάπτουν δυσανάλογα εναντίον των αρχών της καλής πίστης τον αντισυμβαλλόμενο του χρήστη των γενικών όρων. Μία δυσανάλογη βλάβη μπορεί να προκύπτει από το γεγονός ότι ο γενικός όρος δεν είναι σαφής και κατανοητός».

α) Ο Ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή και η σύμβαση εξαρτημένης εργασίας

Στο ελληνικό δίκαιο η συμβατική ελευθερία του καταναλωτή διασφαλίζεται με τον Ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή. Ωστόσο ο Ν. 2251/1994 δεν εντάσσει στο πεδίο εφαρμογής του τις συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας, όπως συμβαίνει στο γερμανικό δίκαιο. Από το γεγονός αυτό δεν επιτρέπεται να συναγίνει κανείς, εξ αντιδιαστολής (*e contrario*), το συμπέρασμα ότι ο Έλληνας νομοθέτης **απέκλεισε** την εφαρμογή επί των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας των αρχών και αξιολογήσεων που ενυπάρχουν στις διατάξεις του Ν. 2251/1994¹. Ένα τέτοιο συμπέρασμα δεν επιτρέπει ο σκοπός ούτε το πνεύμα του Ν. 2251/1994. Σκοπός των διατάξεων του Ν. 2251/1994 είναι να προστατεύσει τον ασθενέστερο διαπραγματευτικά συμβαλλόμενο (δηλ. τον καταναλωτή) από συμβατικούς όρους που δεν υπήρξαν αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης και οι οποίοι χαρακτηρίζονται από έλλειψη ισορροπίας στην κατανομή των δικαιωμάτων, υποχρεώσεων, πλεονεκτημάτων και βαρών εις βάρος του καταναλωτή. Σκοπός δηλ. των διατάξεων του Ν. 2251/94 είναι η προστασία του ασθενέστερου συμβαλλομένου από την καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας. Δεδομένου ότι και στη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας (στη συνηθισμένη, στην τυπική της μορφή) ενυπάρχει η δομικής φύσης αδυναμία του εργαζομένου να διαπραγματεύεται αποτελεσματικά και να συνδιαμορφώνει τους όρους εργασίας, ο κίνδυνος να συνάπτονται συμβάσεις εργασίας που δεν περιέχουν μία δίκαιη κατανομή δικαιωμάτων και υποχρεώσεων μεταξύ των συμβαλλομένων είναι προφανής. Αυτή άλλωστε η δομικής φύσης αδυναμία υπήρξε η αιτία για τη δημιουργία πληθώρας διατάξεων αναγκαστικού χαρακτήρα που θεσπίζουν υπέρ των εργαζομένων κατώτατα όρια προστασίας και απαγορεύουν κάθε διαφορετική ρύθμιση με ατομικές συμβάσεις εργασίας. Παρά όμως την πληθώρα των αναγκαστικών κανόνων της εργατικής νομοθεσίας, την πληθώρα επίσης των κανονιστικών διατάξεων των ΣΣΕ και των κανονισμών εργασίας αλλά και των προστατευτικών διατάξεων του ΑΚ (679 ΑΚ), παραμένει ευρύς χώρος για τη

¹ Βλ. και **Δ. Ζερδελή**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15, αριθμ. 17, σελ. 601

συμφωνία όρων εργασίας με ατομικές συμβάσεις εργασίας. Μάλιστα η απορρύθμιση του εργατικού δικαίου και η αναζήτηση μεγαλύτερης ευελιξίας¹ από τις επιχειρήσεις είχε ως συνέπεια την αναβάθμιση του ρόλου και της σημασίας των ατομικών συμβάσεων κατά τη ρύθμιση των όρων εργασίας. Έτσι η ανάγκη προστασίας του εργαζομένου από την καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας παρέμεινε έντονη.

Εδώ πρέπει να σημειωθεί ότι ο ΑΚ παραχώρησε εξ αρχής ευρύ χώρο στην άσκηση της συμβατικής ελευθερίας. Ο ΑΚ, στηριζόμενος στην τυπική ισότητα των συμβαλλομένων, οικοδόμησε τις διατάξεις του στην αντίληψη ότι και τα δύο μέρη της σύμβασης είναι εξίσου ικανά να επιτύχουν με διαπραγματεύσεις και αμοιβαίες υποχωρήσεις την εξισορρόπηση των συγκρουομένων συμφερόντων τους². Για τον λόγο αυτό ο ΑΚ έθεσε μόνο ακραία όρια στην άσκηση της συμβατικής ελευθερίας. Τα όρια αυτά είναι τα χρηστά ήθη (178, 179 ΑΚ), οι περί ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου³. Τα χρηστά ήθη είναι το «ηθικό ελάχιστο» (ethisches Minimum)⁴, την τήρηση του οποίου εγγυάται η έννομη τάξη. Η συμβατική ελευθερία μπορεί να ασκείται με μόνο περιορισμό την παραβίαση των χρηστών ηθών, χωρίς η έννομη τάξη να δικαιούται να ελέγχει το περιεχόμενο των συμβάσεων.

β) Η ανάγκη δικαστικού ελέγχου της σύμβασης εργασίας

Η έλλειψη εγγύτερων περιορισμών στην άσκηση της συμβατικής ελευθερίας έγινε αισθητή ιδίως στον χώρο της εξαρτημένης εργασίας. Τα χρηστά ήθη, ως όριο της συμβατικής ελευθερίας, δεν προφυλάσσουν τον εργαζόμενο από συμβατικούς όρους οι οποίοι περιέχουν σημαντική διατάραξη της ισορροπίας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων εις βάρος του. Ο κίνδυνος διατάραξης αυτής της ισορροπίας προκάλεσε στο γερμανικό δίκαιο τη συζήτηση για τον δικαστικό

¹ Βλ. **Ι. Κουκιάδη**, Εργατικό Δίκαιο – Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το δικαιο της ευελιξίας της εργασίας, Η εκδ., σελ. 90 επ., 94 επ., 98 επ., **Γ. Λεβέντη**, Το εργατικό δικαιο στη σύγχρονη οικονομική συγκυρία (κρίση και προοπτικές), ΔΕΝ 1997, σελ. 353 επ. (357 επ.), **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο – Ατομικές Σχέσεις Εργασίας, Δ' εκδ., σελ. 80 επ

² **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15 αριθμ. 8, σελ. 595 επ.

³ Βλ. **Μπαλή**, Γενικαί Αρχαί, 8η έκδ., σελ. 181 επ.

⁴ **Laretz**, Allgemeiner Teil, σελ. 429

έλεγχο του περιεχομένου της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Η έλλειψη μιας νομοθετικής ρύθμισης που να θέτει κάποιους περιορισμούς στη συμβατική ελευθερία θεωρήθηκε από τη γερμανική θεωρία **νομοθετικό κενό**, το οποίο όφειλε να καλύψει ο δικαστής μέσω της νομολογιακής διάπλασης του δικαίου (*richterliche Rechtsfortbildung*). Η μακρά επιστημονική συζήτηση¹ για την έκταση του δικαστικού ελέγχου στο περιεχόμενο των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας και για την κάλυψη από τη νομολογία του παραπάνω ρυθμιστικού κενού, κατέληξε στη μεγάλη μεταρρύθμιση του γερμανικού ενοχικού δικαίου, που αναφέραμε στα προηγούμενα, η οποία (μεταρρύθμιση) προέβλεπε, μεταξύ άλλων, ότι οι διατάξεις για τους γενικούς όρους των συναλλαγών και για την προστασία των καταναλωτών έχουν εφαρμογή και επί των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας. Σήμερα ο δικαστικός έλεγχος επί του περιεχομένου των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας ασκείται με βάση τις διατάξεις αυτές των αρθρ. 305 επ. του ΓερμΑΚ και το επίπεδο προστασίας που διασφαλίζει ο δικαστικός αυτός έλεγχος είναι υψηλό και δεν υπολείπεται της αντίστοιχης προστασίας που παρέχεται στις λοιπές συμβάσεις του αστικού δικαίου².

Ο δικαστικός έλεγχος του περιεχομένου των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας είναι στο ελληνικό δίκαιο πολύ περιορισμένος. Η νομολογία δέχεται παγίως ότι ως προς το τμήμα των αποδοχών που υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που θεσπίζουν οι κανονιστικές διατάξεις των ΣΣΕ και ΔΑ, των κανονισμών εργασίας ή οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, ισχύει πλήρως η συμβατική ελευθερία. Δηλαδή το τμήμα αυτό των αποδοχών είναι αντικείμενο ελεύθερης διαπραγματεύσεως και συμφωνίας. Συνεπώς είναι έγκυρη η συμβατική μείωση ή και κατάργηση του τμήματος αυτού των αποδοχών, η άφεση χρέους, η παραίτηση³. Επίσης τόσο η πρόσφατη όσο και η παλαιότερη νομολογία δέχονται παγίως ότι οι οικειοθελείς παροχές του εργοδότη, ανεξαρτήτως του μακροχρονίου, του αδιαλείπτου και του γενικευμένου της καταβολής τους, δεν είναι δυνατόν να μετατραπούν σε συμβατικές, δηλ. δεν είναι δυνατόν να

¹ **Fastrich**, *Rechtliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, σελ. 159 επ., **U. Preis**, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, σελ. 147 επ., 211 επ., **M. Franzen**, ΕΕργΔ 2011, Έλεγχος του περιεχομένου ρητρών τροποποίησης των όρων εργασιακών συμβάσεων, σελ. 689 επ. και παλαιότερα **Gerrick v. Hoyningen Huene**, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, 1972, σελ. 201 επ.

² Βλ. **Preis**, *Individualarbeitsrecht*, 5^η εκδ., § 25 Nr. 998 επ.

³ ΑΠ 1089/2006, ΔΕΝ 2007, 1032, ΕφΘεσ 144/2009, ΔΕΝ 2009, 695

αποτελέσουν αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας, αν ο εργοδότης -κατά την έναρξη της χορήγησής τους ή έστω πριν δημιουργηθούν οι συνθήκες δεσμευτικότητάς τους- επιφύλαξε για τον εαυτό του το δικαίωμα να διακόπτει αυτές ελευθέρως και μονομερώς οποτεδήποτε¹. Αξιοσημείωτο είναι ότι η νομολογία δεν ελέγχει το περιεχόμενο της σύμβασης, δηλ. το κύρος της επιφύλαξης ανάκλησης της παροχής με βάση τις διατάξεις των άρθρων 371 επ. του ΑΚ, παρά το γεγονός ότι η επιφύλαξη ανάκλησης είναι μία συμβατική ρήτρα μονομερούς προσδιορισμού της παροχής από τον εργοδότη. Παραλείπει δηλ. η νομολογία να εξετάζει αν η επιφύλαξη ανάκλησης καθ' εαυτή είναι νόμιμη και, σε κάθε περίπτωση, αν η άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης ή μείωσης της παροχής γίνεται κατά δίκαιη κρίση².

γ) Ο δικαστικός έλεγχος της σύμβασης εργασίας βάσει της 281 ΑΚ, η καλή πίστη ως κριτήριο της 281 ΑΚ και οι νομοθετικές αξιολογήσεις του Ν. 2251/1994

Τέλος, η νομολογία δεν εξετάζει αν η συμβατική ρήτρα ανάκλησης, είτε αυτή έχει συμφωνηθεί αρχικά με τη σύμβαση εργασίας είτε μεταγενέστερα κατά τη διάρκεια χορήγησης μιας πρόσθετης παροχής, προσκρούει στα κριτήρια του άρθρου 371 ΑΚ (έλεγχος κύρους της ρήτρας) και 281 ΑΚ (έλεγχος άσκησης του δικαιώματος ανάκλησης). Η απροθυμία της νομολογίας να εξετάζει, αν κάποιοι όροι της σύμβασης εργασίας έχουν συμφωνηθεί κατά κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας, είναι βέβαια αναμενόμενη, δεδομένου ότι στη νομολογία επικρατεί ακόμη -σε αντίθεση με τη θεωρία- η άποψη ότι η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (281 ΑΚ) ισχύει επί των καθορισμένων από τον νόμο δικαιωμάτων (δικαιωμάτων υπό στενή έννοια) και

¹ ΑΠ 973/2019, ΔΕΝ 2019, 1556, ΑΠ 869/2018, ΔΕΝ 2018, 1364, ΑΠ 962/2018, ΔΕΝ 2019, 53, ΑΠ 1237/2017, ΔΕΝ 2018, 1373, ΑΠ 1402/2017, ΔΕΝ 2018, 1375, ΑΠ 1769/2017, ΔΕΝ 2019, 197, ΑΠ 1174/2017, ΔΕΝ 2017, 1182, ΑΠ 74/2016, ΔΕΝ 2016, 1070, ΑΠ 48/2015, ΔΕΝ 2016, 1159

² Αντιθέτως, η γερμανική νομολογία, πριν από την αναμόρφωση του ενοχικού δικαίου το 2002, έκρινε τις συμβατικές ρήτρες ανάκλησης της παροχής με βάση τις §§ 315 επ. BGB, αντιστοίχους των αρθρ. 371 επ. ΕΛΛΑΚ (βλ. BAG 7.11.1971, AP Nr. 12 zu 315 BGB), και κατέληγε ότι η ρήτρα μονομερούς τροποποίησης ουσιωδών όρων της σύμβασης εργασίας δεν είναι έγκυρη, διότι οδηγεί σε καταστρατήγηση του δικαίου της καταγγελίας, βλ. BAG 7.10.1982, DB 1983, 1368, BAG 12.12.1984, NZA 1985, 321, 322 επ.

όχι επί των φυσικών ευχερειών ή εξουσιών που απορρέουν από την καθολική ελευθερία¹, όπως είναι η ελευθερία των συμβάσεων. Επομένως, εφ' όσον δεν υπάρχουν ειδικοί νομοθετικοί περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στον χώρο της εξαρτημένης εργασίας, η νομολογία αποφεύγει να ελέγξει αν ορισμένοι όροι της σύμβασης εργασίας -όπως π.χ. οι συμβατικοί όροι ανάκλησης της παροχής- είναι καταχρηστικοί. Ερωτάται όμως αν μετά τον Ν. 2251/1994 είναι δικαιολογημένη η απροθυμία αυτή της νομολογίας να ελέγχει τους όρους της σύμβασης εργασίας με βάση το άρθρ. 281 ΑΚ.

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει, μπορούμε βάσει του Ν. 2251/1994 να εμπνευστούμε στον προβληματισμό μας και να δανειστούμε κάποιες αρχές σχετικά με τον έλεγχο των όρων της σύμβασης εργασίας. Το άρθρο 2 του Ν. 2251/1994, που φέρει τον υπότιτλο «Γενικοί όροι συναλλαγών – Καταχρηστικοί γενικοί όροι», προβλέπει στην § 6: «Γενικοί όροι συναλλαγών που έχουν ως αποτέλεσμα τη σημαντική διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή απαγορεύονται και είναι άκυροι. Ο **καταχρηστικός χαρακτήρας** γενικού όρου ενσωματωμένου σε σύμβαση κρίνεται αφού ληφθούν υπ' όψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, ο σκοπός της, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία εξαρτάται». Η προηγούμενη γενική διάταξη της § 6 καθορίζει το βασικό **χαρακτηριστικό γνώρισμα** ενός καταχρηστικού γενικού όρου (που είναι η σημαντική διατάραξη της ισορροπίας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων εις βάρος του ασθενεστέρου, του καταναλωτή) και συγχρόνως ορίζει **τα στοιχεία** με βάση τα οποία ο δικαστής θα κρίνει αν ο συγκεκριμένος γενικός όρος έχει συμφωνηθεί

¹ Βλ. ΟΛΑΠ 27/1995, ΕλλΔνη 1996, 41, ΟΛΑΠ 33/1987, ΝοΒ 1988, 324 με κριτικές παρατηρήσεις **Φ. Δωρή**, ΑΠ 5/2001, ΝοΒ 2002, 106, ΑΠ 602/2005 δημ. ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1547/2007, ΕλλΔνη 2009, 730, ΑΠ 1042/2009, δημ. ΝΟΜΟΣ. Βλ. όμως και ΑΠ 7/2011, ΧρΙΔ 2012,45 και ΑΠ 1219/2001, ΕΕμπΔ 2001, 529 επ., η οποία δέχεται εμμέσως την εφαρμογή της 281 ΑΚ και επί της φυσικής ή καθολικής ελευθερίας, αφού η απόφαση αυτή δέχεται ότι το άρθρο 2 παρ. 6 του Ν. 2251/1994 αποτελεί εξειδίκευση του κανόνα του 281 ΑΚ που απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση ενός δικαιώματος ή της συμβατικής ελευθερίας, βλ. και **Γ. Μεντή**, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ΧρΙΔ 2001, σελ. 558 επ. (568). Στη θεωρία πάντως γινόταν από μακρού χρόνου δεκτό ότι ο σκοπός της 281 ΑΚ δικαιολογεί την ευρεία εφαρμογή της, δηλ. την εφαρμογή της όχι μόνο επί των συγκεκριμένων δικαιωμάτων που προβλέπει το δίκαιο αλλά και επί της φυσικής ευχέρειας ή εξουσίας που πηγάζει από την καθολική ελευθερία και την προστασία της προσωπικότητας, βλ. **Ζερβογιάννη σε ΣΕΑΚ Γεωργιάδη**, 2010, σελ. 712, **Αλ. Λιτζερόπουλο**, Παραδόσεις Ενοχικού, § 241, **Απ. Γεωργιάδη**, Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, β εκδ., άρθρ. 281 αριθμ. 116 επ., **Ν. Παπαντωνίου**, Γενικές Αρχές, 3^η εκδ., § 46 ΙΙ, **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό. Ε' εκδ., σελ. 854 επ.

κατά κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας. Κατόπιν η επόμενη § 7 του άρθρ. 2 του Ν. 2251/1994 απαριθμεί ενδεικτικά περισσότερους γενικούς όρους, οι οποίοι είναι σε κάθε περίπτωση, **δηλ. είναι εκ του νόμου, καταχρηστικοί**. Από τις προηγούμενες διατάξεις συνάγεται ότι ο ίδιος ο νομοθέτης αναγνωρίζει ότι ορισμένοι γενικοί όροι που ενσωματώνονται στη σύμβαση είναι καταχρηστικοί, δηλ. αναγνωρίζει ότι η συμβατική ελευθερία μπορεί να ασκείται καταχρηστικά. Αυτό άλλωστε αναγνωρίζει και ο ΑΠ¹, ο οποίος έχει δεχθεί ότι η § 6 του άρθρ. 2 του Ν. 2251/1994 αποτελεί **εξειδίκευση** του κανόνα του 281 ΑΚ, ο οποίος απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση ενός δικαιώματος ή της συμβατικής ελευθερίας. Συνεπώς, η καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας ενυπάρχει πλέον και στην ελληνική έννομη τάξη.

Είναι γνωστό ότι το ΠΔ 156/1994 που εκδόθηκε προκειμένου να εναρμονίσει την ελληνική νομοθεσία προς τους ορισμούς της Οδηγίας 91/533/ΕΟΚ, προβλέπει ότι ο εργοδότης υποχρεούται να γνωστοποιεί γραπτώς στον εργαζόμενο τους ουσιώδεις όρους της σύμβασης ή σχέσης εργασίας. Ωστόσο αυτή η γνωστοποίηση των ουσιωδών όρων εργασίας, πιστεύουμε, δεν αρκεί για να εξασφαλίσει την απαιτούμενη διαφάνεια στη σχέση εργασίας. Για τον λόγο αυτό υποστηρίζεται, και από την πρόσφατη νομολογία πλέον, ότι η έλλειψη ειδικής νομοθετικής πρόβλεψης δεν εμποδίζει έναν ανάλογο προς τις καταναλωτικές συμβάσεις δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου των ατομικών συμβάσεων εργασίας και επομένως μια δρασικότερη προστασία του εργαζομένου έναντι καταχρηστικών συμβατικών όρων, αξιοποιώντας τα αξιολογικά κριτήρια του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994.

Από τις επί μέρους διατάξεις του Ν. 2251/1994, όπως ιδίως τις διατάξεις **του άρθρ. 2 § 1**, σύμφωνα με την οποία «όροι που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για μελλοντικές συμβάσεις (γενικοί όροι των συναλλαγών) δεν δεσμεύουν τον καταναλωτή, εάν κατά την κατάρτιση της σύμβασης τους αγνοούσε ανυπαίτως, όπως, ιδίως, όταν ο προμηθευτής δεν του υπέδειξε την ύπαρξή τους ή του στέρησε τη δυνατότητα να λάβει πραγματική γνώση του περιεχομένου τους», **του άρθρ. 2 § 2**, σύμφωνα με την οποία «οι γενικοί όροι

¹ ΑΠ 1219/2001, ΝοΒ 2002, 357 επ., ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 296/2001, ΝοΒ 2002, 334, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, βλ. και **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό, Ε' εκδ., σελ. 881, υποσημ. 82, **Φ. Δωρή**, ΝοΒ 2000, σελ. 765

συμβάσεων και παρεπομένων συμφωνιών που καταρτίζονται στην Ελλάδα διατυπώνονται γραπτώς στην ελληνική γλώσσα, κατά τρόπο σαφή, συγκεκριμένο και εύληπτο, ώστε ο καταναλωτής να μπορεί να αντιληφθεί πλήρως το νόημά τους...», **του αρθρ. 2 § 3**, σύμφωνα με την οποία «όροι που συμφωνήθηκαν μετά από ατομική διαπραγμάτευση μεταξύ των συμβαλλομένων (ειδικοί όροι) υπερισχύουν των αντίστοιχων γενικών όρων», **του αρθρ. 2 § 7**, η οποία προβλέπει ότι είναι καταχρηστικοί σε κάθε περίπτωση (δηλ. χωρίς ανάγκη δικαστικής κρίσης) **ιδίως οι όροι που ...** «ε) επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο, ο οποίος να αναφέρεται στη σύμβαση, ζ) επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα να κρίνει μονομερώς αν η παροχή του είναι σύμφωνη με τη σύμβαση, η) επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το απεριόριστο δικαίωμα να ορίζει μονομερώς τον χρόνο εκπλήρωσης της παροχής του... ια) χωρίς σπουδαίο λόγο αφήνουν το τίμημα αόριστο και δεν επιτρέπουν τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή...», από τις προηγούμενες αυτές διατάξεις συνάγεται ότι οι γενικοί όροι, προκειμένου να μην περιέχουν σημαντική διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων εις βάρος του ασθενεστέρου, πρέπει να τηρούν την **αρχή της διαφάνειας**. Η αρχή της διαφάνειας του περιεχομένου των γενικών όρων σημαίνει ότι είναι καταχρηστικοί οι ασαφείς και αόριστοι όροι που καθιστούν δυσχερή την κατανόηση από τον καταναλωτή της έκτασης των υποχρεώσεών του (δηλ. δημιουργούν εις βάρος του απροσδόκητες ή αιφνιδιαστικές συνέπειες που ήταν αδιαφανείς κατά τη σύναψη της σύμβασης) και δημιουργούν υπέρ του χρήστη των γενικών όρων πλεονεκτήματα που διαταράσσουν την ισορροπία της σύμβασης¹. Επίσης οι γενικοί όροι πρέπει να τηρούν **την αρχή της προστασίας των αντικειμενικά δικαιολογημένων προσδοκιών του ασθενεστέρου συμβαλλομένου** (του καταναλωτή). Όταν διαψεύδονται οι δικαιολογημένες αυτές προσδοκίες του ασθενεστέρου συμβαλλομένου, διαταράσσεται συνήθως και η ισορροπία δικαιωμάτων/υποχρεώσεων εις βάρος του². Οι προσδοκίες είναι αντικειμενικά

¹ Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό, Ε' εκδ., σελ. 881 υποσημ. 82, **Δ. Ζερδελή**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 97 επ., **Μ. Hennsler**, RdA 2002, σελ. 139

² **Μ. Σταθόπουλος**, Γενικό Ενοχικό, Ε' εκδ., σελ. 881 υποσημ. 82

δικαιολογημένες όταν στηρίζονται σε βασικές αξιολογήσεις που προκύπτουν από διατάξεις με καθοδηγητικό χαρακτήρα, όπως είναι οι διατάξεις του αρθρ. 2 του Ν. 2251/1994 -που προαναφέραμε- ή άλλες διατάξεις ενδοτικού δικαίου από τις οποίες οι γενικοί όροι αποκλίνουν¹.

Οι διατάξεις του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994 αποτελούν **εξειδίκευση** της γενικότερης αρχής της καλής πίστης². Πράγματι η καλή πίστη, όταν εφαρμόζεται στην κάθε κρινόμενη ατομική περίπτωση, επιτελεί μία **συμπληρωματική** ή και **διορθωτική** λειτουργία³, δηλ. συμπληρώνει ή και αμβλύνει τυχόν αυστηρές ή μονόπλευρες συμβατικές ρυθμίσεις. Για τον λόγο αυτό η καλή πίστη είναι το μέσο που υπηρετεί την **εξατομικεύουσα δικαιοσύνη**⁴ και επιτρέπει να εισέλθει στο δίκαιο, κατά την εφαρμογή του, η επιείκεια. Κατά τη συγκεκριμενοποίηση της αόριστης νομικής έννοιας της καλής πίστης λαμβάνονται υπ' όψη περισσότερα αξιολογικά κριτήρια, μεταξύ των οποίων σημαντική θέση κατέχουν: η στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων και η ισορροπημένη προστασία τους, στη βάση ιδίως της αρχής της αναλογικότητας, η εξουσιαστική ή ασθενής θέση που τυχόν έχει ο ένας εκ των συμβαλλομένων, οι συνταγματικές αξίες και τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα που κατοχυρώνει η ελληνική έννομη τάξη⁵ κ.ά. Η καλή πίστη θέτει φραγμό στη μονόπλευρη διαφύλαξη των συμφερόντων του ενός συμβαλλομένου εις βάρος του άλλου⁶ ή, με άλλες λέξεις, η καλή πίστη επιβάλλει στον ισχυρότερο συμβαλλόμενο να λαμβάνει υπ' όψη και τα δικαιολογημένα συμφέροντα του ασθενέστερου αντισυμβαλλομένου του, ο οποίος αδυνατεί, λόγω της μειονεκτικής θέσης του, να τα προασπίσει

¹ Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, ό.π. και ΑΠ 296/2001, ΑΠ 1030/2001, ΑΠ 1219/2001, ΑΠ 237/2012, ΑΠ 561/2014, ΑΠ 350/2016, ΑΠ 1001/2010, ΑΠ 7/2011, ΑΠ 1679/2008, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Βλ. και § 307 Abs. 2, 3 BGB.

² Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ., σελ. 881 υποσημ. 82, **Δωρή**, ΝοΒ 2000, σελ. 765, **Καράση**, Γενικοί όροι των συναλλαγών, σελ. 129

³ Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ., σελ. 239 επ.

⁴ Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ., σελ. 877

⁵ Βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ., σελ. 234 επ.

⁶ Η καλή πίστη (200, 281, 288 ΑΚ) και η «δίκαιη κρίση» (371 επ. ΑΚ) οδηγούν σε παρεμφερή αποτελέσματα, διότι επιβάλλουν η εκπλήρωση ή ο προσδιορισμός της παροχής να γίνεται κατά τρόπο που ανταποκρίνεται στα συμφέροντα και των δύο συμβαλλομένων (δηλ. κατά τρόπο αντικειμενικά δίκαιο), λαμβανομένων πάντοτε υπ' όψη και των ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, βλ. **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό, Ε' εκδ., 2018, σελ. 716 επ., **Γ. Λεβέντη**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 76 επ.

αποτελεσματικά¹. Η καλή πίστη ως κριτήριο καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας στον χώρο των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας δεν επιτρέπει στον εργοδότη να διαμορφώνει το περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας λαμβάνοντας μόνο υπ' όψη τα δικά του συμφέροντα και αδιαφορώντας για τα συμφέροντα του εργαζομένου².

δ) Ο δικαστικός έλεγχος και οι ιδιαιτερότητες της σύμβασης εργασίας

Στην προκειμένη περίπτωση ο Ν. 2251/1994, εξειδικεύοντας τις επιταγές της καλής πίστης (ως κριτηρίου της 281 ΑΚ), προέβλεψε στο αρθρ. 2 § 7 ενδεικτικώς 32 περιπτώσεις γενικών όρων, οι οποίοι είναι εκ του νόμου καταχρηστικοί. Οι ρυθμίσεις αυτές του αρθρ. 2 § 7, μαζί με τις γενικές διατάξεις του αρθρ. 2 §§ 1, 2, 3, 4, 5 και 6, έχουν **καθοδηγητικό** χαρακτήρα και αποτελούν νομοθετικές αξιολογήσεις οι οποίες **εμπλουτίζουν** ερμηνευτικά τη γενική διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ³ και μπορούν να εφαρμόζονται σε κάθε σύμβαση που περιέχει όρους οι οποίοι δεν έχουν αποτελέσει αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης μεταξύ των μερών⁴. Όταν, επομένως, ασκείται δικαστικός έλεγχος του περιεχομένου της σύμβασης εργασίας με βάση το άρθρο 281 ΑΚ, ο δικαστής μπορεί και πρέπει να χρησιμοποιεί τις νομοθετικές αξιολογήσεις και τα κριτήρια των παραπάνω διατάξεων. Βέβαια κατά τον δικαστικό αυτό έλεγχο πρέπει να λαμβάνονται υπ' όψη οι **ιδιαιτερότητες** της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας⁵. Η σύμβαση εργασίας δεν μπορεί να ταυτίζεται με μία απλή καταναλωτική σύμβαση. Στις περισσότερες καταναλωτικές συμβάσεις (π.χ. συμβάσεις μεταφοράς αγαθών, παροχής υπηρεσιών,

¹ Βλ. **Φ. Δωρή**, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας, 1988, σελ. 356, **Δ. Ζερδελη**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15 αριθμ. 25, σελ. 606

² **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15 αριθμ. 25, σελ. 607

³ Βλ. **Φ. Δωρή**, ΝοΒ 2000, σελ. 765, **Δ. Ζερδελη**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15 αριθμ. 27, σελ. 608

⁴ Βλ. και αρθρ. 2 § 9 του Ν. 2251/1994.

⁵ Βλ. τη ρητή διάταξη της § 310 Abs. 4 BGB, πρβλ. **Δ. Ζερδελη**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15 αριθμ. 28, σελ. 608, **Sagan**, Europäische Klauselrichtlinie und deutsche Arbeitsverträge: Richtlinienorientierte Auslegung vs. Besonderheiten des Arbeitsrechts, RdA 2021, σελ. 287 επ. (257 επ.)

προμήθειας προϊόντων) μπορεί να γίνεται πρόγνωση των φάσεων εξέλιξης της σύμβασης και σχετικός σχεδιασμός. Αντίθετα οι συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας έχουν συνήθως μεγάλη χρονική διάρκεια και εμφανίζουν πολύ μεγαλύτερες ανάγκες προσαρμοστικότητας¹. Επιπλέον πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψη ότι οι συνηθέστεροι συμβατικοί όροι που συμφωνούνται στις συμβάσεις εργασίας (χωρίς να έχει προηγηθεί ατομική διαπραγμάτευση) και οι οποίοι εξετάζονται από πλευράς καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας, αφορούν παροχές που χορηγεί ο εργοδότης **οικειοθελώς επιπλέον των κατωτάτων όρων αμοιβής και εργασίας** που θεσπίζει η εργατική νομοθεσία, οι κανονιστικές διατάξεις των ΣΣΕ/ΔΑ ή κανονισμών εργασίας ή ακόμη **επιπλέον** των αποδοχών που προβλέπει η ατομική σύμβαση εργασίας. Οι πρόσθετες αυτές παροχές του εργοδότη σκοπό έχουν αφ' ενός να δημιουργούν στους εργαζομένους κίνητρα αυξημένης επιμέλειας και αποδοτικότητας και αφ' ετέρου να επωφελούνται και οι εργαζόμενοι από την επιτυχή δραστηριότητα της επιχείρησης. Ωστόσο ο εργοδότης έχει εύλογο συμφέρον στις περιπτώσεις αυτές να διατηρεί τη δυνατότητα να προσαρμόζει τις πρόσθετες αυτές, κατά κανόνα, χρηματικές παροχές στις οικονομικές εξελίξεις και δυνατότητες της επιχείρησης. **Το γεγονός πάντως ότι οι συμβατικές ρήτρες μονομερούς προσδιορισμού, μείωσης ή και ανάκλησης της παροχής αφορούν παροχές που χορηγούνται πέραν των οφειλομένων από τον νόμο, τις ΣΣΕ/ΔΑ ή και από τη σύμβαση εργασίας είναι μία ιδιαιτερότητα η οποία δεν απαντάται στις καταναλωτικές συμβάσεις.**

Από την άλλη πλευρά δεν χωρεί αμφιβολία ότι και οι παραπάνω συμβατικές ρήτρες μη δέσμευσης του εργοδότη ή μονομερούς προσδιορισμού, κατάργησης ή μείωσης ή ανάκλησης της παροχής ή διεύρυνσης του διευθυντικού δικαιώματος ή και πρόβλεψης ορισμένης διάρκειας για την ισχύ συγκεκριμένων όρων της σύμβασης εργασίας, πρέπει να ελέγχονται δικαστικά από πλευράς καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας, διότι και οι

¹ Βλ. **M. Franzen**, Έλεγχος του περιεχομένου ρητρών τροποποίησης των όρων εργασιακών συμβάσεων, πολυγρ. εισήγηση που παρουσίασε ο καθηγητής Martin Franzen τον Νοέμβριο 2008 στο πλαίσιο συμποσίου που οργάνωσε το Εθνικό και Καποδιστριακό Παν/μιο Αθηνών και η ΕΔΕΚΑ, ΕΕργΔ 2011, σελ. 689 επ., **Sagan**, Europäische Klauselrichtlinie und deutsche Arbeitsverträge: Richtlinienorientierte Auslegung vs. Besonderheiten des Arbeitsrechts, RdA 2021, σελ. 287 επ. (257 επ.)

συμβατικοί αυτοί όροι προδιατυπώνονται από τον εργοδότη και ενσωματώνονται στη σύμβαση εργασίας (είτε στην αρχική είτε σε μεταγενέστερη συμπλήρωση ή τροποποίησή της), χωρίς να έχει λάβει χώρα ατομική διαπραγμάτευση και αφορούν μεγάλο αριθμό προσώπων (το σύνολο ή κατηγορίες προσωπικού). Επί πλέον οι συμβατικές αυτές ρήτρες, παρόλο που έχουν συνήθως ως αντικείμενο πρόσθετες -πέραν δηλ. των οφειλομένων βάσει ΣΣΕ/ΔΑ ή ατομικών συμβάσεων εργασίας- παροχές, είναι ενδεχόμενο να αφορούν ένα όχι ευκαταφρόνητο τμήμα των τρεχουσών αποδοχών του μισθωτού. Λαμβανομένων λοιπόν υπ' όψη των ιδιαιτεροτήτων της εργασιακής σχέσης, ο δικαστικός έλεγχος των συμβάσεων εργασίας με τη διάταξη της 281 ΑΚ, εμπλουτισμένη με τις βασικές αξιολογήσεις του Ν. 2251/1994, απαιτεί οι συμβατικές ρήτρες μονομερούς προσδιορισμού, μείωσης ή ανάκλησης της παροχής να τηρούν κατά πρώτο λόγο την **αρχή της διαφάνειας**. Δηλαδή οι συμβατικές αυτές ρήτρες πρέπει να είναι σαφώς διατυπωμένες, ώστε να μην καταλείπεται στον εργαζόμενο αμφιβολία ότι η παροχή μπορεί στο μέλλον να περιορισθεί ή καταργηθεί και να μην υφίσταται κίνδυνος αιφνιδιασμού του. Επίσης η αρχή της διαφάνειας απαγορεύει στις καταναλωτικές συμβάσεις να ασκεί ο προμηθευτής το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς να συντρέχει κάποιος **αντικειμενικός λόγος**, ο οποίος να αναφέρεται στη σύμβαση (αρθρ. 2 § 7 περ. ε Ν. 2251/1994). Η αξιολογική αυτή θέση δεν μπορεί ωστόσο να εφαρμόζεται με την ίδια αυστηρότητα στις εργασιακές σχέσεις, λαμβανομένης υπ' όψη της ιδιαιτερότητας ότι στις συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας, οι συμβατικές ρήτρες μονομερούς τροποποίησης ή ανάκλησης της παροχής αφορούν κατά το πλείστον παροχές που ήταν στην αφετηρία τους τουλάχιστον οικειοθελείς και **καταβάλλονταν πέραν των οφειλομένων** βάσει νόμων, ΣΣΕ/ΔΑ, κανονισμών εργασίας ή ατομικών συμβάσεων¹. Επί πλέον η ανάγκη προσαρμογής των πρόσθετων αυτών παροχών στην οικονομική εξέλιξη της επιχείρησης είναι εντονότερη. Συνεπώς, στις συμβάσεις εργασίας οι συμβατικές αυτές ρήτρες

¹ Βλ. πάντως και την αποκλίνουσα άποψη του **Ζερδελή** (Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, § 15 αριθμ. 59 επ., σελ. 625 επ.), ο οποίος επικαλούμενος ελληνική νομολογία από τον χώρο του ασφαλιστικού και του τραπεζικού δικαίου (ΑΠ 1030/2001, ΝοΒ 2002, 349, ΑΠ 1219/2001, ΕλλΔνη 2001, 1623) θεωρεί ότι δεν συντρέχουν ιδιαιτερότητες στο εργατικό δίκαιο, οι οποίες να αντιτίθενται στην εφαρμογή των παραπάνω νομολογιακά διαμορφωμένων κανόνων ως προς τον δικαστικό έλεγχο συμβατικών ρητρών που παρέχουν στον εργοδότη δικαίωμα μονομερούς προσδιορισμού της παροχής.

αρκεί να αναφέρουν συνοπτικά τον αντικειμενικό λόγο που δικαιολογεί τη μείωση ή ανάκληση της παροχής, ο οποίος θα συνδέεται βέβαια κατά κύριο λόγο με τη λειτουργία της επιχείρησης ή και με την αποδοτικότητα του εργαζομένου.

Τέλος, η αρχή της διαφάνειας σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας δεν επιτρέπουν οι συμβατικές αυτές ρήτρες μη δέσμευσης του εργοδότη ή μονομερούς προσδιορισμού ή ανάκλησης της παροχής να αφορούν **ουσιώδεις** όρους της σύμβασης εργασίας, δηλ. όρους που αφορούν τη **συσχέτιση παροχής και αντιπαροχής** και **θίγουν**, συνεπώς, **τον πυρήνα** της σύμβασης εργασίας. Τέτοιες συμβατικές ρήτρες, προδιατυπωμένες από τον εργοδότη που ενσωματώνονται στις συμβάσεις εργασίας, χωρίς να έχει προηγηθεί ατομική διαπραγμάτευση μεταξύ των μερών, διαταράσσουν την ισορροπία μεταξύ δικαιωμάτων και υποχρεώσεων εις βάρος του εργαζομένου, γιατί ανατρέπουν βασικές και δικαιολογημένες προσδοκίες του από τη σύμβαση εργασίας. Το ζήτημα ποιοι όροι εργασίας είναι ουσιώδεις, αφορούν δηλ. τη σχέση παροχής-αντιπαροχής και διαμορφώνουν τον πυρήνα της σύμβασης εργασίας, θα κρίνεται βέβαια σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση με βάση το μέγεθος, τη φύση και τον σκοπό της παροχής που αφορά η συμβατική ρήτρα και σε σύγκριση και με τους λοιπούς όρους της σύμβασης εργασίας, έχοντας ως τελικό προσανατολισμό ότι με τις συμβατικές ρήτρες δεν επιτρέπεται να μετακυλιέται ο επιχειρηματικός κίνδυνος από τον εργοδότη στον εργαζόμενο και ότι ουσιώδη δικαιώματα από τη σύμβαση εργασίας είναι τα δικαιώματα εκείνα, ο περιορισμός ή η μη ικανοποίηση των οποίων δυσχεραίνει την πραγμάτωση του σκοπού της σύμβασης εργασίας¹. Είναι προφανές ότι συμβατικές ρήτρες μονομερούς προσδιορισμού της παροχής που αφορούν ουσιώδεις όρους εργασίας και διαμορφώνουν τον πυρήνα της σύμβασης εργασίας, επιτρέπεται να συμφωνούνται **μόνο** κατ'εξαιρεση **και μόνο** ως ατομικοί όροι εργασίας (όχι δηλ.

¹ Έχουμε αναφέρει σε άλλη θέση (σελ. 114, 121) ότι η νομολογία του BAG έχει προσδιορίσει ποσοστιαία το ύψος των παροχών που μπορούν να περικόπτονται μονομερώς βάσει σχετικής συμβατικής ρήτρας: μπορεί να περικόπτεται μέχρι το 25% των τρεχουσών αποδοχών και μέχρι το 30% των συνολικών αποδοχών, χωρίς βέβαια να θίγονται τα κατώτατα όρια αποδοχών των ΣΣΕ. Μάλιστα από τη νομολογία αυτή συνάγεται ότι όσο μεγαλύτερη είναι η περικοπή τόσο σοβαρότερος πρέπει να είναι και ο λόγος της περικοπής. Βλ. BAG 12.1.2005, NZA 2005, 465, 468, BAG 11.10.2006, NZA 2007, 87, 90. Η θεωρία αντιμετωπίζει ως επί το πλείστον θετικά τη θέση αυτή της νομολογίας, βλ. **R. Singer**, RdA 2006, 362 επ., **Hanau/Hromadka**, NZA 2005, 73, 76 επ., **F. Bayreuther**, *Widerrufs-, Freiwilligkeits- und Anrechnungsvorbehalte-geklärte und ungeklärte Fragen der aktuellen Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertragliche Vorbehalten*, ZIP 2007, σελ. 2009

ως προδιατυπωμένοι από τον εργοδότη γενικοί όροι), οι οποίοι συμφωνούνται μετά από ατομική διαπραγμάτευση μεταξύ των μερών (π.χ. όροι που προβλέπουν υψηλά πριμ ή μπόνους για υψηλόβαθμα στελέχη της επιχείρησης) και **μόνο** εφ' όσον οι συμβατικές αυτές ρήτρες προβλέπουν και αναφέρουν σαφώς **τον αντικειμενικό λόγο** για τον οποίο μπορεί να ασκείται το δικαίωμα μονομερούς προσδιορισμού της παροχής καθώς και τις **προϋποθέσεις** άσκησης και την **έκταση** άσκησης του δικαιώματος αυτού.

Ο παραπάνω δικαστικός έλεγχος ασκείται σε δύο επίπεδα: αρχικά εξετάζεται αν η επιφύλαξη καθ' εαυτή είναι νόμιμη, αν δηλ. έχει νόμιμα συμφωνηθεί λαμβάνοντας υπ' όψη κυρίως το περιεχόμενό της, το είδος και το μέγεθος της παροχής που αφορά η επιφύλαξη και τον αντικειμενικό λόγο που επιτρέπει την ενεργοποίησή της. Εάν ο προηγούμενος δικαστικός έλεγχος περιεχομένου καταδειξεί ότι η επιφύλαξη είναι νόμιμη, τότε εξετάζεται πλέον σε δεύτερη φάση αν το δικαίωμα που προκύπτει από την επιφύλαξη ασκείται στη συγκεκριμένη περίπτωση νομίμως, αν συντρέχουν δηλ. οι προϋποθέσεις για την άσκησή του. Το αποτέλεσμα του δικαστικού ελέγχου μπορεί να είναι ότι η επιφύλαξη είναι μη νόμιμη, διότι π.χ. το είδος της παροχής και η έκτασή της αφορούν ουσιώδεις όρους της σύμβασης εργασίας που διαμορφώνουν την ανταλλακτική σχέση εργασίας και αμοιβής (δικαστικός έλεγχος περιεχομένου της επιφύλαξης). Στην περίπτωση αυτή ερωτάται αν είναι ανίσχυρη μόνη η επιφύλαξη και η ακυρότητά της δεν επηρεάζει την υπόλοιπη συμφωνία για την παροχή ή, αντιθέτως, αν η ακυρότητα της επιφύλαξης (του μέρους) συνεπιφέρει την ακυρότητα όλης της σύμβασης. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 181 ΑΚ (βλ. και § 139 ΓερμΑΚ) «η ακυρότητα μέρους συνεπιφέρει την ακυρότητα ολόκληρης της δικαιοπραξίας, αν συνάγεται ότι δεν θα είχε επιχειρηθεί χωρίς το άκυρο μέρος», δηλ. η ακυρότητα του μέρους συνεπιφέρει την ακυρότητα όλης της δικαιοπραξίας αν αποδεικνύεται ότι οι συμβαλλόμενοι δεν θα κατήριζαν τη δικαιοπραξία χωρίς τον άκυρο όρο. Το βάρος της απόδειξης ότι δεν θα καταρτιζόταν η δικαιοπραξία χωρίς το άκυρο μέρος έχει ο συμβαλλόμενος εκείνος, ο οποίος επιδιώκει την ολική ακυρότητα¹ και ο οποίος είναι κατά κανόνα ο ωφελούμενος από το άκυρο μέρος, δηλ. στην προκειμένη περίπτωση,

¹ Βλ. **Γ. Μπαλή**, Γεν. Αρχαί, 8^η εκδ., § 71, σελ. 200, **Γεωργιάδη/Σταθόπουλο**, ΑΚ άρθρο 181, αριθμ. 2

ο ωφελούμενος από την άκυρη επιφύλαξη εργοδότης. Ο ερμηνευτικός όμως κανόνας της ΑΚ 181 δεν μπορεί να ισχύει σε όλη την έκταση στο εργατικό δίκαιο, όταν η μερική ακυρότητα προκύπτει από παραβίαση αναγκαστικών κανόνων που αποβλέπουν στην προστασία του ασθενεστέρου συμβαλλομένου ή στην προστασία του γενικότερου συμφέροντος¹. Επίσης ο κανόνας της ΑΚ 181 μπορεί να εφαρμοσθεί στο εργατικό δίκαιο μόνο όσον αφορά παροχές που καταβάλλονται πέραν των οφειλομένων κατά τον νόμο και τις ΣΣΕ/ΔΑ. Π.χ. θα ήταν αναποτελεσματική η προστασία των εργαζομένων από την εργατική νομοθεσία αν ο άκυρος όρος για την ορισμένη διάρκεια της σύμβασης εργασίας συνεπέφερε την ακυρότητα όλης της σύμβασης εργασίας ή αν η άκυρη επιφύλαξη ανάκλησης ή ελευθεριότητας της παροχής είχε ως έννομη συνέπεια την ακυρότητα όλης της σύμβασης για την καταβολή της παροχής. Επομένως, στον χώρο του εργατικού δικαίου επιβάλλεται η **τελεολογική συστολή** του αρθρ. 181 ΑΚ, ώστε η ακυρότητα ενός όρου να μην επιφέρει την ακυρότητα όλης της δικαιοπραξίας, όταν η μερική ακυρότητα προκύπτει από παραβίαση αναγκαστικών κανόνων που αποβλέπουν στην προστασία του εργαζομένου. Επομένως η ακυρότητα ενός όρου (π.χ. της επιφύλαξης ελευθεριότητας ή ανάκλησης) δεν επιφέρει την ακυρότητα της σύμβασης εργασίας. Το ίδιο άλλωστε γίνεται δεκτό και στο δίκαιο των καταναλωτών². Το άρθρο 2 § 8 του Ν. 2251/1994 προβλέπει ότι «ο προμηθευτής δεν μπορεί να επικαλεσθεί την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης, για τον λόγο ότι ένας ή περισσότεροι γενικοί όροι είναι άκυροι ως καταχρηστικοί».

ε) Συμπερασματικές θέσεις ως προς τη δημιουργία αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας

Η προηγούμενη ανάπτυξη καθιστά ευχερέστερη την απάντηση στο ερώτημα αν και υπό ποιες προϋποθέσεις είναι δυνατή η δημιουργία αντίθετης

¹ Βλ. και **Δ. Ζερδελή**, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005, σελ. 113 επ., **St. Gardikas**, Die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages im Individualarbeitsrecht, 1974, σελ. 120 επ., **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 6^η εκδ., αριθμ. 969, πρβλ. επίσης **Αλ. Λιτζερόπουλο**, Μερική ακυρότης της δικαιοπραξίας κατ' αποκλεισμόν της ολικής, Εράνιον προς Γ. Μαριδάκην (Συμπλήρωμα), σελ. 415, **Ν. Παπαντωνίου**, Γεν. Αρχές, 3^η εκδ., σελ. 424 επ.

² Βλ. **Π. Παπανικολάου**, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση, 1991, σελ. 319 επ., 392

επιχειρησιακής συνήθειας, δηλ. επιχειρησιακής συνήθειας η οποία καταργεί ή τροποποιεί αντίστοιχη προηγούμενη επιχειρησιακή συνήθεια. Για τη δημιουργία αντίθετης (ή αρνητικής) επιχειρησιακής συνήθειας απαιτείται να συντρέξουν οι ίδιες προϋποθέσεις που συντρέχουν και για τη δημιουργία της αρχικής επιχειρησιακής συνήθειας, δηλ. απαιτείται σταθερή, ομοιόμορφη, μακροχρόνια και ανεπιφύλακτη συμπεριφορά του εργοδότη, η οποία να είναι γενική και απρόσωπη, δηλ. να απευθύνεται στον ίδιο κύκλο εργαζομένων που απευθυνόταν η αρχική επιχειρησιακή συνήθεια, και από την οποία (συμπεριφορά) να συνάγεται κατά καλή πίστη και τις συντρέχουσες συνθήκες ότι η ισχύουσα πρακτική καταργείται ή αλλάζει περιεχόμενο¹. Επειδή η αντίθετη επιχειρησιακή συνήθεια σκοπό έχει να καταργήσει ή τροποποιήσει την προηγούμενη επιχειρησιακή συνήθεια, είναι ευνόητο ότι η νέα σταθερή και ομοιόμορφη εργοδοτική συμπεριφορά (η οποία θα αποτελέσει -κατά τη συμβατική θεωρία- τη νέα πρόταση προς τους εργαζομένους) θα διαφοροποιείται από την αρχική εργοδοτική συμπεριφορά είτε σιωπηρά είτε συνηθέστερα ρητά, π.χ. ο εργοδότης συνεχίζει μεν να καταβάλλει την παροχή που ήταν αντικείμενο της επιχειρησιακής συνήθειας, μειωμένη όμως κατά το ύψος της, ή, παρόλο που ο εργοδότης συνεχίζει να καταβάλλει την παροχή, συνοδεύει το πρώτον την παροχή αυτή με τη ρητή επιφύλαξη ότι διατηρεί το δικαίωμα να ανακαλεί υπό ορισμένες προϋποθέσεις την παροχή ή να μειώνει το ύψος της στο μέλλον ή ότι δεν δεσμεύεται για την καταβολή της παροχής αυτής στο μέλλον. **Η αρχή της διαφάνειας** επιβάλλει η νέα αυτή εργοδοτική συμπεριφορά να είναι σαφής, ώστε να μην αφήνει την ελάχιστη αμφιβολία στον εργαζόμενο ότι στο εξής δεν θα ισχύει πλέον η προηγούμενη πρακτική ή θα ισχύει με διαφορετικό περιεχόμενο και ότι, αν θέλει να διατηρήσει την αξίωσή του αμετάβλητη, όπως ίσχυε πριν, πρέπει οπωσδήποτε να αντιδράσει.

Η τήρηση της αρχής της διαφάνειας παίζει, προφανώς, κομβικό ρόλο στη δημιουργία της αντίθετης ή αρνητικής πρακτικής, όπως άλλωστε και στη δημιουργία της αρχικής (της θετικής) πρακτικής. Δεν συμφωνούμε με τις απόψεις της θεωρίας ότι η επανειλημμένη και αδιαμαρτύρητη λήψη από τον εργαζόμενο της διαφοροποιημένης νέας εργοδοτικής πρότασης δεν είναι δυνατόν

¹ Βλ. σελ. 52. Βλ. επίσης ΕφΘεσ 2235/2007, ΔΕΝ 2007, 1543, ΕφΑθ 7987/2000, ΕλλΔνη 2001, 476

να θεωρηθεί ως σιωπηρή αποδοχή, αλλά είναι ένα απλό πλάσμα, ένα επινόημα¹. Ούτε επίσης συμφωνούμε με τη θέση ότι, όταν ο εργαζόμενος δεν θίγεται άμεσα από τη νέα διαφοροποιημένη εργοδοτική παροχή, δεν μπορεί να την αντιληφθεί ως πρόταση, π.χ. η περίπτωση που ο εργοδότης συνεχίζει μεν να καταβάλλει την παροχή που είναι αντικείμενο της επιχειρησιακής συνήθειας, προσθέτει όμως για πρώτη φορά σαφή επιφύλαξη ανάκλησης. Στην περίπτωση αυτή η νέα διαφοροποιημένη εργοδοτική παροχή δεν μπορεί -σύμφωνα με την παραπάνω άποψη- να εκληφθεί από τον εργαζόμενο ως πρόταση, συνεπώς η επανειλημμένη και αδιαμαρτύρητη λήψη της παροχής δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ως σιωπηρή αποδοχή². Είμαστε της γνώμης ότι εφ' όσον η νέα εργοδοτική συμπεριφορά τηρεί την αρχή της διαφάνειας, δηλ. είναι σαφής και κατανοητή και δεν αφήνει αμφιβολίες για το νόημά της, η σταθερή επανάληψή της μπορεί να οδηγήσει στη δημιουργία νέας, αντίθετης, επιχειρησιακής συνήθειας, εφ' όσον οι εργαζόμενοι την αποδέχονται αδιαμαρτύρητα. Όπως δηλ. η σαφής επιφύλαξη του εργοδότη που συνοδεύει την καταβολή μιας παροχής εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας, διότι δεν επιτρέπει στον εργαζόμενο να ελπίζει στην καταβολή της παροχής στο μέλλον³, κατά τον ίδιο τρόπο η προσθήκη το πρώτον σε μία καταβαλλόμενη ήδη παροχή μιας σαφώς διατυπωμένης επιφύλαξης, η οποία εξηγεί στους εργαζομένους ότι δεν θα έχουν πλέον αξίωση για καταβολή της παροχής στο μέλλον, μπορεί να αποτελέσει τη βάση για τη δημιουργία νέας αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας. Κρίσιμο, επομένως, στοιχείο για τη δημιουργία αρνητικής πρακτικής είναι η τήρηση της αρχής της διαφάνειας. Σύμφωνα με τη χαρακτηριστική διατύπωση της από 4.5.1999 απόφασης του BAG⁴ η δημιουργία μιας τροποποιητικής επιχειρησιακής συνήθειας «προϋποθέτει ότι ο εργοδότης εξηγεί στους εργαζομένους κατά τρόπο σαφή και ανεπίδεκτο αμφιβολίας ότι η μέχρι τώρα επιχειρησιακή συνήθεια να καταβάλλεται μια χρηματική παροχή χωρίς επιφύλαξη πρόκειται να τερματισθεί και να αντικατασταθεί με μία παροχή, για την καταβολή της οποίας στο μέλλον δεν θα υφίσταται αξίωση».

¹ **P. Speiger**, NZA 1998, σελ. 510, **G. Kettler**, NJW 1998, σελ. 435

² Ιδίως **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, § 18 Nr. 704, σελ. 155 επ.

³ ΑΠ 669/2002, ΕΕργΔ 2003, 1369, ΑΠ 449/1995, ΔΕΝ 1995, 991

⁴ BAG 4.5.1999-10 AZR 290/98, DB 1999, 1907

Εξ άλλου η νέα τροποποιητική πρόταση του εργοδότη που αποβλέπει στη σύναψη νέας αντίθετης συμφωνίας ή στη δημιουργία νέας αντίθετης επιχειρησιακής συνθήειας πρέπει να μην παραβιάζει ορισμένες άλλες βασικές νομοθετικές αξιολογήσεις του Ν. 2251/1994, οι οποίες εμπλουτίζουν ερμηνευτικά την 281 ΑΚ. Ειδικότερα η νέα προδιατυπωμένη τροποποιητική πρόταση του εργοδότη δεν επιτρέπεται να θέτει μία υπέρμετρα περιοριστική προθεσμία (π.χ. μία προθεσμία λίγων ημερών) εντός της οποίας οι εργαζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν τις αντιρρήσεις τους ή να εγείρουν τις αξιώσεις τους, άλλως θα θεωρείται ότι αποδέχτηκαν την τροποποιητική πρόταση του εργοδότη¹. Η καλή πίστη δεν επιτρέπει να τίθενται τέτοιες ασφυκτικές προθεσμίες δήλωσης βούλησης για την κατάργηση μιας μακροχρόνιας πρακτικής. Επίσης η τήρηση της αρχής της διαφάνειας απαιτεί ενημέρωση των εργαζομένων σχετικά με την προτεινόμενη μεταβολή, η οποία (ενημέρωση) δεν μπορεί να παρακάμπτεται με προδιατυπωμένους όρους που βεβαιώνουν ότι ο εργαζόμενος γνωρίζει τη νέα πρόταση, ενώ ουσιαστικά την αγνοεί².

Τέλος, η αρχή της διαφάνειας απαιτεί η προδιατυπωμένη από τον εργοδότη (χωρίς να έχει προηγηθεί ατομική διαπραγμάτευση) νέα τροποποιητική πρόταση, η οποία του παρέχει το δικαίωμα να προσδιορίζει μονομερώς ή και να καταργεί την παροχή (η οποία έχει καταστεί αντικείμενο επιχειρησιακής συνθήειας) να προβλέπει και τον **αντικειμενικό λόγο** για τον οποίο θα ασκείται το δικαίωμα αυτό. Για παράδειγμα, ο εργοδότης καταβάλλει στους εργαζομένους μία οικειοθελή παροχή κάθε Δεκέμβριο. Καταβάλλει την παροχή αυτή επί 5 έτη και στη συνέχεια προσθέτει την εξής ρήτρα: στο εξής η παροχή θα καταβάλλεται μόνο εφ' όσον ο τζίρος αυξάνεται ή παραμένει σταθερός ή δεν μειώνεται κατά ποσοστό μεγαλύτερο του 5%.

Ήδη εκθέσαμε ότι η σχετική αξιολογική θέση που ενυπάρχει στη διάταξη του άρθρ. 2 § 7 περ. ε του Ν. 2251/1994, ότι δηλ. είναι εκ του νόμου καταχρηστικοί οι όροι που «επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο, ο οποίος να αναφέρεται στη σύμβαση», δεν είναι δυνατόν να ισχύει με την ίδια αυστηρότητα και για τους προδιατυπωμένους γενικούς όρους

¹ Βλ. άρθρο 2 § 7 περ. κη του Ν. 2251/1994

² Βλ. άρθρο 2 § 7 περ. κδ του Ν. 2251/1994

εργασίας που αφορούν ιδίως μισθολογικές παροχές, οικειοθελείς στην αφετηρία τους, που καταβάλλονται πέραν των οφειλομένων βάσει του νόμου, των ΣΣΕ ή της αρχικής σύμβασης εργασίας. Οι προδιατυπωμένοι γενικοί όροι αρκεί να αναφέρουν τον **αντικειμενικό λόγο**, για τον οποίο θα ασκείται το δικαίωμα μονομερούς προσδιορισμού ή ανάκλησης της παροχής (και ο οποίος, λόγος, θα σχετίζεται βέβαια κατά κύριο λόγο με τις ανάγκες και τις οικονομικές εξελίξεις της επιχείρησης ή και με την απόδοση του εργαζομένου), χωρίς να απαιτείται να είναι ο λόγος αυτός σπουδαίος ή ειδικότερα προσδιορισμένος. Άλλωστε έχουμε ήδη εκθέσει στα προηγούμενα ότι προδιατυπωμένοι από τον εργοδότη γενικοί όροι εργασίας (που ενσωματώνονται στη σύμβαση χωρίς να έχει λάβει χώρα ατομική διαπραγμάτευση), δεν επιτρέπεται να περιέχουν συμβατικές ρήτρες μονομερούς προσδιορισμού, κατάργησης ή ανάκλησης της παροχής που αφορούν ουσιώδεις όρους εργασίας, όρους δηλ. που διαμορφώνουν τον πυρήνα της σύμβασης εργασίας. Συμβατικές ρήτρες ανάκλησης ή τροποποίησης παροχής που αφορά ουσιώδη όρο της σύμβασης εργασίας (π.χ. υψηλά πριμ υψηλόβαθμων στελεχών) επιτρέπονται, όπως εκθέσαμε, **μόνο μετά από ατομική διαπραγμάτευση**, σε περιπτώσεις όπου υφίστανται προϋποθέσεις ισότιμης διαπραγμάτευσης μεταξύ των μερών.

Επομένως, εφ' όσον τηρείται η αρχή της διαφάνειας, η σιωπή των εργαζομένων και η αδιαμαρτύρητη λήψη της παροχής απέναντι σε μια δυσμενή πρόταση του εργοδότη μπορεί να θεωρείται κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη ως αποδοχή¹. Στην περίπτωση αυτή δημιουργείται νέα αντίθετη επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία και καθίσταται περιεχόμενο των ατομικών συμβάσεων εργασίας².

¹ Βλ. και σελ. 39, 141

² Στο γερμανικό δίκαιο ωστόσο, όπως αναφέραμε (σελ. 141 επ.), η δημιουργία αντίθετης πρακτικής υποβάλλεται σήμερα σε αυστηρότερο δικαστικό έλεγχο βάσει των §§ 305-310 ΓερμΑΚ, με προεξάρχουσα την αρχή της διαφάνειας. Έτσι η αδιαμαρτύρητη λήψη της συνοδευόμενης πλέον από επιφύλαξη παροχής μπορεί να θεωρείται ως αποδοχή υπό πολύ αυστηρότερες προϋποθέσεις από ό,τι συνέβαινε πριν. Επομένως, τα τελευταία χρόνια στο γερμανικό δίκαιο -μετά την απόφαση BAG 18.3.2009- είναι δυσχερής η δημιουργία αντίθετης πρακτικής. Ωστόσο και η νομολογία αυτή μπορεί να θεωρηθεί ότι βρίσκεται υπό εξέλιξη, δεδομένης και της έντονης κριτικής που ασκείται από τη θεωρία (βλ. π.χ. **M. Bieder**, Der Betrieb, 2009, σελ. 1929 επ.).

5. Συμβατικός αποκλεισμός νεοπροσλαμβανομένων από υφιστάμενη πρακτική

Όπως αναφέραμε¹, είναι έγκυρη η συμφωνία, με την οποία ο εργοδότης εκδηλώνει τη βούλησή του να καταργήσει για το μέλλον την υφιστάμενη πρακτική, ως συλλογικό φαινόμενο, συμφωνώντας με όλους τους νεοπροσλαμβανομένους τη μη εφαρμογή της σε αυτούς μετά από μία συγκεκριμένη ημερομηνία. Επίσης ο εργοδότης μπορεί να αποκλείσει μονομερώς, με σαφή του δήλωση, την εφαρμογή της επιχειρησιακής συνήθειας για όσους εργαζομένους θα προσλαμβάνονται από ένα χρονικό σημείο και μετά². Συνεπώς ο εργοδότης μπορεί με τον τρόπο αυτό να καταργήσει σταδιακά την πρακτική³. Εξ άλλου οι νεοπροσλαμβανόμενοι δεν έχουν την ίδια αξίωση για λήψη της παροχής με τους υπόλοιπους εργαζομένους⁴. Όπως ορθά επισημαίνεται⁵, οι νεοπροσλαμβανόμενοι θεωρείται ότι αποτελούν μία ιδιαίτερη, «κλειστή» κατηγορία εργαζομένων. Ο εργοδότης θα μπορούσε επίσης να θέτει εξ αρχής για διάφορους λόγους (που συνδέονται με την επιχείρηση) χρονικά περιθώρια για την ισχύ της πρακτικής, μετά την πάροδο των οποίων η πρακτική καταργείται αυτοδικαίως. Σε περίπτωση μεγάλης διακύμανσης/διαφοροποίησης του προσωπικού (π.χ. μαζικές προσλήψεις ή αποχωρήσεις εργαζομένων, δημιουργία νέας κατηγορίας προσωπικού λόγω συγχώνευσης με άλλη επιχείρηση ή εξαγοράς άλλης επιχείρησης κ.ο.κ.) δεν αποκλείεται η αποσπασματική μεταβολή ή κατάργηση της πρακτικής της εκμετάλλευσης να αποβλέπει στην ενοποίηση (ομογενοποίηση) των όρων εργασίας ή στη δημιουργία κινήτρων υπέρ ορισμένων κατηγοριών εργαζομένων. Στις

¹ Σελ. 73

² Βλ. **K. Bepler**, RdA 2004, σελ. 226, 238

³ ΕφΑθ 7987/2000, ΕλλΔνη 2001, σελ. 476, BAG, απόφαση της 28.7.2004, 10 AZR 19/04, NZA 2004, 1152, BAG 14.11.2001-10 AZR 152/01, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Δ' εκδ. 2019, σελ. 248, **Χρ. Αγαλλόπουλος**, Εργατικόν Δίκαιον, Σχέσις Εργασίας, 1958, σελ. 74, **Αλ. Καρακατσάνης**, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, Ξένιον, Festschrift für Pan. J. Zepos, τόμ. III, 1973, σελ. 87, ErfK/**Preis**, § 611 BGB Rn. 227, **Bj. Ken Braun**, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 56, **K. Bepler**, Betriebliche Übungen, RdA 2004, Heft 4, σελ. 238

⁴ Σελ. 72

⁵ **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 813

περιπτώσεις όμως αυτές μία προνομιούχος μεταχείριση ορισμένων εργαζομένων μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την εργασιακή ειρήνη στην επιχείρηση¹.

6. Μεταβολή της επιχειρησιακής συνήθειας με τροποποιητική καταγγελία ή άσκηση δικαιώματος ανάκλησης

Εφ' όσον οι εργαζόμενοι δεν συμφωνούν στην κατάργηση ή τροποποίηση μιας ευνοϊκής γι' αυτούς πρακτικής και εφ' όσον η μεταβολή ή κατάργηση της πρακτικής δεν μπορεί να γίνει βάσει επιφύλαξης που έχει διατηρήσει ο εργοδότης ή με την άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, τότε ο εργοδότης κατ' ανάγκη θα προσφύγει στην τροποποιητική καταγγελία. Τροποποιητική καταγγελία είναι η καταγγελία η οποία συνδυάζεται με πρόταση για τροποποίηση των όρων της σύμβασης εργασίας και γίνεται υπό την αίρεση (αναβλητική ή διαλυτική) της απόρριψης από τον εργαζόμενο της πρότασης για τροποποίηση των όρων εργασίας². Σε αντίθεση με τη μερική καταγγελία, στην περίπτωση της τροποποιητικής καταγγελίας, δεν καταγγέλλονται απλά ορισμένοι όροι εργασίας, αλλά όλη η σύμβαση εργασίας στο σύνολό της. Και όταν η τροποποιητική καταγγελία τελεί υπό αναβλητική αίρεση, το αποτέλεσμα της καταγγελίας (δηλ. η λύση της σύμβασης εργασίας) αναβάλλεται και επέρχεται όταν ο εργαζόμενος αποκρούσει την προτεινόμενη από τον εργοδότη μεταβολή των όρων εργασίας. Όταν αντιθέτως η τροποποιητική καταγγελία τελεί υπό διαλυτική αίρεση, τότε το αποτέλεσμα της καταγγελίας επέρχεται μεν αμέσως μόλις περιέλθει η τροποποιητική καταγγελία στον εργαζόμενο, αίρεται όμως αν ο εργαζόμενος αποδεχθεί την προτεινόμενη μεταβολή. Είναι δυνατόν επίσης να μην περιέχει αίρεση η τροποποιητική καταγγελία. Αυτό συμβαίνει όταν ο εργοδότης **πριν ή ταυτόχρονα** με τη γνωστοποίηση της καταγγελίας και σε συνδυασμό με αυτή γνωστοποιεί στον μισθωτό πρόταση για σύναψη νέας σύμβασης εργασίας με τροποποιημένους όρους³. Η νομιμότητα της προσθήκης αίρεσης στην άσκηση

¹ **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 393

² **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 93 επ., **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Ελλάδα 1995, σελ. 811

³ Βλ. σχετικά **Γ. Λεβέντη**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 94, **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 263, 297 επ., **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 623

του διαπλαστικού δικαιώματος της καταγγελίας δεν αμφισβητείται στην περίπτωση της τροποποιητικής καταγγελίας, διότι πρόκειται για αίρεση εξουσιαστική, δηλ. για αίρεση η πλήρωση της οποίας εξαρτάται αποκλειστικά από τη βούληση του εργαζομένου.

Στην περίπτωση της τροποποιητικής καταγγελίας ο εργαζόμενος έχει τις εξής εναλλακτικές δυνατότητες¹: α) Να αποδεχθεί την προτεινόμενη μεταβολή των όρων εργασίας, οπότε συνάπτεται νέα σύμβαση με τροποποιημένο περιεχόμενο. Η αποδοχή της προτεινόμενης μεταβολής μπορεί να είναι σιωπηρή, να συνάγεται δηλ. από το γεγονός ότι ο εργαζόμενος συνεχίζει να εργάζεται υπό τους τροποποιημένους όρους, β) Να απορρίψει την προτεινόμενη μεταβολή, οπότε πληρούται η αίρεση (αναβλητική ή διαλυτική) και λύεται η σύμβαση εργασίας. Στην περίπτωση όμως αυτή ο εργαζόμενος αναλαμβάνει τον κίνδυνο να κριθεί από το δικαστήριο, κατόπιν προσφυγής του, η προταθείσα από τον εργοδότη μεταβολή ως δικαιολογημένη και να απωλέσει έτσι οριστικά τη θέση εργασίας του, δεδομένου ότι δεν μπορεί να επανέλθει και να αποδεχθεί εκ των υστέρων την προταθείσα μεταβολή². Για τον λόγο αυτό ασφαλέστερη είναι η τρίτη λύση: γ) Δηλ. να αποδεχθεί την προτεινόμενη μεταβολή με **επιφύλαξη** και να συνεχίσει να εργάζεται υπό τους νέους όρους, συγχρόνως όμως να προσφύγει στο δικαστήριο, προκειμένου να κρίνει αυτό αν η μεταβολή των όρων που πρότεινε ο εργοδότης ήταν δικαιολογημένη ή καταχρηστική. Με την τροποποιητική καταγγελία ο εργοδότης δεν αποβλέπει στη λύση, αλλά στην **τροποποίηση** της σύμβασης με νέους (κατά κανόνα δυσμενέστερους) όρους εργασίας. Η τροποποιητική καταγγελία είναι συχνά η μοναδική διέξοδος για τη μεταβολή των όρων εργασίας. Δεδομένου ότι η τροποποιητική καταγγελία, συγχρόνως με την πρόταση τροποποίησης των όρων εργασίας, περιέχει και καταγγελία της σύμβασης εργασίας, είναι προφανές ότι πρέπει να συγκεντρώνει όλες τις

¹ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1993, σελ. 94 επ., **Κ. Φουντεδάκη**, Η τροποποιητική καταγγελία της σύμβασης εργασίας, Αρμ. 1991, σελ. 213 επ., **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 297 επ., **Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., σελ. 623 επ., **Andr. Krämer**, Der Widerruf im Arbeitsrecht, 1995, σελ. 79, ΑΠ 944/2005, ΔΕΕ 2005, 421, ΑΠ 293/2004, ΕΕργΔ 2004, 1283

² Πρβλ. **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 298

προϋποθέσεις που απαιτεί ο νόμος για την έγκυρη άσκηση της καταγγελίας από την πλευρά του εργοδότη¹.

Το κύριο ζητούμενο στην περίπτωση της τροποποιητικής καταγγελίας είναι η νομιμότητά της και το μέτρο με το οποίο αυτή θα κριθεί². Η τροποποιητική καταγγελία, για να είναι νόμιμη, πρέπει -εκτός από την τήρηση των λοιπών προϋποθέσεων νομιμότητας- να μην ασκείται κατά κατάχρηση δικαιώματος (281 ΑΚ). Δεδομένου ότι στην τροποποιητική καταγγελία προέχει η τροποποίηση των όρων εργασίας και όχι η λύση της σύμβασης εργασίας, κατά τον έλεγχο της καταχρηστικότητας το δικαστήριο εξετάζει πρωτίστως τους λόγους που προκάλεσαν την τροποποιητική καταγγελία καθώς και τους προτεινόμενους από τον εργοδότη νέους όρους εργασίας³.

Οι λόγοι που δικαιολογούν την τροποποιητική καταγγελία συνδέονται συνήθως είτε με το πρόσωπο είτε με τη συμπεριφορά του μισθωτού είτε με λόγους που αφορούν την επιχείρηση. Επειδή οι όροι εργασίας που ρυθμίζει η επιχειρησιακή συνήθεια αφορούν το σύνολο του προσωπικού της επιχείρησης ή ενός τμήματος της επιχείρησης ή μία κατηγορία προσωπικού, οι λόγοι που δικαιολογούν την τροποποίηση ή την κατάργηση της πρακτικής θα είναι συνήθως λόγοι που αφορούν την επιχείρηση, δηλ. λόγοι **οικονομικοτεχνικοί**, π.χ. μείωση του κόστους λειτουργίας της επιχείρησης, αναδιάρθρωση κ.ο.κ. Είναι γνωστό ότι οι οικονομικοτεχνικοί λόγοι που επικαλείται ο εργοδότης για να δικαιολογήσει την τροποποιητική καταγγελία, είναι αποφάσεις που λαμβάνει ως επιχειρηματίας για την προσφορότερη οργάνωση και λειτουργία της επιχείρησης. Ως επιχειρηματικές αποφάσεις που λαμβάνονται στο πλαίσιο άσκησης της οικονομικής και επαγγελματικής ελευθερίας δεν ελέγχονται από τα δικαστήρια ως προς την σκοπιμότητά τους⁴. Ο δικαστικός έλεγχος περιορίζεται μόνο στο εάν οι επιχειρηματικές αυτές αποφάσεις είναι **υπαρκτές** και όχι **προσχηματικές** και αν οι αποφάσεις αυτές υπήρξαν πράγματι η αιτία της

¹ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 111, 143, **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 395

² **Andr. Krämer**, ό.π., σελ. 79

³ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, σελ. 115 επ., 125 επ., **Ι. Κουκιάδης**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Η' εκδ., σελ. 1039 επ., **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 1284 επ.

⁴ Βλ. **Γ. Λεβέντη**, ό.π., σελ. 125, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 626, BAG 20.2.1986, NZA 1986, 823

προτεινόμενης τροποποίησης των όρων εργασίας, αν δηλ. η μεταβολή των όρων εργασίας δικαιολογείται τελικά από τις συνθήκες και τις ανάγκες της επιχείρησης¹.

Ο δικαστικός όμως έλεγχος δεν περιορίζεται στους λόγους που προκάλεσαν την τροποποιητική καταγγελία, αλλά επεκτείνεται και στους νέους όρους που πρότεινε ο εργοδότης. Το γεγονός ότι οικονομικο-τεχνικές ανάγκες της επιχείρησης δικαιολογούν μία μεταβολή των όρων εργασίας, δεν σημαίνει ότι ο εργοδότης είναι ελεύθερος να προτείνει οποιαδήποτε τροποποίηση των όρων εργασίας². Για να είναι νόμιμη η τροποποιητική καταγγελία και να μην ασκείται κατά κατάχρηση δικαιώματος, πρέπει οι προτεινόμενοι όροι εργασίας να τηρούν τις επιταγές της **αρχής της αναλογικότητας**, πρέπει δηλ. να είναι πρόσφοροι (κατάλληλοι) για να επιτύχουν τον επιδιωκόμενο σκοπό τους, η προτεινόμενη μεταβολή πρέπει να μην υπερβαίνει σε **έκταση** και **ένταση** το αναγκαίο μέτρο αλλά και οι προτεινόμενοι όροι καθ' εαυτοί να είναι εύλογοι και να ανταποκρίνονται στις συντρέχουσες συνθήκες, ώστε να είναι δυνατόν κατά καλή πίστη να γίνουν αποδεκτοί από τον εργαζόμενο³.

Με δεδομένο λοιπόν ότι στην περίπτωση της πρακτικής της εκμετάλλευσης οι λόγοι που επιβάλλουν τη μεταβολή ή την κατάργησή της είναι συνήθως οικονομικο-τεχνικοί και αφορούν το σύνολο ή την κατηγορία του προσωπικού, η τροποποιητική καταγγελία μπορεί να λαμβάνει τη μορφή της ομαδικής τροποποιητικής καταγγελίας, η οποία υπόκειται στους περιορισμούς και στη διαδικασία του Ν. 1387/1983 (όπως τροποποιήθηκε από τους Ν. 2736/1999, 2874/2000, 3488/2006, την από 16.9.2009 ΠΝΠ, τον Ν. 3863/2010 και τελικά τον Ν. 4472/2017) για τις ομαδικές απολύσεις⁴. Συνεπώς η ομαδική τροποποιητική καταγγελία μπορεί να καταλήξει σε μία γνήσια καταγγελία (εφ'

¹ Βλ. **Γ. Λεβέντη**, ό.π., σελ. 125, **Κ. Παπαδημητρίου**, ΔΕΝ 1993, σελ. 246 επ., ΑΠ 944/2005, ΔΕΕ 2005, 421, ΑΠ 913/2006, ΔΕΕ 2007, 625, ΑΠ 1124/2007, ΔΕΝ 2007, 1555

² **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., 2019, σελ. 1285, ΑΠ 698/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

³ Βλ. **Δ. Ζερδελή**, ό.π., σελ. 1284 επ., **Γ. Λεβέντη**, ό.π., σελ. 126 επ., **Ι. Κουκιάδη**, ό.π., σελ. 1039, **Κ. Παπαδημητρίου**, ΔΕΝ 1993, σελ. 247, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 626 επ. Κατά το BAG η τροποποιητική καταγγελία είναι κοινωνικά δικαιολογημένη, αν έχει εκλείψει η ανάγκη απασχόλησης του μισθωτού υπό τους ισχύοντες όρους εργασίας και κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας προσφέρεται στον μισθωτό η ηπιότερη δυνατή μεταβολή των όρων εργασίας του, BAG 29.9.2011, NZA-RR 2012, 158

⁴ Βλ. **Γ. Λεβέντη**, Εξελίξεις στο δίκαιο των ομαδικών απολύσεων μετά την από 21.12.2016 απόφαση του ΔΕΕ και τον Ν. 4472/2017, ΔΕΝ 2017, 992 επ.

όσον οι εργαζόμενοι αποκρούσουν την προτεινόμενη μεταβολή), οπότε, εν όψει της λύσης των συμβάσεων εργασίας μεγάλου αριθμού εργαζομένων, θα πρέπει να τύχει εφαρμογής το δίκαιο των ομαδικών απολύσεων¹. Ακόμη και μία ήπια μονομερής τροποποίηση της σύμβασης από τον εργοδότη, όπως π.χ. μία πολύ μικρή μείωση παροχών που κατέβαλλε ο εργοδότης επιπλέον της ΣΣΕ, μπορεί να υλοποιηθεί με τη χρήση της τροποποιητικής καταγγελίας. Και στην περίπτωση όμως αυτή η τροποποιητική καταγγελία μπορεί να παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και να προσλαμβάνει καταχρηστικό χαρακτήρα².

Η χρήση τροποποιητικής καταγγελίας με σκοπό τη μείωση του μισθού είναι ιδιαίτερα προβληματική³. Γίνεται δεκτό ότι η κακή οικονομική κατάσταση της επιχείρησης και γενικά οι οικονομικές δυσχέρειες του εργοδότη, δεν αποτελούν κατ' αρχήν λόγο μονομερούς διακοπής μιας παροχής που αποτέλεσε αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας, όπως ακριβώς οι οικονομικές δυσχέρειες κάθε οφειλέτη δεν τον απαλλάσσουν από την υποχρέωση εκπλήρωσης των συμβατικών του υποχρεώσεων⁴. Η γερμανική νομολογία, όμως, πάγια δέχεται ότι, κατ' εξαίρεση, όταν η επιχείρηση βρίσκεται σε «κατάσταση οικονομικής ανάγκης» (Wirtschaftliche Notlage), δικαιούται να διακόψει μονομερώς «κοινωνικές παροχές» (Soziale Leistungen)⁵, ακόμη κι αν αυτές τις χορηγούσε για μεγάλο χρονικό διάστημα σταθερά και ανεπιφύλακτα, όταν δηλ. έχουν αποτελέσει αντικείμενο δεσμευτικής πρακτικής. Η κατάσταση οικονομικής ανάγκης είναι δεδομένη στην περίπτωση που, εξαιτίας των οικονομικών δυσχερειών, τίθεται σε κίνδυνο η υπόσταση της επιχείρησης. Η δυνατότητα μονομερούς διακοπής της παροχής θεμελιώνεται άμεσα στην αρχή της καλής πίστης, η οποία σε εξαιρετικές περιπτώσεις επιβάλλει την υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda*. Έτσι, κατά τη γερμανική νομολογία όταν η συνέχιση χορήγησης των κοινωνικών παροχών θα έχει ως συνέπεια την κατάργηση των θέσεων εργασίας,

¹ Βλ. **I. Κουκιάδη**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Η' εκδ., σελ. 1040, **Γ. Λεβέντη**, Η μεταβολή των όρων της σύμβασης εξηρημένης εργασίας, σελ. 141 επ.

² Πρβλ. **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 399

³ Βλ. **I. Κουκιάδη**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Η' εκδ., σελ. 1040, **Δ. Ζερδελη**, Το δίκαιο της καταγγελίας, 2^η εκδ., 2002, σελ. 701 επ., **J. Jensen**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010, σελ. 32, **U. Preis**, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 631

⁴ **J. Jensen**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010, σελ. 32

⁵ BAG GS 16.9.1986, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972

τότε ο εργοδότης δικαιούται να μειώσει ή να διακόψει την παροχή¹. Γενικότερα η μείωση εργασιών και κερδοφορίας της επιχείρησης δικαιολογεί την τροποποιητική καταγγελία για τη μείωση των αποδοχών, όταν με τη μείωση του μισθολογικού κόστους μπορεί να αποφευχθεί το κλείσιμο ή η μείωση του προσωπικού της επιχείρησης². Μάλιστα η προσφυγή στην τροποποιητική καταγγελία για τη μείωση του μισθολογικού κόστους δεν προϋποθέτει ότι η επιχείρηση διατρέχει άμεσο κίνδυνο κατάρρευσης, αρκεί το γεγονός ότι η επιχείρηση είναι ζημιογόνος και η πορεία αυτή πρέπει να αναστραφεί. Όταν όμως η επιχείρηση είναι κερδοφόρος η αρχή *pacta sunt servanda* δεν επιτρέπει, κατά τον Preis, να επιδιώκεται βελτίωση της κερδοφορίας αυτής με τη μείωση του μισθολογικού κόστους μέσω τροποποιητικής καταγγελίας³. Κατά τη γνώμη μας η κερδοφορία δεν είναι πάντα ασφαλές κριτήριο για τις προοπτικές μιας επιχείρησης. Είναι πιθανό να μειώνεται από έτος σε έτος ο κύκλος εργασιών μιας επιχείρησης και αυτή να παραμένει κερδοφόρος. Για τον λόγο αυτό, είναι εύλογο ο επιχειρηματίας να επιθυμεί να βελτιώσει τις προοπτικές αυτές, οπότε σε ορισμένες περιπτώσεις μπορεί να καταφεύγει και στον μηχανισμό της τροποποιητικής καταγγελίας. Επίσης η προσφυγή στην τροποποιητική καταγγελία για τη μείωση των εργοδοτικών παροχών που καταβάλλονται μετά τη λήξη της σύμβασης εργασίας (μετεργασιακή μέριμνα) δεν γίνεται δεκτή από τη θεωρία⁴.

Όταν η τροποποιητική καταγγελία επιδιώκει τη μείωση του μισθολογικού κόστους της επιχείρησης, ελέγχεται δικαστικά η όλη οικονομική κατάσταση της επιχείρησης, ελέγχεται δηλ. αν ο κύκλος εργασιών, τα οικονομικά αποτελέσματα, η τρέχουσα οικονομική κατάσταση και η κατάσταση ρευστότητας της επιχείρησης, επιτρέπουν την περαιτέρω απασχόληση των μισθωτών υπό τους ισχύοντες μισθολογικούς όρους εργασίας⁵. Στο ελληνικό δίκαιο η καταγγελία της σύμβασης εργασίας είναι μεν αναίτιωδης, ωστόσο στο πλαίσιο του δικαστικού ελέγχου της καταχρηστικότητας της καταγγελίας αλλά και στο πλαίσιο ελέγχου

¹ BAG 26.6.2008, 2 AZR 139/07, NZA 2008, 1182, BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587, BAG 16.5.2002-2 AZR 292/01, BAG 20.3.1986, 2 AZR 139/07, NZA 1986, 824.

² BAG 20.3.1986, NZA 1986, 824, 825

³ **U. Preis**, *Individualarbeitsrecht*, 5^η εκδ., 2017, σελ. 631 (αρ. 3197)

⁴ **Chr. Picker**, *Die betriebliche Übung*, 2011, σελ. 413

⁵ **U. Preis**, *ό.π.*, σελ. 631 (αρ. 3195)

της καταχρηστικότητας της τροποποιητικής καταγγελίας ελέγχεται αναπόφευκτα η αιτία της προτεινόμενης μεταβολής.

Κατά το γερμανικό δίκαιο θα πρέπει ο εργοδότης, προκειμένου να υλοποιήσει το σχέδιο εξυγίανσης της επιχείρησης, να παρουσιάσει στους εργαζομένους την οικονομική κατάσταση της επιχείρησης, το μέγεθος του εργατικού κόστους καθώς και τις συνέπειες της επιδιωκόμενης μείωσης του κόστους¹. Θα πρέπει μάλιστα ο εργοδότης να εκθέσει προς εξέταση το επιχειρηματικό του σχέδιο καθώς και τις επιπτώσεις του στην απασχόληση. Εφ' όσον είναι δυνατή η μείωση του κόστους με άλλα, λιγότερο επαχθή μέσα (π.χ. με την ανάκληση επί μέρους επιδομάτων βάσει υπάρχουσας σχετικής ρήτηρας), δεν είναι δυνατή η τροποποίηση ή κατάργηση της πρακτικής με τροποποιητική καταγγελία². Η τροποποιητική καταγγελία επίσης δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί στην περίπτωση της συνταξιοδοτικής φύσης παροχής εκ μέρους του εργοδότη, διότι η τροποποιητική καταγγελία προϋποθέτει μία υπάρχουσα σχέση εργασίας³. Για τον λόγο αυτό, όπως ήδη αναφέραμε, η τροποποιητική καταγγελία δεν θεωρείται κατάλληλο μέσο για την μεταβολή ή κατάργηση της πρακτικής που έχει ως αντικείμενο συνταξιοδοτικής φύσης εργοδοτικές παροχές, δηλ. παροχές που καταβάλλονται μετά την αποχώρηση του μισθωτού από την εργασία⁴, παρά μόνο σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις που κινδυνεύει η υπόσταση της επιχείρησης. Αυτό δέχεται το ίδιο το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό.

Το BAG ωστόσο δεν ακολουθεί την ίδια τακτική όσον αφορά δευτερεύουσες ή παρεπόμενες συμφωνίες, που αφορούν συμπληρωματικές παροχές, οι οποίες είναι εύλογο να μην παραμένουν ίδιες καθ' όλη τη διάρκεια της εργασιακής σχέσης. Έτσι το 2^ο Τμήμα του BAG (2. Senat) έχει δεχθεί ότι ο εργοδότης μπορεί να προσφύγει σε τροποποιητική καταγγελία όταν κατέβαλλε επί μακρόν στους εργαζομένους του ως αμοιβή για την πρόσθετη εργασία από κάποια ώρα και μετά ένα σταθερό ποσό (ανεξαρτήτως των ωρών πρόσθετης εργασίας), προκειμένου να

¹BAG 10.9.2009, 2 AZR 822/07, DB 2010, 563

²BAG 28.4.1982, NJW 1982, 2687

³**Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 398, BAG 10.12.1971, 3 AZR 190/71, AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt. Ωστόσο νεότερες αποφάσεις παραχωρούν ουσιαστικά το δικαίωμα στον εργοδότη να τροποποιήσει και να προσαρμόσει στις νέες συνθήκες τις συνταξιοδοτικές φύσεως παροχές του λόγω «διατάραξης του δικαιοπρακτικού θεμελίου» BAG, αποφ. της 9.7.1985, 3 AZR 546/82, SAE 1987, 195, αποφ. της 18.3.2003, 3 AZR 101/02, NZA 2004, 1099

⁴BAG GS, απόφαση της 16.9.1986, GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972

μεταβάλει αυτή την επιχειρησιακή συνήθεια και να αμείβει στο εξής τους εργαζομένους σύμφωνα με τις πράγματι παρεχόμενες ώρες πρόσθετης εργασίας¹. Η συνολική και ενιαία αμοιβή της πρόσθετης εργασίας στην περίπτωση αυτή είχε συμφωνηθεί για την απλοποίηση της αμοιβής της εργασίας και για τον λόγο αυτό θα πρέπει κάθε τέτοια συμφωνία να μπορεί πάντα να προσαρμόζεται στις πραγματικές συνθήκες της εργασιακής σχέσης. Επί πλέον το 2^ο Τμήμα του BAG έχει κρίνει επιτρεπτή την τροποποιητική καταγγελία, προκειμένου ο εργοδότης να μπορέσει να διακόψει τη μέχρι τότε δωρεάν μεταφορά των εργαζομένων στην επιχείρηση με λεωφορείο. Η δωρεάν μεταφορά των εργαζομένων στον χώρο εργασίας παρείχεται λόγω της έλλειψης μέσων μαζικής μεταφοράς στη συγκεκριμένη περιοχή. Όταν όμως οι συνθήκες μεταβλήθηκαν και μπορούσαν πλέον οι εργαζόμενοι να χρησιμοποιούν τα μέσα μαζικής μεταφοράς για τη μετάβασή τους στον χώρο εργασίας, ήταν εύλογο να προσαρμοσθεί η εργασιακή σχέση στις νέες συνθήκες². Είναι εύλογο λοιπόν πρακτικές που αφορούν δευτερεύουσες ή συμπληρωματικές παροχές να μπορούν να προσαρμόζονται στις μεταβαλλόμενες συνθήκες της εργασιακής σχέσης.

Εφ' όσον συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι για την προσφυγή στην τροποποιητική καταγγελία, ο εργοδότης μπορεί να προσφύγει σε αυτήν και δεν έχει σημασία αν η αξίωση των εργαζομένων βασίζεται σε ρητά συμφωνηθέντα όρο της σύμβασης ή σε επιχειρησιακή συνήθεια. Δεδομένου όμως ότι η τροποποιητική καταγγελία στο γερμανικό δίκαιο πρέπει να πληροί τις αυστηρές προϋποθέσεις των άρθρων 1 και 2 KSchG (πρέπει η τροποποιητική καταγγελία να είναι κοινωνικά δικαιολογημένη, να δικαιολογείται δηλ. από λόγους που συνδέονται με το πρόσωπο ή τη συμπεριφορά του μισθωτού ή με επείγουσες ανάγκες της εκμετάλλευσης), στην περίπτωση της επιχειρησιακής συνήθειας - όπως αναφέραμε προηγουμένως- μπορεί να εφαρμοστεί περιορισμένα³.

Ας σημειωθεί ότι ο εργοδότης δεν μπορεί να μεταβάλει ή καταργήσει την επιχειρησιακή συνήθεια ασκώντας μερική καταγγελία. Με τη μερική καταγγελία καταγγέλλονται ορισμένοι μόνο όροι της σύμβασης εργασίας, ενώ δεν θίγεται το λοιπό περιεχόμενο της σύμβασης, ούτε λύεται η σύμβαση εργασίας. Και επειδή

¹BAG 23.11.2000, 2 AZR 547/99, NZA 2001, 492

²BAG 27.3.2003 – 2 AZR 74/02

³ **J. Jensen**, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010, σελ. 33

με τη μερική καταγγελία δεν προκαλείται η λύση της σύμβασης εργασίας, δεν εφαρμόζονται επί της μερικής καταγγελίας οι διατάξεις για την καταγγελία της σύμβασης εργασίας¹. Η μερική καταγγελία κατά την κρατούσα άποψη² δεν επιτρέπεται, διότι αποτελεί μονομερή επέμβαση στο περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας, πράγμα που δεν συμβιβάζεται με τη συμβατική ελευθερία των μερών και τη δεσμευτικότητα της σύμβασης (*pacta sunt servanda*). Πράγματι οι όροι της σύμβασης βρίσκονται μεταξύ τους σε μία σχέση αλληλεξάρτησης και εσωτερικής ισορροπίας. Π.χ. ο όρος α που ικανοποιεί τον ένα συμβαλλόμενο έχει γίνει αποδεκτός, διότι έχει συμφωνηθεί και ο όρος β που ικανοποιεί τον άλλο συμβαλλόμενο. Η απομόνωση και καταγγελία ορισμένου μόνο εκ των όρων της σύμβασης ανατρέπει αυτή την εξισορρόπηση των συμφερόντων στην οποία απέβλεψαν οι συμβαλλόμενοι. Κατά τη χαρακτηριστική διατύπωση του BAG³ με τη μερική καταγγελία απαλλάσσεται ο ένας συμβαλλόμενος από μία υποχρέωση έναντι του αντισυμβαλλομένου του που προκύπτει από τη σύμβαση, χωρίς όμως συγχρόνως να παραιτείται και αυτός από τα δικαιώματά του (έναντι του αντισυμβαλλομένου του) που προκύπτουν επίσης από τη σύμβαση αυτή. Κατ' εξαίρεση γίνεται δεκτό ότι η μερική καταγγελία επιτρέπεται, αν οι συμβαλλόμενοι τη συμφώνησαν ρητά ή σιωπηρά. Αυτό συμβαίνει συνήθως επί συγκεκριμένων παροχών που χορηγεί οικειοθελώς ο εργοδότης. Στην περίπτωση όμως αυτή δεν πρόκειται για κατά κυριολεξία μερική καταγγελία αλλά για συμβατικό όρο μονομερούς ανάκλησης συγκεκριμένης παροχής⁴.

Όπως αναφέραμε, ο εργοδότης έχει τη δυνατότητα να ασκήσει δικαίωμα ανάκλησης μιας οικειοθελούς παροχής, εφ' όσον έχει επιφυλάξει για τον εαυτό του το δικαίωμα αυτό με την προσθήκη σχετικού όρου στην ατομική σύμβαση εργασίας. Αν, επομένως, η χορήγηση μιας παροχής από τον εργοδότη συνοδεύεται από ρήτρα (επιφύλαξη) ανάκλησης, ο εργαζόμενος είναι υποχρεωμένος να δεχθεί την ανάκληση της παροχής και τη μεταβολή ή κατάργηση της διαμορφωθείσας πρακτικής. Όπως έχουμε εκθέσει στα προηγούμενα, η ρήτρα ανάκλησης της παροχής υποβάλλεται σε δικαστικό

¹ Γ. Λεβέντης, Η μεταβολή, σελ. 140

² Βλ. **Zöllner/Loritz/Hergentröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 263 επ., Γ. Λεβέντη, ό.π., σελ. 139 επ.

³ BAG 12.2.1987-6 AZR 129/84

⁴ Γ. Λεβέντης, Η μεταβολή, σελ. 140

έλεγχο σε δύο επίπεδα: Κατά πρώτον ελέγχεται αν η επιφύλαξη είναι νόμιμη από πλευράς περιεχομένου. Εφ' όσον η επιφύλαξη κριθεί νόμιμη, τότε ελέγχεται -σε δεύτερη φάση- αν το δικαίωμα που προκύπτει από αυτή ασκείται στη συγκεκριμένη περίπτωση νόμιμα (σύμφωνα με τους όρους και προϋποθέσεις που θέτει η επιφύλαξη) ή καταχρηστικά. Υποστηρίζεται ορθά ότι όταν η τροποποιητική καταγγελία για την κατάργηση μιας παροχής είναι νόμιμη, τότε νόμιμη πρέπει να θεωρείται και η ρήτρα ανάκλησης της παροχής αυτής¹. Το δικαίωμα ανάκλησης του εργοδότη θα έχει τη μορφή της επιφύλαξης ελευθεριότητας ή της επιφύλαξης ανάκλησης, οι οποίες αναπτύχθηκαν παραπάνω (σελ. 102 επ.). Είναι ευνόητο ότι η επιφύλαξη ελευθεριότητας ή ανάκλησης δεν επιτρέπεται να έχει αναδρομική ισχύ².

Όσο ο εργοδότης (πέραν της επιφύλαξης ελευθεριότητας ή ανάκλησης) έχει τη δυνατότητα να διατυπώσει ρήτρα συμψηφισμού. Με τον τρόπο αυτό μπορεί να αντιδράσει σε μισθολογικές αυξήσεις συνεπεία συλλογικών διαπραγματεύσεων και ΣΣΕ, συμψηφίζοντας τα τμήματα των αποδοχών που χορηγεί ο εργοδότης πέραν των κατωτάτων ορίων των ΣΣΕ με αυξήσεις που θα προκύψουν ενδεχομένως λόγω αντικατάστασης της υπάρχουσας ΣΣΕ με άλλη ΣΣΕ, η οποία θα προβλέπει αύξηση των αποδοχών. Κατά τον Blomeyer, η μη χρήση της επιφύλαξης συμψηφισμού μπορεί με τον καιρό να οδηγήσει στην ανισχυροποίησή της, τουλάχιστον από ψυχολογική πλευρά, αν όχι και από νομική³.

7. Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών - Ανατροπή του «δικαιοπρακτικού θεμελίου»

Στο δίκαιό μας γίνεται δεκτό ότι εφ' όσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του αρ. 388 ΑΚ (απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών), είναι δυνατή η τροποποίηση ή η

¹ **Andr. Krämer**, Der Widerruf im Arbeitsrecht, 1995, σελ. 83

² BAG 27.2.1972-5 AZR 141/72, BB 1973, σελ. 142, 143

³ **W. Blomeyer**, Μεταβολές των όρων εργασίας από τον εργοδότη για οικονομικούς λόγους, ΔΕΝ 1993, σελ. 405

κατάργηση της πρακτικής από το δικαστήριο¹. Με τη διάταξη αυτή, ο έλληνας νομοθέτης ουσιαστικά αποδέχθηκε τη γερμανικής προέλευσης θεωρία του «δικαιοπρακτικού θεμελίου» (Geschäftsgrundlage)². Η διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ αποτελεί κατά κοινή ομολογία απόρροια της αρχής της καλής πίστης και της αρχής της επιείκειας³. Όπως προκύπτει από τη διατύπωσή της, το πεδίο εφαρμογής της περιορίζεται στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις και ρυθμίζεται μόνο η περίπτωση κατά την οποία λόγω απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών ανατρέπεται η ισορροπία παροχής και αντιπαροχής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να μη μπορεί πλέον, σύμφωνα με την καλή πίστη, να αξιωθεί από τον οφειλέτη η εκπλήρωση της παροχής, όπως αρχικά συμφωνήθηκε. Η διάταξη αυτή επιδιώκει κατ' ακριβολογία να αποκαταστήσει την ανατροπή που υπέστησαν οι οικονομικές βάσεις και οι προϋποθέσεις πάνω στις οποίες στηρίχθηκαν από κοινού τα συμβαλλόμενα μέρη, προκειμένου να καταρτίσουν την αμφοτεροβαρή σύμβαση. Είναι ευνόητο ότι η διάταξη αυτή εφαρμόζεται στις περιπτώσεις που ο εργοδότης δεν έχει διατυπώσει επιφύλαξη ανάκλησης της παροχής⁴. Δηλ. η διάταξη του αρθρ. 388 ΑΚ έχει **επικουρικό** χαρακτήρα⁵, εφαρμόζεται όταν δεν είναι δυνατή η μεταβολή της πρακτικής με άλλα μέσα που προκύπτουν από τη σύμβαση (π.χ. με ερμηνεία της σύμβασης, με τη χρήση ρήτρας ανάκλησης της παροχής). Η αναπροσαρμογή του περιεχομένου της σύμβασης γίνεται από τον δικαστή, μετά από αγωγή, ανταγωγή ή και ένσταση του διαδίκου που βλάπτεται από τη μεταβολή των συνθηκών, δηλ. με διαπλαστική δικαστική απόφαση⁶. Κοινό δικαιοπρακτικό θεμέλιο μπορεί να αποτελέσει καθετί στο οποίο

¹ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 151, **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 62

² Σύμφωνα με το άρθρο 313 του Γερμανικού Αστικού Κώδικα, όταν η εφαρμογή της σύμβασης σύμφωνα με το αρχικό περιεχόμενό της δεν μπορεί να απαιτηθεί από τον ένα συμβαλλόμενο, θα πρέπει η σύμβαση να προσαρμόζεται στις νέες συνθήκες. **Απ. Γεωργιάδης**, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2^η εκδ., 1997, σελ. 466, BAG 6.11.2002, 5 AZR 330/01

³ ΑΠ 187/1990, ΝοΒ 1991, σελ. 913, ΑΠ 627/1987, ΝοΒ 1988, σελ. 1420, **Απ. Χελιδόνης** σε ΣΕΑΚ **Απ. Γεωργιάδη**, Τόμος Ι, 2010, σελ. 786

⁴ **Franz-Jürgen Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971, σελ. 407

⁵ Πρβλ. **W. Hromadka**, Änderung der Arbeitsbedingungen, RdA 1992, σελ. 234 επ. (260 επ.)

⁶ Βλ. **Απ. Γεωργιάδη**, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1999, σελ. 345, **Μ. Σταθόπουλο**, Γενικό Ενοχικό, Ε' εκδ., 2018, σελ. 1492, ΕφαΘ 5492/2001, ΕΛΛΔνη 2003, 553. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι σύμφωνα με το άρθρο 313 του Γερμανικού ΑΚ, η τροποποίηση της σύμβασης στο γερμανικό δίκαιο σε περίπτωση απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών δεν επέρχεται με δικαστική απόφαση, σε αντίθεση με το ελληνικό δίκαιο.

στηρίχθηκαν κυρίως τα μέρη για τη σύναψη της σύμβασης και το οποίο δεν έγινε περιεχόμενο της σύμβασης είτε ρητά είτε σιωπηρά¹.

Δεν πρέπει ωστόσο να λησμονείται ότι η διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ αποτελεί εξαιρετικό δίκαιο, το οποίο επιδέχεται στενή εφαρμογή και ερμηνεία. Στόχος της ήταν η αρχή της τήρησης των συμφωνηθέντων να υποστεί τη μικρότερη δυνατή προσαρμογή στην ανάγκη ικανοποίησης της **συμβατικής δικαιοσύνης**, που συνιστά την πραγματική ratio της ΑΚ 388². Έτσι γίνεται ευρέως δεκτό ότι πριν την προσφυγή στην ΑΚ 388 θα πρέπει να προηγηθεί συμπληρωματική ερμηνεία της σύμβασης, προκειμένου αυτή να περισωθεί με το αρχικό κατά το δυνατό περιεχόμενό της, επιπλέον δε θα πρέπει να είναι εμφανής η ανεπιείκεια («...υπέρμετρα επαχθής...») της εμμονής στην αρχική παροχή³. Η διάταξη της ΑΚ 388 εισάγει ένα συνδυασμό αντικειμενικών και υποκειμενικών κριτηρίων για τη διαπίστωση της έκτακτης και απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών. Κρίσιμο θα πρέπει να είναι το ότι για το ένα συμβαλλόμενο μέρος (εδώ για τον εργοδότη), έτσι όπως έχουν πια τα πράγματα, δεν θα προέβαινε στη χορήγηση της οικειοθελούς παροχής, αν γνώριζε εξ αρχής ότι ασυνήθιστα γεγονότα θα προκαλούσαν την απρόβλεπτη αυτή μεταβολή των συνθηκών η οποία επηρεάζει την εκπλήρωση της παροχής⁴.

Είναι ενδιαφέρον να παρακολουθήσει κανείς πώς το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό (BAG) αντιμετώπισε την ανάγκη προσαρμογής των εργοδοτικών παροχών στις μεταβαλλόμενες οικονομικές συνθήκες, όταν εξ αιτίας της μεταβολής των συνθηκών τίθενται σε κίνδυνο οι θέσεις εργασίας ή η ίδια η υπόσταση της επιχείρησης. Το BAG δέχτηκε ότι είναι δυνατή η μείωση ή και η κατάργηση ακόμη και παροχών συνταξιοδοτικής φύσης (δηλ. παροχών μετεργασιακής μέριμνας), όταν η επιχείρηση βρίσκεται σε κατάσταση οικονομικής ανάγκης (wirtschaftliche Notlage). Αρχικά η νομολογία συνήγαγε

¹ **Μ. Σταθόπουλος**, Γεν. Ενοχικό, Ε' εκδ., 2018, σελ. 1483, **Palandt/Grüneberg**, 2011, § 313 Rn. 10

² **Μ. Σταθόπουλος**, ό.π., σελ. 1472 επ.

³ **Μ. Σταθόπουλος**, ό.π., σελ. 1488 επ., **W. Hromadka**, Änderung der Arbeitsbedingungen, RdA 1992, σελ. 263, **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 415, **Απ. Χελιδόνης** σε ΣΕΑΚ **Απ. Γεωργιάδη**, Τόμος Ι, 2010, σελ. 787 επ.

⁴ **Μ. Σταθόπουλος**, ό.π., σελ. 1486 επ., **Απ. Γεωργιάδης**, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος, 1999, σελ. 343 επ.

τη δυνατότητα αυτή από την υποχρέωση πίστωσης των εργαζομένων¹, από την αλληλεγγύη² που συνδέει τους λαμβάνοντες την παροχή με τους λοιπούς εργαζομένους της επιχείρησης και από την καλή πίστη³ (242 ΓερμΑΚ, 288 ΑΚ). Αργότερα, το 1971, το BAG⁴ αιτιολόγησε τη δυνατότητα μεταβολής με τη σκέψη ότι θεμέλιο κάθε υπόσχεσης για χορήγηση παροχών είναι ότι η επιχείρηση είναι σε θέση να εκπληρώσει τις παροχές αυτές, σκέψη η οποία θυμίζει την παλαιότερη θεωρία της *clausura rebus sic stantibus*, σύμφωνα με την οποία σε κάθε συμφωνία ενυπάρχει μία σιωπηρή ρήτρα ότι οι όροι της συμφωνίας θα ισχύουν, εφ' όσον δεν μεταβληθούν ουσιωδώς οι συνθήκες που υπήρχαν κατά τη σύναψή της⁵. Τελικά το BAG αιτιολόγησε τη δυνατότητα ανάκλησης ή αναπροσαρμογής των εργοδοτικών παροχών με τη θεωρία της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Σύμφωνα με την από 26.4.1988 απόφαση του BAG⁶, ο εργοδότης δεν μπορεί να δεσμεύεται - βάσει των αρχών της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου- από μία υπόσχεση χορήγησης παροχής, όταν εξ αιτίας της μεταβολής των συνθηκών η υποχρέωσή του καθίσταται τόσο μεγάλη, τόσο επαχθής, ώστε να μην μπορεί πλέον, κατά καλή πίστη, να αξιωθεί από αυτόν ως οφειλέτη η εκπλήρωση της συμβατικής του αυτής υποχρέωσης. Η επιχείρηση βρίσκεται στην παραπάνω κατάσταση οικονομικής ανάγκης, όταν εξ αιτίας των υποχρεώσεών της τίθεται σε κίνδυνο η ύπαρξή της. Μάλιστα κατά το BAG η ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου μπορεί να απαλλάξει την επιχείρηση ακόμη και από υποχρεώσεις που έχει αναλάβει με το κοινωνικό πλάνο (*Sozialplan*) που συμφωνείται μεταξύ της επιχείρησης και του Συμβουλίου Εργαζομένων. Στην περίπτωση αυτή οι κοινωνικοί εταίροι (δηλ. η επιχείρηση και το Συμβούλιο Εργαζομένων) πρέπει να διαπραγματευθούν εκ νέου, προκειμένου να προσαρμόσουν τους όρους του κοινωνικού πλάνου στις μεταβληθείσες πραγματικές συνθήκες⁷.

¹BAG 23.6.1955, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Ruhegehalt, BAG 23.4.1959, AP Nr. 51 zu § 242 BGB Ruhegehalt

²BAG 23.6.1955, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Ruhegehalt, BAG 23.4.1959, AP Nr. 51 zu § 242 BGB Ruhegehalt, BAG 10.2.1971, AP Nr. 54 zu § 242 BGB Ruhegehalt

³BAG 23.4.1959, AP Nr. 51 zu § 242 BGB Ruhegehalt, BAG 21.11.1961, AP Nr. 82 zu § 242 BGB Ruhegehalt

⁴BAG 10.2.1971, AP Nr. 54 zu § 242 BGB Ruhegehalt

⁵**Μ. Σταθόπουλος**, Γεν. Ενοχικό, Ε' εκδ., 2018, σελ. 1477

⁶BAG 26.4.1988, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage

⁷BAG 10.8.1994, AP BetrVG 1972, § 112 αριθμ. 86

Ας σημειωθεί ότι η μείωση ή περικοπή των παροχών προϋποθέτει, κατά το BAG, ότι η επιχείρηση -παρά τις οικονομικές δυσκολίες που αντιμετωπίζει- παραμένει σε λειτουργία και υπάρχει βάσιμη προοπτική για την εξυγίανσή της¹. Δεν είναι ωστόσο αναγκαίο να στηρίζεται η εξυγίανση της επιχείρησης αποκλειστικά στη μείωση των παροχών². Η μείωση, επομένως, των παροχών στην περίπτωση που η επιχείρηση βρίσκεται σε κατάσταση οικονομικής ανάγκης γίνεται αποδεκτή από τη νομολογία, εφ' όσον είναι αναγκαίο μέτρο -έστω και μεταξύ άλλων μέτρων- για την εξυγίανση της επιχείρησης και εφ' όσον βέβαια η επιχείρηση παραμένει σε λειτουργία. Παρά την κριτική που κατά καιρούς ασκείται στην παραπάνω νομολογία³ δεν αμφισβητείται ότι η μείωση ή κατάργηση εργοδοτικών παροχών δικαιολογείται τελικά από την ανάγκη διάσωσης των θέσεων εργασίας. Αναγνωρίζεται δηλ. ως νόμιμη η μείωση των αποδοχών, εφ' όσον συμβάλλει στη διάσωση των θέσεων εργασίας⁴. Βέβαια τον κίνδυνο λειτουργίας της επιχείρησης φέρει αποκλειστικά ο εργοδότης. Ο εργαζόμενος με τη σύναψη της σύμβασης εργασίας δεν αναλαμβάνει ασφαλώς μέρος του κινδύνου αυτού. Ωστόσο αν είναι εύλογο να ενθαρρύνεται ο εργοδότης να χορηγεί πρόσθετες παροχές σε περιόδους άνθησης της επιχείρησης, εξ ίσου εύλογο είναι να διευκολύνεται από την έννομη τάξη να περιορίζει τις παροχές αυτές όταν η επιχείρηση αντιμετωπίζει σοβαρές οικονομικές δυσκολίες⁵. Η επιχείρηση είναι, ως γνωστόν, ένας ζωντανός οργανισμός που γνωρίζει στην πορεία του καλές και κακές ημέρες. Η ανάγκη προσαρμογής των όρων εργασίας, ιδίως των πρόσθετων μισθολογικών παροχών, στις μεταβαλλόμενες οικονομικές συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης είναι πράγματι έντονη. Για τον λόγο αυτό γίνεται δεκτό ότι η διάταξη της § 313 ΓερμΑΚ (αντίστοιχης της 388 ΕλλαΚ), που προβλέπει τις συνέπειες της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, χρησιμοποιείται και για τη μείωση ή κατάργηση παροχών που προκύπτουν από επιχειρησιακή συνήθεια, όταν η μείωση ή κατάργηση των παροχών είναι αναγκαία για τη διάσωση των θέσεων εργασίας και δεν είναι δυνατή η μεταβολή

¹ BAG 10.2.1971, AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt, BAG 17.4.1957, NJW 1957, 1005

² BAG 18.5.1977, AP Nr. 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt

³ Βλ. μεταξύ άλλων έντονη κριτική **B. K. Braun**, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 147 επ.

⁴ **W. Hromadka**, Änderungen der Arbeitsbedingungen, RdA 1992, σελ. 234 επ., (242 επ.)

⁵ **W. Hromadka**, RdA 1992, σελ. 259

των παροχών αυτών με άλλα μέσα, όπως ιδίως με την ενεργοποίηση ρητρών ανάκλησης, με την ερμηνεία της σύμβασης ή με τροποποιητική καταγγελία¹.

Συμπερασματικά, η διάταξη του αρ. 388 ΑΚ αποτελεί μια ειδική εκδήλωση της αρχής της καλής πίστης². Από αυτό συνάγεται ότι, ακόμη κι αν δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του αρθρ. 388 ΑΚ, είναι δυνατή η εφαρμογή από τον δικαστή της 288 ΑΚ και η απαλλαγή του οφειλέτη ευθέως βάσει της διατάξεως αυτής, όταν η εκπλήρωση της παροχής υπερβαίνει το «όριο θυσίας» που μπορεί, κατά την καλή πίστη, να αξιωθεί από τον οφειλέτη³. Η θεωρία του δικαιοπρακτικού θεμελίου προϋποθέτει σοβαρή διατάραξη της ισοδυναμίας παροχής και αντιπαροχής.

Είναι, επομένως, δυνατό ο εργοδότης να απαλλάσσεται από την υποχρέωση συνέχισης χορήγησης μιας παροχής που αποτέλεσε αντικείμενο πρακτικής, εφ' όσον η χορήγηση της παροχής θα έχει αφόρητες για την επιχείρηση συνέπειες, θα προκαλέσει κατάργηση μεγάλου αριθμού θέσεων εργασίας ή και θα θέσει σε κίνδυνο τη λειτουργία της επιχείρησης. Η προσφυγή στη διάταξη του αρθρ. 388 ΑΚ προϋποθέτει ότι η επιχείρηση διατηρείται σε λειτουργία και υφίστανται βάσιμες προοπτικές για την εξυγίανσή της με τα εφαρμοζόμενα μέτρα. Πάντως δεν αρκεί για την εφαρμογή της 388 ΑΚ το γεγονός ότι ο εργοδότης επικαλείται οικονομικές δυσχέρειες, κάτι το οποίο υποστηρίζουν, όπως είδαμε, οι οπαδοί της θεωρίας της εμπιστοσύνης. Οι οικονομικές δυσχέρειες του εργοδότη δεν αρκούν για τη μη τήρηση της αρχής *pacta sunt servanda*. Επομένως μπορεί να γίνει δεκτή η κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας σύμφωνα με το άρθρο 388 ΑΚ μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν η οικονομική κατάσταση της επιχείρησης είναι τόσο δυσμενής, ώστε υφίσταται άμεσος κίνδυνος για τη λειτουργία της ή για την κατάργηση μεγάλου αριθμού θέσεων εργασίας.

II. Μεταβολή – Κατάργηση της πρακτικής στο πλαίσιο της θεωρίας της εμπιστοσύνης

¹ **W. Hromadka**, RdA 1992, σελ. 263 επ., ErfK/**Preis**, 2015, BGB 230 § 611 Nr. 379, **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 74 επ.

² **Μ. Σταθόπουλος**, Γεν. Ενοχικό, Ε' εκδ., 2018, σελ. 1473 επ., **Απ. Γεωργιάδης**, Ενοχικό Δίκαιο, Γεν. Μέρος, 1999, σελ. 305

³ **Απ. Γεωργιάδης**, ό.π., σελ. 305, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 152, **Chr. Picker**, Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 415, **Μ. Σταθόπουλος**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1979, αρ. 288 αριθμ. 61

1. Δυνατότητες και όρια μεταβολής της πρακτικής βάσει της θεωρίας της εμπιστοσύνης

Όπως έχει ήδη αναφερθεί (σελ. 31), η μεταβολή ή κατάργηση της πρακτικής, αν ακολουθήσει κανείς τη θεωρία της εμπιστοσύνης είναι ευχερέστερη για τον εργοδότη, διότι η προσασία της εμπιστοσύνης των εργαζομένων δικαιολογείται μόνο όσο εξακολουθούν να υφίστανται οι προϋποθέσεις και οι συνθήκες που οδήγησαν τον εργοδότη στη χορήγηση της οικειοθελούς παροχής. Σύμφωνα με τη θεωρία της εμπιστοσύνης, η υποχρέωση του εργοδότη για καταβολή της παροχής αίρεται όταν ο εργαζόμενος δεν δικαιολογείται κατά καλή πίστη να παρέχει πλέον εμπιστοσύνη στη συνέχιση λήψης της παροχής, επειδή εξέλιπαν οι συνθήκες και τα πραγματικά εκείνα περιστατικά που αποτέλεσαν τη βάση για τη δημιουργία της εμπιστοσύνης του. Επειδή, με άλλα λόγια, η νόμιμη αιτία για τη δημιουργία της πρακτικής είναι -κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης- η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς, η δέσμευση του εργοδότη από την πρακτική διαρκεί μόνο έως εκείνο το χρονικό σημείο κατά το οποίο η καλή πίστη δεν επιτρέπει τη διακοπή της παροχής¹. Είναι βέβαιο επομένως, ότι ο εργοδότης δεσμεύεται λόγω της προηγούμενης συμπεριφοράς του, για όσο χρόνο υπάρχουν ακόμη τα πραγματικά περιστατικά που αποτέλεσαν, κατά καλή πίστη, τη βάση εμπιστοσύνης για τη δημιουργία της δέσμευσής του². Σύμφωνα με τη θεωρία της εμπιστοσύνης η επιχειρησιακή συνήθεια οδηγεί στη δημιουργία αξίωσης, όπως ακριβώς η αποδυνάμωση οδηγεί, αντιστρόφως, στην απόσβεση της αξίωσης. Ο εργοδότης επομένως δεσμεύεται από την πρακτική και οφείλει να καταβάλλει την παροχή, για όσο χρόνο η διακοπή της παροχής θα προσκρούει στην αρχή *venire contra factum proprium*, δηλ. στην απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς³. Όπως ήδη αναφέρθηκε (σελ. 14), κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης ο δεσμευτικός χαρακτήρας της πρακτικής στηρίζεται στον νόμο (§

¹ **M. Franzen**, SAE 1997, σελ. 346, **W. Hromadka**, NZA 1984, σελ. 245, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 133 'Ein Anspruch besteht nur so lange, wie das Verhalten einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt'

² **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 150

³ **H. Seiter**, Die Bindung des Arbeitgebers an eine Betriebsübung, DB 1967, σελ. 1590

242 γερμΑΚ, ΑΚ 281, 288), σε αντίθεση με τη συμβατική θεωρία, κατά την οποία ο δεσμευτικός της χαρακτήρας έχει δικαιοπρακτική προέλευση.

Τίθεται το ερώτημα τι πρέπει να κάνει ο εργοδότης, προκειμένου να μη δημιουργεί βάση εμπιστοσύνης στους εργαζομένους ότι θα συνεχίσει να καταβάλλει την παροχή. Όπως έχουμε ήδη αναφέρει, ο εργοδότης μπορεί να διατυπώσει επιφύλαξη ελευθεριότητας, η οποία εμποδίζει τη δημιουργία προστατευόμενης εμπιστοσύνης στο πρόσωπο των εργαζομένων. Φυσικά υπάρχει και με τη θεωρία της εμπιστοσύνης η δυνατότητα να καταργηθεί η πρακτική με **κοινή συμφωνία** των μερών. Ωστόσο στην πράξη κάτι τέτοιο είναι δυσχερές, διότι προϋποθέτει τη συναίνεση όλων των εργαζομένων τους οποίους αφορά η πρακτική, προκειμένου να δημιουργηθεί μια νέα **κοινή ρύθμιση** για όλους τους εργαζομένους ¹. Άλλως, αν συναινούν στην κατάργηση της πρακτικής μεμονωμένοι μόνο εργαζόμενοι, τότε θα αποσβέννεται η αξίωση για χορήγηση της παροχής μόνο ως προς αυτούς, η πρακτική όμως ως συλλογική ρύθμιση θα εξακολουθεί να υφίσταται.

Με βάση τα προηγούμενα είναι σαφές ότι ο εργοδότης έχει ένα άξιο προστασίας συμφέρον να επικαλεσθεί μονομερώς την κατάργηση της πρακτικής, εφ' όσον παύσουν να υφίστανται οι προϋποθέσεις που οδήγησαν στη δημιουργία της, κυρίως όταν παύσουν να υπάρχουν τα γνωστά στους εργαζομένους πραγματικά περιστατικά και συνθήκες που λειτούργησαν -έστω και σιωπηρώς- ως προϋποθέσεις για τη χορήγηση της παροχής και δημιούργησαν πραγματικό εμπιστοσύνης, το οποίο οδήγησε στη δημιουργία της προστατευόμενης εμπιστοσύνης στο πρόσωπο των εργαζομένων². Κατά τη γερμανική θεωρία³ πρέπει να υπάρχει συμμετρία, αντιστοιχία, μεταξύ των προϋποθέσεων που οδηγούν στη θεμελίωση και στην κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας (der Symmetriegedanke), δηλ. η εμπιστοσύνη των εργαζομένων παύει να υπάρχει, όταν παύουν να υπάρχουν οι προϋποθέσεις που τη δημιούργησαν.

Ωστόσο ο εργοδότης δεν μπορεί να μεταβάλλει μονομερώς τις συνθήκες και προϋποθέσεις που δημιούργησαν την εμπιστοσύνη των εργαζομένων και προκάλεσαν τη δέσμευσή του, αλλά θα πρέπει η μεταβολή αυτή να οφείλεται σε

¹ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 74

² **M. Maties**, ό.π., σελ. 161

³ **M. Maties**, ό.π., σελ. 158, **Richardi R./Annuß G.**, Arbeitsrecht, 7η εκδ., 2000, σελ. 22 'die Beseitigung spiegelbildlich zur Entstehung gesehen wird'

ένα αντικειμενικό λόγο (sachlicher Grund). Ένας τέτοιος λόγος μπορεί να είναι η σημαντική πτώση των εργασιών και η, συνεπεία αυτής, κακή οικονομική κατάσταση της επιχείρησης, η χορήγηση παροχών λόγω πλάνης κ.ο.κ. Η συνδρομή αντικειμενικού λόγου πρέπει να εξετάζεται από την πλευρά των εργαζομένων, πρέπει δηλ. να εξετάζεται αν ο εργοδότης συμπεριφέρεται -κατά παράβαση της καλής πίστης- αντιφατικά διακόπτοντας την καταβολή της οικειοθελούς παροχής, παρόλο που δεν έχει επιφυλάξει για τον εαυτό του το δικαίωμα αυτό. Δεδομένου μάλιστα ότι ο εργοδότης βαρύνεται με τη σύμφυτη με τη σχέση εργασίας υποχρέωση **πρόνοιας**, θα πρέπει ο αντικειμενικός αυτός λόγος αυτός να είναι σημαντικός¹. Κατά τον Singer² δεν αρκεί ο λόγος να είναι αντικειμενικός, ουσιαστικός, αλλά θα πρέπει επί πλέον η συνέχιση εφαρμογής της υφιστάμενης πρακτικής να υπερβαίνει το όριο θυσίας που κατά καλή πίστη μπορεί να αξιωθεί από τον εργοδότη. Συγχρόνως ο εργοδότης θα πρέπει να λαμβάνει υπ' όψη το πόσο σημαντική είναι η συγκεκριμένη παροχή για τους εργαζομένους και να σταθμίσει τη δική του επιβάρυνση σε σχέση με την προστατευόμενη εμπιστοσύνη των εργαζομένων. Τέλος, σκόπιμο είναι ο εργοδότης, πριν διακόψει την παροχή, να θέσει εγκαίρως μία εύλογη προθεσμία προσαρμογής στη νέα κατάσταση που δημιουργείται για τους εργαζομένους³, δηλ. να ενημερώσει τους εργαζομένους για την επικείμενη διακοπή της παροχής. Η υποχρέωση αυτή μπορεί μεν να μην προβλέπεται από τον νόμο, ωστόσο η τήρησή της μπορεί να προκύπτει -κατά τη στάθμιση των συγκρουομένων συμφερόντων και εν όψει των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης- από την καλή πίστη⁴. Όσο περισσότερο άξια προστασίας είναι η εμπιστοσύνη των εργαζομένων, τόσο μεγαλύτερο πρέπει να είναι το διάστημα προσαρμογής⁵.

2. Προϋποθέσεις άσκησης του δικαιώματος ανάκλησης σύμφωνα με τη θεωρία της εμπιστοσύνης

¹ **C-W. Canaris**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, σελ. 407

² Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, σελ. 351

³ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 170

⁴ BAG 12.1.2005-5 AZR 364/04, NZA 2005, σελ. 467, **Cl. Hoffmann**, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009, σελ. 189

⁵ **Ch. Jaekel**, 'Tarifbindung' durch betriebliche Übung, 2009, σελ. 285

Η άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης δεν διαφέρει από την άσκησή του κατά τη συμβατική θεωρία. Και εδώ ισχύουν όσα αναφέρθηκαν προηγουμένως (σελ. 121 επ.) για την άσκηση του δικαιώματος αυτού. Ο εργοδότης μπορεί να ανακαλέσει μία οικειοθελή παροχή μόνο κατά εύλογη κρίση και όχι ελεύθερα, δηλ. θα πρέπει να συντρέχει ένας αντικειμενικός λόγος με την έννοια της διάταξης του αρθρ. 371 ΑΚ (§315 BGB). Η επιφύλαξη ανάκλησης μπορεί να είναι ρητή, δηλ. να προκύπτει από μονομερή δήλωση του εργοδότη, μπορεί όμως να είναι και σιωπηρή, δηλ. να συνάγεται από τις περιστάσεις. Όπως έχει αναφερθεί, η γενική και κατά αόριστο τρόπο επίκληση της δυσμενούς οικονομικής συγκυρίας δεν αρκεί για την άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης. Βέβαια, όπως ήδη αναφέραμε, στη χώρα μας τα δικαστήρια διστάζουν να ασκούν έλεγχο για το αν ασκείται νόμιμα η επιφύλαξη ανάκλησης σύμφωνα με τη διάταξη του αρθρ. 371 ΑΚ. Πολύ περισσότερο βέβαια τα δικαστήρια παραλείπουν να ασκούν έλεγχο περιεχομένου της ρήτηρας αυτής. Ωστόσο θα πρέπει να ασκείται ο παραπάνω διπλός δικαστικός έλεγχος των σχετικών ρητρών. Σε περίπτωση δε που το δικαίωμα ανάκλησης δεν συναρτάται με κάποιο αντικειμενικό λόγο ή το εξ αυτής δικαίωμα δεν ασκείται κατά δίκαιη κρίση, θα πρέπει να κρίνεται ανίσχυρη η ρήτρα καθεαυτή ή μη νόμιμη η άσκησή της.

III. Μεταβολή της επιχειρησιακής συνήθειας που επέρχεται με άλλες πηγές

Από μακρού χρόνου συζητείται και απασχολεί τη θεωρία και νομολογία το ερώτημα αν είναι δυνατόν να τροποποιείται ή καταργείται η πρακτική με τα λοιπά συλλογικά μέσα διαμόρφωσης της σχέσης εργασίας, δηλ. με τη ΣΣΕ και τον κανονισμό εργασίας. Το ζήτημα αυτό εξετάζεται στα επόμενα.

1. Συσχέτιση ΣΣΕ και πρακτικής

α) Η αρχική αντιμετώπιση του ζητήματος σύμφωνα με την αρχή της τάξεως

Όπως έχουμε ήδη εκθέσει, η πρακτική, παρά το γεγονός ότι η δέσμευση που δημιουργεί στηρίζεται, κατά την κρατούσα συμβατική θεωρία, σε ατομικές συμβάσεις εργασίας, ανήκει στα συλλογικά μέσα διαμόρφωσης των όρων εργασίας. Αυτό συμβαίνει διότι περιέχει μια γενική, αφηρημένη και ομοιόμορφη ρύθμιση των όρων εργασίας για το σύνολο ή τμήμα του προσωπικού, δηλ. η πρακτική διαμορφώνει μια ενιαία τάξη, ενιαία ρύθμιση στον χώρο της εκμετάλλευσης, η οποία (ρύθμιση) διαφέρει από τη ρύθμιση των ατομικών συμβάσεων. Δηλ. η επιχειρησιακή συνήθεια περιέχει κατ' ουσίαν μία συλλογική ρύθμιση των όρων εργασίας¹. Το ειδικότερο ζήτημα που έχει προκύψει είναι αν η πρακτική μπορεί να καταργείται ή τροποποιείται επί το δυσμενέστερο για τους εργαζομένους με Συλλογική Σύμβαση, Διαιτητική Απόφαση ή Κανονισμό Εργασίας. Το ζήτημα αυτό αποτελεί τμήμα του γενικότερου προβλήματος της συσχέτισης των γενικών όρων εργασίας, που απορρέουν από μια ενιαία συμβατική ρύθμιση, με τα συλλογικά, με κανονιστική ενέργεια μέσα ρύθμισης των όρων εργασίας². Η απάντηση στο πρόβλημα αυτό έχει μεγάλη πρακτική σημασία, ιδίως σήμερα που λόγω της ταχείας μεταβολής των οικονομικών δεδομένων και της μεταβολής των συνθηκών της αγοράς εργασίας, προκύπτει συχνά η ανάγκη αναπροσαρμογής των όρων εργασίας στις νέες οικονομικές συνθήκες της επιχείρησης³.

Η αρχή της τάξεως διαμορφώθηκε για πρώτη φορά από τη γερμανική θεωρία⁴. Με αφετηρία τη θέση ότι η πρακτική της εκμετάλλευσης περιέχει μια συλλογική (γενική και αφηρημένη) ρύθμιση των όρων εργασίας, όμοια περίπου με εκείνη της ΣΣΕ, επιχειρήθηκε αρχικά να επιλυθεί η σύγκρουση της πρακτικής με την επιχειρησιακή ΣΣΕ και τον κανονισμό εργασίας με βάση την αρχή της τάξεως. Επειδή, με άλλα λόγια, η επιχειρησιακή συνήθεια δεν περιέχει εξατομικευμένες

¹ **Al. Karakatsanis**, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, 1963, σελ. 47 επ., **Fr.-J. Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, σελ. 116 επ., **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 24, **Cl. Hoffmann**, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009, σελ. 334

² **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 154, **ο ίδιος**, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2015, σελ. 168-169. Ειδικά για τη σχέση των γενικών όρων εργασίας προς τη συλλογική σύμβαση βλ. **Αθ. Καρδαρά**, Οι κανόνες, σελ. 399 επ.

³ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 47

⁴ Θεμελιωτής της αρχής της τάξεως υπήρξε ο **Nipperdey** (Festschrift für Lehmann, 1937, σελ. 257)

ρυθμίσεις (ατομικούς όρους) οι οποίοι έχουν προκύψει από ατομική διαπραγματεύση μεταξύ εργοδότη και μισθωτού και δικαιολογούνται από την αυξημένη αποδοτικότητα, τα προσόντα, τις ειδικές συνθήκες ή ανάγκες κ.λπ. του συγκεκριμένου μισθωτού, αλλά περιέχει μια συλλογική ρύθμιση των όρων εργασίας, πρέπει η συλλογική αυτή ρύθμιση να τροποποιείται ή να αντικαθίσταται από μια άλλη ομοίας έκτασης συλλογική ρύθμιση. Κατά τη συσχέτιση, επομένως, της επιχειρησιακής συνήθειας με μία ομοίας έκτασης ΣΣΕ (δηλ. επιχειρησιακής ΣΣΕ ή κανονισμό) προέχει ο **συλλογικός χαρακτήρας** της επιχειρησιακής συνήθειας και για τον λόγο αυτό εφαρμόζεται στην περίπτωση αυτή η αρχή της τάξεως (das Ordnungsprinzip), δηλ. ο κανόνας ότι η νεότερη συλλογική ρύθμιση διαδέχεται την προηγούμενη, χωρίς να εξετάζεται αν είναι ευνοϊκότερη¹. Στην ουσία η αρχή αυτή εφαρμόζεται στην προκειμένη περίπτωση ως μία ειδικότερη εκδήλωση της αρχής *lex posterior derogat legi priori* (ο μεταγενέστερος νόμος καταργεί τον προγενέστερο). Για την εφαρμογή της αρχής της τάξεως στην προκειμένη περίπτωση δεν ενδιαφέρει, αν οι συγκρουόμενες ρυθμίσεις είναι της ίδιας ή διαφορετικής βαθμίδας, αλλά αρκεί οι δύο ρυθμίσεις να έχουν την ίδια έκταση ισχύος².

Σύμφωνα με τους υποστηρικτές της εφαρμογής της αρχής της τάξεως, η αρχή της εύνοιας υποχωρεί στην περίπτωση της πρακτικής και των γενικών όρων εργασίας, διότι «εις πάσας τας περιπτώσεις ταύτας ελλείπει το εξατομικευμένον, το ατομικόν της καταστάσεως όπερ και μόνον επισύρει την εφαρμογήν της ευνοϊκωτέρας μεταχειρίσεως»³. Με βάση τις αντιλήψεις αυτές η αρχή της τάξεως κατέληξε να χρησιμοποιείται ως γενικός κανόνας για την άρση των συγκρούσεων μεταξύ των κάθε είδους συλλογικών ρυθμίσεων που έχουν την ίδια έκταση

¹Την εφαρμογή της αρχής της τάξεως κατά τη συσχέτιση συμβατικών ρυθμίσεων που έχουν συλλογικό χαρακτήρα (όπως η πρακτική και οι γενικοί όροι εργασίας) με ίδιας έκτασης κανονιστικές ρυθμίσεις (όπως ο κανονισμός εργασίας και η επιχειρησιακή ΣΣΕ) υποστήριξε πρώτος ο **Nipperdey**, *Festschrift für Lehmann*, 1937, σελ. 257, **ο ίδιος**, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, II/1 7^η εκδ., σελ. 593, την αποδέχτηκαν όμως και άλλοι συγγραφείς, βλ. μεταξύ άλλων **Säcker**, *Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht*, σελ. 355 επ., **Karakatsanis**, *Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen*, σελ. 41 επ., **ο ίδιος**, *Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως*, Ξένιον Παν. Ζέπου (*Festschrift für Pan. Zepos*), τομ. II, 1973, σελ. 69 επ. (87 επ.).

² Βλ. **Wiedemann/Wank**, *TVG*, 8^η εκδ., § 4 Nr. 316, 706 επ.

³ **Αλ. Καρακατσάνης**, *Η συλλογική σύμβασις εργασίας, Νόμιμος διάπλασις και προβλήματα*, 1974, σελ. 159

ισχύος¹. Έτσι, κατά την αρχή της τάξεως, η συλλογική (γενική και αφηρημένη) ρύθμιση που έχει καθιερωθεί στην εκμετάλλευση με τυποποιημένες συμβάσεις εργασίας, με πρακτική και με εγκύκλιο, μπορεί να τροποποιηθεί και επί το δυσμενέστερο με επιχειρησιακή ΣΣΕ ή κανονισμό.

Ένα πρόσθετο επιχείρημα των υποστηρικτών της αρχής της τάξεως είναι ότι αν εφαρμοζόταν η αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης κατά τη σύγκριση πρακτικής και ΣΣΕ, θα είχαμε ένα σημαντικό περιορισμό της συλλογικής αυτονομίας: θα αφαιρείτο από τους φορείς της κατά ένα μεγάλο μέρος η δυνατότητα ενιαίας και ομοιόμορφης ρύθμισης των όρων εργασίας και προσαρμογής τους στις μεταβαλλόμενες γενικές και ιδιαίτερα οικονομικές συνθήκες². Επίσης ο Gamillscheg³ θεωρεί άξιο επιδίωξης να ζητήσουμε την παρέμβαση του συμβουλίου των εργαζομένων στη λήψη αποφάσεων που αφορούν τη μεταβολή προδιατυπωμένων γενικών όρων εργασίας. Όλες οι παραπάνω απόψεις λαμβάνουν υπ' όψη τον συλλογικό χαρακτήρα της επιχειρησιακής συνήθειας. Ας σημειωθεί ότι και στη χώρα μας υποστηρίζεται⁴ ότι, εν όψει του τρόπου σχηματισμού της πρακτικής και του συλλογικού χαρακτήρα της, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, θα πρέπει και εδώ να εφαρμοστεί ο κανόνας που διέπει τη διαδοχή ΣΣΕ και συνεπώς έγκυρα μία ΣΣΕ καταργεί ή τροποποιεί δυσμενέστερα για τους εργαζομένους ομοιόμορφους όρους εργασίας που έχουν εισέλθει στην εργασιακή σχέση βάσει επιχειρησιακής συνήθειας.

Η αρχή της τάξεως επηρέασε για αρκετά χρόνια τη νομολογία του Γερμανικού Εργατικού Ακυρωτικού⁵. Από το 1970 όμως το Εργατικό Ακυρωτικό έπαυσε να την επικαλείται⁶. Στην εξέλιξη αυτή συνέβαλε η αυξανόμενη κριτική της γερμανικής θεωρίας⁷. Και στη χώρα μας υποστηρίζεται ότι ο νόμος δεν διακρίνει

¹ **Γ. Λεβέντης**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2^η έκδοση, σελ. 503

² **Fr.-J. Säcker**, με αναφορές στο BAG, βλ. Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971, σελ. 318 επ.

³ FS für Hilger/Stumpf, 1983, σελ. 235

⁴ **Αλ. Καρακατσάνης**, Η συλλογική σύμβασις εργασίας, 1974, σελ. 158 επ., **Ι. Ληξουριώτης** (ΔΕΕ 2010, 1269)

⁵ Βλ. σχετικά **Αθ. Καρδαρά**, Οι κανόνες του δικαίου της εργασίας και η σχέση των προς την ΣΣΕ, 1978, σελ. 405 επ., **D. Belling**, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, σελ. 130 επ.

⁶ BAG 30.1.1970-3 AZR 44/68, NJW 1970, 1621, BAG 16.9.1986-GS 1/82, NZA 1987, 168

⁷ **M. Maties**, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003, σελ. 67, **H. Mengel**, Die betriebliche Übung, 1967, σελ. 111-112, **Wiedemann/Stumpf**, TVG, 5^η εκδ., § 4 αριθμ. 310, **H. Seiter**, Die Betriebsübung, 1967, σελ. 125-129

ανάμεσα σε γενικούς όρους εργασίας και όρους που έχουν καθαρά ατομικό χαρακτήρα, προκειμένου να περιορίσει την εφαρμογή της αρχής της ευνοϊκότερης ρύθμισης στη δεύτερη μόνο περίπτωση. Η διάταξη που θεσπίζει την αρχή της εύνοιας (Ν. 1876/1990, αρθρ. 7 § 2) αναφέρει απλά «όροι ατομικών συμβάσεων εργασίας που αποκλίνουν από τους κανονιστικούς όρους ΣΣΕ είναι επικρατέστεροι, εφ' όσον παρέχουν μεγαλύτερη προστασία στους εργαζομένους» και τέτοιοι όροι ατομικών συμβάσεων είναι προφανώς και οι γενικοί όροι εργασίας. Οι υποστηρικτές της αρχής της τάξεως υπερεκτιμούν το συλλογικό στοιχείο των γενικών όρων εργασίας και παραβλέπουν εντελώς τη δικαιοπρακτική τους προέλευση¹. Για τον λόγο αυτό επισημαίνεται² ότι οι γενικοί όροι εργασίας, παρά τη γενικότητα και τυπικότητά τους, ανήκουν οργανικά στο περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας, πράγμα που σημαίνει ότι ανάμεσα στη ΣΣΕ και στους γενικούς όρους εργασίας εξακολουθεί να υπάρχει η ποιοτική νομική-λειτουργική διαφορά, που χαρακτηρίζει τη σχέση συλλογικής σύμβασης και ατομικής σύμβασης εργασίας. Επίσης ο Mengel³ υπογραμμίζει ότι η αρχή της τάξεως εφαρμόζεται κατά τη συρροή (συσχέτιση) περισσότερων συλλογικών κανονιστικών ρυθμίσεων και όχι κατά τη συρροή συλλογικών πραγματικών καταστάσεων.

Τελικά είμαστε της γνώμης ότι η παραπάνω άποψη επεκτείνει ανεπίτρεπτα το πεδίο εφαρμογής της αρχής της τάξεως⁴. Η αρχή αυτή ρυθμίζει τη σύγκρουση μεταξύ κανονιστικών ρυθμίσεων της ίδιας βαθμίδας και, όπως αναφέραμε, δεν εκφράζει τίποτα περισσότερο από τον γνωστό κανόνα *lex posterior derogat legi priori*⁵. Παρ' όλα αυτά, η παραπάνω άποψη εφαρμόζει την αρχή της τάξεως και για τη ρύθμιση της σύγκρουσης των γενικών όρων εργασίας με μεταγενέστερη συλλογική σύμβαση, στη σχέση δηλ. ρυθμιστικών παραγόντων διαφορετικής βαθμίδας και προέλευσης. Επισημαίνεται πάντως⁶ ότι οι οπαδοί της αρχής της

¹ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 162

² **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕΕργΔ 1983, σελ. 928

³ **H. Mengel**, Die betriebliche Übung, 1967, σελ. 112

⁴ Πρβλ. **Δ. Ζερδελή**, ό.π., σελ. 164

⁵ **Αθ. Καρδαράς**, Οι κανόνες, σελ. 5-6, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 164. Ωστόσο πρέπει να παρατηρήσει κανείς ότι η αρχή της τάξεως δεν πρέπει να ταυτίζεται με την αρχή της διαδοχής των ρυθμίσεων. Η αρχή της τάξεως έχει ευρύτερο περιεχόμενο, βλ. **Γ. Λεβέντη**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2007, σελ. 378 επ., Wiedemann/**Jacobs**, TVG 8^η εκδ., § 4^α Nr. 81 επ.

⁶ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 165 επ.

τάξεως, οι οποίοι επεκτείνουν το πεδίο εφαρμογής του κανόνα *lex posterior derogat legi priori* και στη σύγκρουση συλλογικών ρυθμίσεων διαφορετικής βαθμίδας και προέλευσης, απαιτούν ως προϋπόθεση οι συγκρουόμενες συλλογικές ρυθμίσεις να έχουν την ίδια **έκταση ισχύος**.

β) Η επικράτηση της αρχής της εύνοιας

Η κρατούσα άποψη στη γερμανική θεωρία δεν αποδέχεται πλέον την εφαρμογή της αρχής της τάξεως κατά τη συσχέτιση πρακτικής με ΣΣΕ ή κανονισμό· θεωρεί, αντιθέτως, ότι η σύγκρουση πρακτικής και ΣΣΕ/κανονισμού εργασίας πρέπει να επιλύεται με την αρχή της εύνοιας. Η αρχή της εύνοιας προβλέπεται, όπως είναι γνωστό, στο αρθρ. 680 ΑΚ και στο αρθρ. 7 § 2 του Ν. 1876/1990. Παρά το ότι στο Σύνταγμα δεν υπάρχει αναφορά στην αρχή της εύνοιας, κατά την επικρατέστερη άποψη η αρχή αυτή έχει και συνταγματική θεμελίωση, γιατί η προστασία της προκύπτει ήδη από τη συνταγματική κατοχύρωση της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, της ατομικής συμβατικής ελευθερίας και της αυτονομίας του ατόμου¹. Η αρχή της εύνοιας ρυθμίζει, όπως συνάγεται από τις παραπάνω διατάξεις, τη σχέση ατομικής σύμβασης εργασίας και ΣΣΕ και ορίζει ότι οι ευνοϊκότεροι για τους εργαζομένους όροι της ατομικής σύμβασης εργασίας υπερσχύουν των δυσμενέστερων κανονιστικών όρων της ΣΣΕ. Με τον τρόπο αυτό η αρχή της εύνοιας θέτει όρια στην αναγκαστική ισχύ των ΣΣΕ. Οι κανονιστικοί όροι των ΣΣΕ περιορίζονται στο να θεσπίζουν **μόνο** κατώτατα όρια προστασίας. Ο χώρος πάνω από τα κατώτατα αυτά όρια παραμένει ελεύθερος για ευνοϊκότερες συμφωνίες. Ο περιορισμός αυτός των ΣΣΕ επιβάλλεται από τη συνταγματική προστασία της ιδιωτικής αυτονομίας και από την αρχή της αναλογικότητας. Αν οι ΣΣΕ δεν ρύθμιζαν μόνο

¹ Βλ. **Δ. Ζερδελή**, Η πρακτική, σελ. 57, **Γ. Λεβέντη**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2007, σελ. 495, **Ι. Κουκιάδη**, Εργατικό Δίκαιο-Συλλογικές Εργασιακές Σχέσεις, Β' έκδ., σελ. 525, **Κ. Παπαδημητρίου**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2018, σελ. 164, **Σιδέρη**, ΔΕΝ 2015, σελ. 1348, **Αμαλ. Λεβέντη**, Η αρχή της εύνοιας στο εργατικό δίκαιο, 2019, σελ. 7 επ., **Nipperdey**, in Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1, 7^η εκδ., σελ. 232 επ., **Belling**, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, σελ. 64 επ., 86 επ., Wiedemann/**Wank**, TVG 8^η εκδ., § 4 Nr. 424 επ.

κατώτατους μισθούς και κατώτατους όρους εργασίας, αλλά απαγόρευαν κάθε διαφορετική ρύθμιση, τότε η αναγκαστική ισχύς των ΣΣΕ θα υπερέβαινε το μέτρο που είναι αναγκαίο για την προστασία των εργαζομένων¹ και θα παραβίαζε την ιδιωτική αυτονομία και την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας. Επί πλέον η αρχή της εύνοιας, η οποία εκφράζει τη θεμελιώδη αρχή της προστασίας που ισχύει στο εργατικό δίκαιο (βλ. και αρθρ. 7 § 3 Ν. 1876/90), διαπνέει όλο το εργατικό δίκαιο και εφαρμόζεται κατά τη συσχέτιση και των άλλων πηγών του εργατικού δικαίου. Έτσι αν οι όροι εργασίας ρυθμίζονται από πηγές διαφορετικής ιεραρχικής βαθμίδας (νόμος, ΣΣΕ, κανονισμός, επιχειρησιακή συνθήκη κ.λπ.), τότε η ρύθμιση κάθε ασθενέστερης πηγής μπορεί να αποκλίνει από τη ρύθμιση της ιεραρχικά ανώτερης πηγής μόνο όμως προς το συμφέρον των εργαζομένων, εκτός βέβαια αν η ανώτερη πηγή (ο νόμος) περιέχει αμφιμερώς αναγκαστικό δίκαιο².

Με βάση τα προηγούμενα είναι προφανές ότι η συλλογική σύμβαση μπορεί να τροποποιεί επί το ευνοϊκότερο για τους εργαζομένους την πρακτική. Αυτό εξηγείται από το γεγονός ότι οι κανονιστικοί όροι της ΣΣΕ (αλλά και του κανονισμού εργασίας) επενεργούν άμεσα και αναγκαστικά επί των σχέσεων εργασίας και **εκτοπίζουν** και καθιστούν **ανενεργούς**³ όλους τους δυσμενέστερους συμβατικούς όρους. Συνεπώς, η συνταγματική προστασία της συλλογικής αυτονομίας (αρ. 22 § 2 και 23 § 1 Συντ.) και η άμεση και αναγκαστική ισχύς των κανονιστικών όρων της ΣΣΕ και του κανονισμού εργασίας

¹ **D. Belling**, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, σελ. 70, Däubler/**Deinert**, TVG, 4^η εκδ., § 4, Nr. 620 επ., **Αμ. Λεβέντη**, Η αρχή της εύνοιας στο εργατικό δίκαιο, 2018, σελ. 8 επ.

² ΑΠ 261/2016, ΔΕΝ 2016, 1308, ΑΠ Ολομ. 8/2015, ΔΕΝ 2015, 1298, ΑΠ 1173/2014, ΔΕΝ 2015, 7, ΑΠ Ολομ. 5/2011, ΔΕΝ 2011, 1256, **Αλ. Καρακατσάνης**, Η συλλογική σύμβαση εργασίας, σελ. 154, **Γ. Λεβέντης**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, σελ. 496 επ., Däubler/**Deinert**, TVG 4^η εκδ., αριθμ. 611

³ Κατά την ορθότερη άποψη η αναγκαστική ισχύς των κανονιστικών όρων της ΣΣΕ δεν ακυρώνει ούτε εξαφανίζει τους δυσμενέστερους όρους της ατομικής σύμβασης εργασίας, απλά καθιστά τους όρους αυτούς **ανενεργούς** για όσο χρονικό διάστημα οι όροι της σύμβασης εργασίας συνεχίζουν να είναι δυσμενέστεροι από τους κανονιστικούς όρους των ΣΣΕ. Αυτό σημαίνει ότι αν η ΣΣΕ λήξει ή τροποποιηθεί με νεότερη ΣΣΕ κατά τέτοιο τρόπο, ώστε οι κανονιστικοί όροι της να είναι πλέον δυσμενέστεροι από τους όρους της ατομικής σύμβασης εργασίας, τότε **αναβιώνουν** οι ευνοϊκότεροι όροι της ατομικής σύμβασης. Βλ. σχετικά **Ι. Κουκιάδη**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Β' εκδ., σελ. 523 επ., **Γ. Λεβέντη**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2007, σελ. 493 επ., **Κ. Παπαδημητρίου**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2018, σελ. 162 επ., Wiedemann/**Wank**, TVG 8^η εκδ., § 4 αριθμ. 398 επ., **Β. Κ. Braun**, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017, σελ. 162

διασφαλίζουν την ευχέρεια να τροποποιείται επί το ευνοϊκότερο η πρακτική της εκμετάλλευσης με συλλογική σύμβαση και κανονισμό.

Από την άλλη όμως πλευρά η κρατούσα άποψη, αποδίδοντας ιδιαίτερη βαρύτητα στη δικαιοπρακτική προέλευση της πρακτικής, υποστηρίζει ότι η πρακτική και γενικότερα οι γενικοί όροι εργασίας δεν μπορούν να καταργηθούν ή τροποποιηθούν επί το δυσμενέστερο με μεταγενέστερη ΣΣΕ. Επομένως οι ευνοϊκότεροι όροι της πρακτικής, που κατ' ουσίαν είναι όροι ατομικών συμβάσεων εργασίας, κατά τη συμβατική θεωρία, υπερισχύουν πάντοτε των δυσμενέστερων όρων της ΣΣΕ¹.

γ) Η συλλογική αρχή της εύνοιας

Όπως ήδη έχουμε εκθέσει, η πρακτική της εκμετάλλευσης και γενικότερα οι «γενικοί όροι εργασίας» περιέχουν μία συλλογική (δηλ. γενική και αφηρημένη) ρύθμιση των όρων εργασίας, η οποία διαφέρει από τη ρύθμιση των ατομικών συμβάσεων εργασίας. Οι κατ' ιδίαν ρυθμίσεις της πρακτικής δεν είναι ατομικές, αλλά εντάσσονται σε ένα γενικό πλαίσιο, σε μία γενική και απρόσωπη ρύθμιση. Με αφετηρία τη σκέψη ότι η αρχή της εύνοιας εφαρμόζεται μόνο επί των συμβάσεων που περιέχουν ατομικούς όρους εργασίας (οι οποίοι ατομικοί όροι δικαιολογούνται από την αυξημένη αποδοτικότητα ή τις ανάγκες του μισθωτού) το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό (BAG) έκρινε αρχικά², όπως έχουμε ήδη αναφέρει, ότι οι γενικοί όροι εργασίας μπορεί να τροποποιούνται και εις βάρος των εργαζομένων με ΣΣΕ κατ' εφαρμογήν της αρχής της τάξεως. Η νομολογία αυτή διατηρήθηκε και επαναλήφθηκε επί αρκετό χρόνο. Από το 1970 όμως το BAG έπαυσε πλέον να επικαλείται την αρχή της τάξεως, εξακολούθησε όμως να δέχεται ότι οι γενικοί όροι εργασίας που συμφωνούνται με ατομικές συμβάσεις εργασίας πρέπει να είναι δυνατόν να τροποποιούνται και επί το δυσμενέστερο με κανονιστικές ρυθμίσεις (κανονισμό) και να προσαρμόζονται στις μεταβαλλόμενες συνθήκες, δεδομένου ότι τα ατομικά μέσα μεταβολής των όρων εργασίας, όπως αντίθετες συμφωνίες ή ομαδική τροποποιητική καταγγελία, είναι ανεπαρκή.

¹ ΠΠΠεπρ 4789/2012, ΔΕΝ 2013, 476

² BAG 20.12.1957, AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag και BAGE 5, 130

Τελικά η Ολομέλεια του BAG έκρινε με τη γνωστή από 16.9.1986 απόφαση¹ ότι η σχέση των γενικών όρων εργασίας και της επιχειρησιακής συνήθειας με τον κανονισμό εργασίας διέπεται από την αρχή της εύνοιας, η σύγκριση όμως πρέπει να γίνεται κατά συλλογικό τρόπο (kollektive Günstigkeitsvergleich). Η απόφαση εκκινεί από τη θέση ότι οι γενικοί όροι εργασίας που εφαρμόζει ο εργοδότης ή που προκύπτουν από επιχειρησιακή συνήθεια είναι συνήθεις συμβατικοί όροι, οι οποίοι έχουν ως βάση τη σύμπτωση δηλώσεων βουλήσεως των δύο πλευρών (εργοδότη-εργαζομένων). Ωστόσο οι αξιώσεις κάθε εργαζομένου που προκύπτουν από γενικούς όρους εργασίας έχουν **συλλογικό χαρακτήρα**, συνδέονται μεταξύ τους και εντάσσονται σε ένα **ενιαίο πλαίσιο**, ένα ενιαίο σχεδιασμό, ο οποίος στηρίζεται σε δύο βασικές αποφάσεις: στο μέγεθος της χρηματοδότησης των παροχών και στον τρόπο διανομής των παροχών μεταξύ των εργαζομένων. Η αρχή της εύνοιας που εφαρμόζεται και στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου του συλλογικού χαρακτήρα των παροχών, δεν εμποδίζει μία νεότερη ρύθμιση των παροχών με κανονισμό εργασίας (Betriebsvereinbarung), η οποία θα αυξάνει ή τουλάχιστον δεν θα μειώνει το μέγεθος της χρηματοδότησης των παροχών (επομένως δεν θα βλάπτει το προσωπικό της επιχείρησης ως σύνολο), και η οποία όμως θα επιφέρει μόνο αλλαγές ως προς την κατανομή των παροχών. Δηλ. η νεότερη ρύθμιση του κανονισμού εργασίας θα περιέχει μία αναδιάρθρωση των παροχών (umstrukturierende Betriebsvereinbarung) χωρίς να θίγει το μέγεθος της χρηματοδότησης. Αν, αντιθέτως, η νεότερη ρύθμιση του κανονισμού (συγκρινόμενη κατά συλλογικό τρόπο με τους γενικούς όρους εργασίας) είναι συνολικά δυσμενέστερη για το προσωπικό, τότε προσκρούει στην αρχή της εύνοιας και μπορεί να παραμένει ισχυρή μόνο εφ' όσον ο εργοδότης έχει δικαίωμα να μειώσει τις παροχές βάσει υπάρχουσας ρήτηρας ανάκλησης ή λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου. Ας σημειωθεί ότι το BAG² έχει επιβεβαιώσει και με νεότερες αποφάσεις του τη συλλογική αρχή της εύνοιας, περιορίζοντας πάλι την εφαρμογή της σε κοινωνικής φύσεως παροχές (π.χ. παροχές μετεργασιακής μέριμνας) για τις οποίες προβλέπεται ένα πλαίσιο χρηματοδότησης και κανόνες κατανομής της παροχής στους εργαζομένους.

¹ BAG GS 16.9.1986, AZ 1/82, BB 1987, σελ. 265 επ.

² BAG 28.3.2000, 1 AZR 366/99

δ) Η ασκούμενη κατά της συλλογικής αρχής της εύνοιας κριτική

Και η παραπάνω νομολογία που εφαρμόζει την αρχή της εύνοιας κατά συλλογικό τρόπο έχει υποστεί πολλαπλή κριτική από τη θεωρία. Ειδικότερα προβάλλεται, μεταξύ άλλων, ότι το αναμφισβήτητο συλλογικό στοιχείο που ενυπάρχει στην επιχειρησιακή συνήθεια δεν είναι δυνατόν να δικαιολογήσει υπέρβαση των ορίων που έχει θέσει η έννομη τάξη ως προς την προέλευση των αξιώσεων¹. Ο τρόπος που εφάρμοσε η Ολομέλεια του BAG την αρχή της εύνοιας, δηλ. η συλλογική σύγκριση των αξιώσεων, δεν προσαρμόζει απλά την αρχή της εύνοιας στον συλλογικό χαρακτήρα των γενικών όρων εργασίας, αλλά κατ' ουσίαν την καταργεί². Σύμφωνα με τις απόψεις αυτές, κάθε παροχή, η οποία δεν έχει αποτελέσει αντικείμενο διαπραγμάτευσης μεταξύ εργαζομένου και εργοδότη, αλλά χορηγείται βάσει μιας γενικής και αφηρημένης ρύθμισης που έχει καθιερώσει ο εργοδότης, χρησιμοποιώντας όμως ως μέσο τον τύπο της ατομικής σύμβασης, τελεί -αν δεχθεί κανείς τη θέση της Ολομέλειας του BAG- υπό την επιφύλαξη της μεταβολής ή κατάργησής της σε συλλογικό επίπεδο, με μεταγενέστερη κοινή απόφαση του εργοδότη και του συλλογικού οργάνου εκπροσώπησης των εργαζομένων. Έτσι, το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό δημιουργεί δύο κατηγορίες συμβατικών αξιώσεων του εργαζομένου: αυτές που απορρέουν από εξατομικευμένες ρυθμίσεις του εργοδότη με μεμονωμένους εργαζομένους και αυτές που στηρίζονται σε μια ενιαία συμβατική ρύθμιση και εντάσσονται σε ένα συλλογικό σχέδιο του εργοδότη. Οι συμβατικές αξιώσεις της δεύτερης κατηγορίας είναι «κατώτερης ποιότητας»³, αφού δεν παρουσιάζουν την ίδια σταθερότητα με τις πρώτες και μπορούν να καταργηθούν με νέα συλλογική ρύθμιση, αρκεί η ρύθμιση αυτή να είναι ευνοϊκότερη για το σύνολο του προσωπικού. Στην περίπτωση αυτή προέχει το συμφέρον της ολότητας και όχι μεμονωμένων εργαζομένων. Έτσι όμως η Ολομέλεια -κατά την άποψη αυτή- παραβλέπει ότι η αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης, εξ ορισμού, υπηρετεί την

¹ **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ. 257 επ. (268)

² **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 189, ομοίως **Richardi**, NZA 1987, σελ. 185, **W. Blomeyer**, DB 1987, σελ. 634, **R. Wank**, Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, σελ. 129

³ **Αθ. Καρδαράς**, Η ρύθμιση των όρων εργασίας στο επίπεδο της εκμεταλλεύσεως, 1996, σελ. 419 επ.

προστασία του ατόμου, του μεμονωμένου εργαζομένου¹. Τέλος, κατά την ίδια άποψη, και αν ακόμη δεχθούμε ότι τα μέσα που προσφέρει το ατομικό εργατικό δίκαιο για την άρση ή μεταβολή των γενικών όρων εργασίας δεν ικανοποιούν απόλυτα τις ανάγκες της πράξης, δεν μπορεί αυτή και μόνη η διαπίστωση να δικαιολογήσει τον παραμερισμό της θεμελιώδους για το δίκαιο αρχής *pacta sunt servanda*.

Όπως εκθέσαμε, το BAG με νεότερες αποφάσεις του έχει περιορίσει την εφαρμογή της συλλογικής αρχής της εύνοιας επί των κοινωνικών παροχών, για τις οποίες ο εργοδότης καθορίζει ένα πλαίσιο χρηματοδότησης και κανόνες για τη διανομή τους μεταξύ των εργαζομένων².

Π.χ. η απόφαση BAG 28.3.2000 απορρίπτει την εφαρμογή της συλλογικής αρχής της εύνοιας (δηλ. τη συλλογική σύγκριση από άποψη ευνοϊκότητας) σε περιπτώσεις εργοδοτικών παροχών που εντάσσονται στην ανταλλακτική σχέση εργασίας-μισθού, όπως είναι π.χ. αξιώσεις αμοιβών από υπερεργασία, νυκτερινή εργασία, εργασία αργιών, άδεια κ.ο.κ. που προκύπτουν από γενικούς όρους εργασίας.

Ομοίως το BAG³ έκρινε ότι επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία δεν συνοδεύεται από επιφύλαξη ανάκλησης, δεν ήταν δυνατόν να τροποποιηθεί ή καταργηθεί με κανονισμό εργασίας. Η αναλυτική αιτιολογία της απόφασης αναφέρει μεταξύ άλλων τα εξής: «Όποιος συνάπτει κανονισμό εργασίας (*Betriebsvereinbarung*), γνωρίζει αφ' ενός ότι το περιεχόμενο του κανονισμού επιδρά άμεσα στις εργασιακές σχέσεις και αφ' ετέρου ότι οι συμφωνημένες παροχές με κανονισμό μπορούν να καταργηθούν ή να τροποποιηθούν με νεότερο κανονισμό, χωρίς να μπορεί ο εργαζόμενος να αντιταχθεί. Επειδή αμφότεροι οι συμβαλλόμενοι θεωρούνται εξίσου διαπραγματευτικά ισχυροί, γίνεται δεκτό ότι η ορθότητα του κανονισμού είναι εγγυημένη και ότι έχουν ληφθεί υπ' όψη τα συμφέροντα και των δύο πλευρών. Αν αντιθέτως ο εργοδότης δημιουργεί με τη συμπεριφορά του επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία καθίσταται

¹ Δ. Ζερδελής, Η πρακτική, σελ. 190 επ., D. Belling, DB 1987, σελ. 1894

² BAG 28.3.2000, 1 AZR 366/99

³ BAG 28.6.2006-10 AZR 385/05. Αντικείμενο της δίκης ήταν επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία είχε ως περιεχόμενο την καταβολή εκτάκτων παροχών επετειακού χαρακτήρα σε εργαζομένους που συμπλήρωναν ορισμένα χρόνια υπηρεσίας (25, 40, 50 κ.λπ.) στην επιχείρηση. Η επιχείρηση δεν επεδίωκε απλή μεταβολή των κανόνων κατανομής των παροχών μεταξύ των εργαζομένων.

περιεχόμενο των ατομικών συμβάσεων εργασίας, λείπει το στοιχείο της διαπραγματευτικής ισοτιμίας των δύο πλευρών. Ο εργοδότης πρέπει λοιπόν να αποφασίσει αν θα προχωρεί σε μακρές και επίπονες διαπραγματεύσεις με τους εκπροσώπους των εργαζομένων ή θα δημιουργεί μονομερώς συμβατικές αξιώσεις μέσω μιας επιχειρησιακής συνήθειας, με τον κίνδυνο οι αξιώσεις αυτές να μην μπορούν να καταργηθούν εύκολα. Δεν μπορεί όμως ο εργοδότης να συνδυάζει τα πλεονεκτήματα και των δύο αυτών τρόπων διαμόρφωσης των όρων εργασίας. Αν, επομένως, ο εργοδότης αποφασίσει να δημιουργήσει αξιώσεις βάσει επιχειρησιακής συνήθειας, τότε δεσμεύεται από αυτήν και για να καταργήσει αυτή την επιχειρησιακή συνήθεια θα πρέπει να συνάψει τροποποιητικές ατομικές συμφωνίες, ή να προβεί σε τροποποιητικές καταγγελίες ή να συνάψει επιτρεπόμενους τροποποιητικούς κανονισμούς».

Εξ αυτού συμπεραίνουν ορισμένοι συγγραφείς ότι η μεταβολή επί το δυσμενέστερο της επιχειρησιακής συνήθειας με κανονισμό εργασίας αποδεικνύεται σε λίγες περιπτώσεις ως άξια λόγου πρακτική λύση για την προσαρμογή των όρων εργασίας στις μεταβαλλόμενες συνθήκες¹. Θα πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι σύμφωνα με άλλους συγγραφείς από τον συλλογικό χαρακτήρα και την ομοιόμορφη εφαρμογή της επιχειρησιακής συνήθειας, καθώς και τον συλλογικό και όχι μεμονωμένο τρόπο αποδοχής, προκύπτει ότι μία ρύθμιση που ισχύει βάσει επιχειρησιακής συνήθειας μπορεί να μεταβληθεί μεταγενέστερα με ΣΣΕ ή κανονισμό τόσο επί τα χείρω όσο και επί τα βελτίω. Η θέση αυτή -υποστηρίζεται- επιλύει πολλά πρακτικά ζητήματα, διότι επιτρέπει στον εργοδότη και μάλιστα μέσα από τον διάλογο με τους κοινωνικούς εταίρους να προβαίνει σε προσαρμογές, ιδίως σε δύσκολες συνθήκες².

¹ **Yv. Lange**, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016, σελ. 333. Επίσης ο **Picker** (Die betriebliche Übung, 2011, σελ. 465) διαφωνεί με την εφαρμογή της συλλογικής αρχής της εύνοιας. Κατά τον Picker «η πρόθεση των συμβαλλομένων στον κανονισμό εργασίας μερών να θέσουν κάποιους εργαζομένους σε ευνοϊκότερη θέση, δεν μπορεί να θεμελιώσει την εξουσία τους να επεμβαίνουν στην ατομική συμβατική ελευθερία άλλων εργαζομένων και να διαμορφώνουν το περιεχόμενο της πρακτικής εις βάρος των εργαζομένων αυτών. Επί πλέον πρέπει να λάβει κανείς υπ' όψη ότι οι οικειοθελείς παροχές -με εξαίρεση τις συνταξιοδοτικές παροχές- δεν καταβάλλονται από μια συνδεδεμένη με κάποιο σκοπό ιδιαίτερη ομάδα περιουσίας του εργοδότη. Έτσι -κατά τον Picker- θα πρέπει οι καταβαλλόμενες βάσει πρακτικής οικειοθελείς παροχές να κατατάσσονται στις ατομικές παροχές που χορηγούνται βάσει της ατομικής συμβατικής ελευθερίας».

² **Δ. Λαδάς**, Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, 2021, σελ. 282

ε) Επιφύλαξη μεταβολής της πρακτικής με κανονισμό εργασίας

Παρά την παραπάνω πολλαπλή κριτική της θεωρίας το BAG συνέχισε να εφαρμόζει τη συλλογική αρχή της εύνοιας¹. Με αφετηρία μάλιστα την παραδοχή ότι οι συμβαλλόμενοι στη σύμβαση εργασίας μπορούν να συμφωνούν την επιφύλαξη ότι οι συμβατικοί τους όροι θα μεταβάλλονται στο μέλλον με κανονισμό εργασίας και ότι η επιφύλαξη αυτή μπορεί να είναι ρητή ή και σιωπηρή, το BAG συνέχισε να δέχεται ότι η συλλογική και ενιαία ρύθμιση των όρων εργασίας που ενυπάρχει στους γενικούς όρους εργασίας, στην επιχειρησιακή συνήθεια ή στην εγκύκλιο του εργοδότη μπορεί να τροποποιείται με κανονισμό εργασίας· διότι μία τέτοια σιωπηρή επιφύλαξη τροποποίησης των συμβατικών όρων με κανονιστικές διατάξεις υφίσταται πράγματι κατά κανόνα, όταν οι συμβατικοί όροι εμπεριέχονται σε γενικούς όρους των συναλλαγών και έχουν συλλογικό χαρακτήρα. Με τον τρόπο αυτό το BAG αξιολογεί συχνά -μέσω ερμηνείας της σύμβασης- τις παροχές που χορηγεί ο εργοδότης βάσει επιχειρησιακής συνήθειας ή εγκυκλίου ως **δυνάμενες να μεταβληθούν** με κανονισμό εργασίας (betriebsvereinbarungsoffen). Έτσι έκρινε το BAG στην απόφαση της 5.3.2013² ότι «οι συμβαλλόμενοι στη σύμβαση εργασίας μπορούν να διαμορφώνουν το περιεχόμενό της κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να μπορεί αυτό να μεταβάλλεται με τους κανονιστικούς όρους του κανονισμού εργασίας. Αυτό μπορεί να προκύπτει από τη σύμβαση εργασίας είτε ρητώς είτε σιωπηρώς από τις συνθήκες που τη συνοδεύουν... Μια τέτοια σιωπηρή συμφωνία υφίσταται συνήθως, όταν το αντικείμενο της σύμβασης εργασίας εμπεριέχεται σε γενικούς όρους των συναλλαγών και έχει ένα συλλογικό χαρακτήρα. Με τη χρήση γενικών όρων των συναλλαγών ο εργοδότης καθιστά ευχερώς κατανοητό στον εργαζόμενο ότι στην επιχείρηση πρόκειται να ισχύουν ενιαίοι όροι εργασίας... Δεδομένου ότι οι γενικοί όροι των συναλλαγών, όπως ακριβώς οι κανονιστικοί όροι του κανονισμού, αποβλέπουν στην ενιαία ρύθμιση των όρων εργασίας, δεν μπορεί ένας συνετός και έντιμος εργαζόμενος να αμφιβάλλει στο ότι οι όροι εργασίας που έχει διαμορφώσει ο εργοδότης μονομερώς μέσω γενικών όρων των συναλλαγών υπόκεινται σε μεταβολή με κανονισμό εργασίας» (σκέψη 60 της

¹ Βλ. π.χ. BAG 17.6.2003, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 44

² BAG 5.3.2013-1 AZR 880/11

απόφασης). Με βάση αυτές τις σκέψεις έκρινε το BAG ότι η μέσω ατομικών συμβάσεων εργασίας θέσπιση ορίου ηλικίας για την αποχώρηση των εργαζομένων από την εργασία μπορεί να τροποποιείται με κανονισμό εργασίας. Ομοίως το BAG με την από 23.2.2016¹ απόφασή του έκρινε ότι συνταξιοδοτικής φύσης εργοδοτικές παροχές που χορηγούνται βάσει επιχειρησιακής συνήθειας ή εγκυκλίου μπορούν να μεταβάλλονται με κανονισμό εργασίας. Διότι και στην περίπτωση αυτή οι εργοδοτικές παροχές χορηγούνται με βάση μια ενιαία ρύθμιση, η οποία λειτουργεί ως σύστημα που είναι προορισμένο να ισχύει για ένα μακρό και ακαθόριστο χρονικό διάστημα. Έτσι είναι εκ των προτέρων κατανοητό από τους εργαζομένους ότι η ενιαία αυτή ρύθμιση είναι εκτεθειμένη στην ανάγκη μιας μελλοντικής μεταβολής.

Σύμφωνα λοιπόν με την παραπάνω νομολογία, η οποία επαναλαμβάνεται και έχει γενικευθεί, η ενιαία ρύθμιση που έχει εισαγάγει ο εργοδότης με επιχειρησιακή συνήθεια ή εγκύκλιο ή με γενικούς όρους εργασίας μπορεί να μεταβάλλεται και επί το δυσμενέστερο, αν ο εργοδότης έχει διατυπώσει σχετική **επιφύλαξη**. Η επιφύλαξη μπορεί να είναι και **σιωπηρή** και να προκύπτει από τις συνθήκες και περιστάσεις που συνοδεύουν την εργοδοτική παροχή. Κατά το BAG υφίσταται κατά κανόνα μία τέτοια σιωπηρή επιφύλαξη, όταν η εργοδοτική ρύθμιση έχει συλλογικό χαρακτήρα, ιδίως όταν παραπέμπει σε κανονισμό εργασίας ή είναι περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας ή εγκυκλίου του εργοδότη ή γενικών όρων εργασίας. Διότι στις περιπτώσεις αυτές ο εργαζόμενος γνωρίζει ότι η παροχή που λαμβάνει (ή γενικότερα η εργοδοτική ρύθμιση) τον αφορά όχι ως άτομο αλλά ως μέλος της εκμετάλλευσης ή μιας κατηγορίας εργαζομένων και δεν συναρτάται βέβαια με λόγους ή με περιστάσεις που συνδέονται με το πρόσωπό του².

¹ BAG 23.2.2016-3 AZR 44/14

² **K. Bepler**, Die 'zweifelhafte Rechtsquelle' der betrieblichen Übung-Beharrungen und Entwicklungen, RdA 2005, σελ. 323 επ. (328). Ας σημειωθεί ότι η παραπάνω νομολογία του BAG επιδοκιμάζεται από μερίδα της θεωρίας (π.χ. **W. Linsenmaier**, Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung-Kompetent und Konkurrenz, RdA 2014, σελ. 336 επ. (342 επ.), **Säcker**, BB 2013, σελ. 2677 (2678), **K. Bepler**, RdA 2005, σελ. 323 επ. (328 επ.), αλλά και επικρίνεται από άλλη (π.χ. **R. Waltermann**, 'Ablösung' arbeitsvertraglicher Zusagen durch Betriebsvereinbarung?, RdA 2016, σελ. 296 επ. (300 επ.). Κατά τους Waltermann και Wank η σιωπηρή επιφύλαξη τροποποίησης και επί τα χείρω της επιχειρησιακής συνήθειας με κανονισμό εργασίας ή ΣΣΕ καθιστά την αρχή της εύνοιας διάταξη ενδοτικού χαρακτήρα και περιτιμή, **R. Waltermann**, RdA 2016, σελ. 300 επ., Wiedemann/Wank, TVG 8^η εκδ., § 4 Nr. 549 επ.

2. Η συσχέτιση πρακτικής και επιχειρησιακής ΣΣΕ ή κανονισμού στο ελληνικό δίκαιο

Στο ελληνικό δίκαιο υποστηρίχθηκε αρχικά, όπως έχουμε ήδη αναφέρει, ότι η ενιαία ρύθμιση των όρων εργασίας που πραγματοποιείται στην εκμετάλλευση με τη σύναψη πολλών ομοιόμορφων ατομικών συμβάσεων εργασίας πρέπει να αντιμετωπίζεται ως μία συλλογική ρύθμιση. Επομένως όταν η συλλογική αυτή ρύθμιση συγκρούεται με μία άλλη ομοίας έκτασης συλλογική ρύθμιση που εισάγεται με ΣΣΕ ή κανονισμό, η μεταξύ τους σχέση δεν θα διέπεται από την αρχή της εύνοιας, αλλά η νεότερη ρύθμιση της ΣΣΕ ή του κανονισμού θα μπορεί να εκτοπίσει ακόμη και την ευνοϊκότερη συλλογική ρύθμιση που είχαν δημιουργήσει οι ομοιόμορφες ατομικές συμβάσεις εργασίας¹. Την παραπάνω όμως άποψη δεν ακολούθησε η νομολογία και θεωρία. Σε μία μεμονωμένη περίπτωση ωστόσο έγινε δεκτό² ότι «η αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης εφαρμόζεται μόνο, όταν πρόκειται για συμφωνίες που έχουν καθαρά ατομικό χαρακτήρα, δηλ. για εξατομικευμένες ρυθμίσεις που δικαιολογούνται από την αυξημένη αποδοτικότητα, τις ειδικές συνθήκες ή τις ανάγκες συγκεκριμένου εργαζομένου. Αντιθέτως οι γενικοί όροι εργασίας (τυποποιημένες συμβάσεις, επιχειρησιακή συνήθεια), παρά την τυπική θεμελίωσή τους σε ατομική σύμβαση εργασίας, έχουν όσον αφορά το περιεχόμενό τους συλλογικό χαρακτήρα. Δημιουργούν μια γενική και αφηρημένη ρύθμιση των όρων εργασίας, η οποία εξομοιώνεται ως προς τη λειτουργία της με μία συλλογική κανονιστική ρύθμιση. Οι γενικοί αυτοί όροι εργασίας δεν αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης, αλλά επιβάλλονται μονομερώς από τον εργοδότη, ο οποίος χρησιμοποιεί την ατομική σύμβαση απλώς ως μέσο για τη δημιουργία μιας ενιαίας και ομοιόμορφης ρύθμισης στον χώρο της εκμετάλλευσης. Ο εργαζόμενος αποκτά τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που προκύπτουν από τους γενικούς όρους εργασίας όχι βάσει των προσωπικών του ιδιοτήτων (απόδοση, ικανότητα,

¹ **Αλ. Καρακατσάνης**, Η συλλογική σύμβαση εργασίας, Νόμιμος διάπλασις και προβλήματα, 1974, σελ. 158 επ., **ο ίδιος**, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, 1963, σελ. 41 επ. Βλ. επίσης όσον αφορά τη συσχέτιση της επιχειρησιακής συνήθειας και γενικότερα των γενικών όρων εργασίας με τον κανονισμό **Αθ. Καρδάρ**, Η ρύθμιση των όρων εργασίας στο επίπεδο της εκμετάλλευσης, 1996, σελ. 419 επ.

² Βλ. ΜΠΘεσσ 26064/2003, ΕΕργΔ 2004, 91, η οποία υιοθετεί πλήρως τις θέσεις του Αλ. Καρακατσάνη

ιδιαίτερες ανάγκες κ.ά.), αλλά λόγω της ιδιότητάς του ως μέλους του προσωπικού της εκμετάλλευσης και ανάλογα με τη θέση που κατέχει σε αυτή. Οι γενικοί όροι εργασίας δημιουργούν, επομένως, μία ομοιόμορφη και ενιαία τάξη στον χώρο της εκμετάλλευσης, η οποία μπορεί να μεταβληθεί ακόμη και δυσμενέστερα για τους εργαζομένους από τη νέα τάξη που εισάγει μία μεταγενέστερη ΣΣΕ...»

Η παραπάνω όμως απόφαση δεν είχε συνέχεια. Διότι με νεότερη απόφαση¹ κρίθηκε ότι η σύγκρουση επιχειρησιακής συνήθειας και ΣΣΕ επιλύεται με βάση την αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης. Ειδικότερα κρίθηκε ότι η επιχειρησιακή συνήθεια, η οποία περιέχει μία γενική και απρόσωπη ρύθμιση που έχει διαμορφωθεί από τον εργοδότη ανεξάρτητα από συγκεκριμένα πρόσωπα, στηρίζεται σε σιωπηρή συμφωνία μεταξύ εργοδότη-μισθωτών (361 ΑΚ). Η επιχειρησιακή συνήθεια εξομοιώνεται με ατομική σύμβαση, αφού η δεσμευτικότητά της στηρίζεται σε συμβατική δέσμευση. Συνεπώς οι τυχόν ευνοϊκότεροι όροι που διαμορφώθηκαν με την επιχειρησιακή συνήθεια υπερισχύουν της ΣΣΕ είτε αυτοί διαμορφώθηκαν προγενέστερα είτε μεταγενέστερα από τη ΣΣΕ. Τροποποίηση επί το δυσμενέστερο και, πολύ περισσότερο, κατάργηση μιας τέτοιας επιχειρησιακής συνήθειας με ΣΣΕ δεν είναι νόμιμη².

Το ερώτημα ωστόσο παραμένει σχετικά με τον τρόπο εφαρμογής της αρχής της εύνοιας κατά τη συσχέτιση της πρακτικής με την επιχειρησιακή ΣΣΕ και τον κανονισμό εργασίας. Υποστηρίζεται ορθά ότι η αρχή της εύνοιας είναι ένα στοιχείο της ατομικής προστασίας του εργαζομένου, αφού προστατεύει την ιδιωτική αυτονομία του ατόμου έναντι της συλλογικής αυτονομίας³. Δεν πρέπει όμως να παραβλέπεται ότι η ρύθμιση που αποτελεί περιεχόμενο της επιχειρησιακής συνήθειας είναι γενική και απρόσωπη, αναφέρεται στο σύνολο του προσωπικού ή σε κατηγορίες προσωπικού, δεν έχει θεσπισθεί από τον εργοδότη εν όψει συγκεκριμένων εργαζομένων και για τον λόγο αυτό δεν αφορά συγκεκριμένους εργαζομένους και δεν περιέχει ατομικούς όρους εργασίας. Αν η

¹ ΠΠΠειρ 4789/2012, ΔΕΝ 2013, 476

² ΠΠΠειρ 4789/2012, ΔΕΝ 2013, 476. Κατά την απόφαση, η μεταβολή ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας είναι δυνατή με συμφωνία (βάσει της συμβατικής ελευθερίας, 361 ΑΚ), με τη δημιουργία αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας ή με τροποποιητική καταγγελία.

³ Wiedemann/**Wank**, TVG 8ⁿ εκδ., 2019, § 4, αριθμ. 547, **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 190 επ.

συλλογική ρύθμιση που περιέχει η πρακτική αναφέρεται στην **οργάνωση**¹ της εργασίας, αναφέρεται δηλ. σε όρους εργασίας που επιδέχονται ενιαία μόνο ρύθμιση μέσα στην εκμετάλλευση και ως εκ της φύσεώς τους δεν προσφέρονται για σύγκριση με άλλους όρους εργασίας από άποψη ευνοϊκότητας, τότε η συλλογική ρύθμιση της πρακτικής μπορεί να τροποποιείται προς κάθε κατεύθυνση με νεότερη ΣΣΕ ή κανονισμό εργασίας. Δηλ. στην περίπτωση αυτή η συσχέτιση δεν επιλύεται με βάση την αρχή της εύνοιας, αλλά η νεότερη συλλογική ρύθμιση που εισάγει η ΣΣΕ ή ο κανονισμός υπερισχύει της πρακτικής². Αυτό δικαιολογείται από το γεγονός ότι η συλλογική ρύθμιση που εισάγει η ΣΣΕ ή ο κανονισμός, που είναι πηγές του εργατικού δικαίου ανώτερης ιεραρχικά βαθμίδας, είναι αποτέλεσμα συλλογικών διαπραγματεύσεων και κοινής απόφασης μεταξύ εργοδότη και εκπροσώπων των εργαζομένων και για τον λόγο αυτό θα ανταποκρίνονται κατά τεκμήριο περισσότερο³ στις συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης αλλά και στα συμφέροντα των εργαζομένων.

Αλλά και όταν η πρακτική ρυθμίζει όρους εργασίας, οι οποίοι αναφέρονται όχι στην οργάνωση και τάξη της εργασίας μέσα στην εκμετάλλευση, αλλά στην ανταλλακτική σχέση εργασίας και μισθού, πάλι δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι η πρακτική περιέχει μία συλλογική και απρόσωπη ρύθμιση, η οποία δεν αφορά συγκεκριμένα πρόσωπα αλλά τους εργαζομένους ως σύνολο ή ως κατηγορία προσωπικού και η οποία (συλλογική ρύθμιση) λειτουργεί ως σύστημα και είναι εκτεθειμένη στην ανάγκη μιας μελλοντικής μεταβολής. Ορθά δέχεται, όπως εκθέσαμε προηγουμένως, το BAG ότι η πρακτική, η οποία περιέχει μία συλλογική και απρόσωπη ρύθμιση, όμοια με εκείνη της επιχειρησιακής ΣΣΕ και του κανονισμού, περιέχει κατά κανόνα και μία **σιωπηρή επιφύλαξη** μελλοντικής τροποποίησής της με επιχειρησιακή ΣΣΕ ή κανονισμό. Πράγματι, όταν στην επιχείρηση διαμορφώνεται μία ενιαία συλλογική ρύθμιση, η οποία λειτουργεί ως σύστημα και καταλαμβάνει τον εργαζόμενο όχι ως άτομο αλλά ως μέλος του προσωπικού, τότε είναι ευκόλως κατανοητό από τον εργαζόμενο ότι η ενιαία αυτή συλλογική ρύθμιση υπόκειται στην πορεία του χρόνου σε μεταβολές

¹ Βλ. σχετικά **Αλ. Καρακατσάνη**, Προβλήματα συσχετισμού διατάξεων διαφόρου βαθμίδας κανόνων δικαίου εν τω εργατ. δικαίω, ΝοB 1974, σελ. 593 επ. (597), Wiedemann/**Thüsing**, TVG 8^η εκδ., 2019, § 1 αριθμ. 676 επ.

² **Αλ. Καρακατσάνης**, ΝοB 1974, σελ. 597, πρβλ. **Αθ. Καρδαρά**, Η ρύθμιση των όρων εργασίας στο επίπεδο της εκμετάλλευσης, 1996, σελ. 419 επ. (423 επ.)

³ Βλ. **Γ. Λεβέντη**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 59

(ανάλογα με τις μεταβαλλόμενες οικονομικοτεχνικές και λοιπές συνθήκες) και ότι οι μεταβολές αυτές δεν είναι βέβαια δυνατόν να γίνονται με ατομικές συμφωνίες με κάθε ένα εργαζόμενο χωριστά, αλλά πρέπει να γίνονται κατά συλλογικό τρόπο. Ιδίως μάλιστα όταν περιεχόμενο της συλλογικής και απρόσωπης ρύθμισης είναι η χορήγηση παροχών πέραν των οφειλομένων, ο μέσος συνετός εργαζόμενος, που γνωρίζει τον συλλογικό χαρακτήρα της παροχής και τις συνθήκες χορήγησής της, δεν πρέπει να προκαταλαμβάνεται με την εντύπωση ότι η χορήγηση της οικειοθελούς παροχής θα ισχύει για πάντα αμετάβλητη¹. Μία τέτοια εμπιστοσύνη του εργαζομένου στην παροχή δεν δικαιολογείται από την καλή πίστη ούτε είναι άξια προστασίας. Βέβαια στη δημιουργία της εντύπωσης αυτής δεν πρέπει να συμβάλλει και ο εργοδότης, ο οποίος διατυπώνοντας σαφή επιφύλαξη μπορεί να καταστήσει εκ των προτέρων σαφές ότι η παροχή υπόκειται σε μελλοντική μεταβολή με επιχειρησιακή ΣΣΕ ή κανονισμό. Συχνά όμως η επιφύλαξη μεταβολής της πρακτικής με ΣΣΕ ή κανονισμό είναι σιωπηρή και συνάγεται από το περιεχόμενο της πρακτικής και τις συνθήκες που συνοδεύουν τη δημιουργία της, όπως π.χ. από την αφορμή για τη δημιουργία της πρακτικής, τον σκοπό που επιδιώκει, τους κανόνες που καθορίζουν κατά ενιαίο τρόπο το ύψος και τις προϋποθέσεις χορήγησης της παροχής, από το γεγονός ότι η πρακτική παραπέμπει ή αναφέρεται σε διατάξεις του κανονισμού, ΣΣΕ ή διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας κ.ο.κ. Η ύπαρξη ή μη επιφύλαξης είναι ζήτημα ερμηνείας του περιεχομένου της πρακτικής. Εφ' όσον από την ερμηνεία αυτή συνάγεται επιφύλαξη του εργοδότη ότι η συλλογική ρύθμιση που περιέχει η πρακτική μπορεί να τροποποιείται προς κάθε κατεύθυνση με επιχειρησιακή ΣΣΕ ή κανονισμό, τότε η πρακτική μπορεί να μεταβάλλεται με νεότερη ΣΣΕ ή κανονισμό και επί το δυσμενέστερο, χωρίς να έχει εφαρμογή, στην περίπτωση αυτή, η αρχή της εύνοιας².

Τέλος απομένει το ερώτημα εάν και πώς εφαρμόζεται η αρχή της εύνοιας όταν συγκρούεται επιχειρησιακή συνήθεια με μεταγενέστερη επιχειρησιακή ΣΣΕ ή κανονισμό, στην περίπτωση βέβαια που η επιχειρησιακή συνήθεια δεν περιέχει

¹ Για παράδειγμα, οι συνταξιοδοτικές φύσεως εργοδοτικές παροχές (παροχές μετεργασιακής μέριμνας) που χορηγούνται βάσει επιχειρησιακής συνήθειας, μπορούν να μεταβάλλονται με κανονισμό εργασίας ή ΣΣΕ. Στην περίπτωση αυτή το πλαίσιο χρηματοδότησης παραμένει το ίδιο και μεταβάλλεται ο τρόπος κατανομής των παροχών μεταξύ των εργαζομένων.

² **M. Benecke**, σχόλιο στην BAG 28.3.2000-1 AZR 366/99, SAE 2001, σελ. 149

επιφύλαξη μεταβολής της. Παρόλο που η επιχειρησιακή συνήθεια στηρίζεται - κατά την κρατούσα συμβατική θεωρία- σε σιωπηρή συμφωνία των μερών, περιέχει μία συλλογική και απρόσωπη ρύθμιση, όμοια κατά περιεχόμενο με τη ρύθμιση μιας επιχειρησιακής ΣΣΕ ή ενός κανονισμού. Όταν λοιπόν νεότερη ΣΣΕ ή κανονισμός εργασίας επαναρρυθμίζουν τη συλλογική και απρόσωπη ρύθμιση της πρακτικής, ερωτάται ποια ρύθμιση θα επιλεγεί ως ευνοϊκότερη και θα εφαρμοσθεί: εκείνη που ευνοεί συνολικά περισσότερο τους εργαζομένους ή εκείνη που θεωρεί κάθε μεμονωμένος εργαζόμενος, με βάση τις προσωπικές του εκτιμήσεις, ως ευνοϊκότερη; Στα προηγούμενα εκθέσαμε συνοπτικά τα επιχειρήματα και των δύο απόψεων αλλά και τη νομολογία του ΒΑΓ. Η αρχή της εύνοιας είναι ένας θεσμός που υπηρετεί κατ' αρχήν την ατομική προστασία του εργαζομένου και εφαρμόζεται κατά τη συσχέτιση ΣΣΕ και ατομικής σύμβασης εργασίας. Στην προκειμένη όμως περίπτωση δεν συσχετίζεται ατομική ρύθμιση με συλλογική, αλλά συσχετίζονται δύο συλλογικές ρυθμίσεις και επιδιώκεται συγχρόνως η διατήρηση της ενιαίας ρύθμισης που περιέχει η πρακτική. Στη θεωρία της εμπιστοσύνης ανταποκρίνεται περισσότερο η κατά συλλογικό τρόπο σύγκριση της πρακτικής με την επιχειρησιακή ΣΣΕ ή τον κανονισμό, προκειμένου να επιλεγεί η συλλογική ρύθμιση που ικανοποιεί περισσότερο τα συμφέροντα της ολότητας των εργαζομένων, αφού οι εργαζόμενοι που συμμετέχουν σε μία ενιαία ρύθμιση αντιλαμβάνονται κατά καλή πίστη ότι η συλλογική αυτή ρύθμιση είναι ενδεχόμενο να τροποποιηθεί στο μέλλον από μία άλλη συλλογική επίσης ρύθμιση. Το εξεταζόμενο ζήτημα δεν είναι βέβαια μεγάλης πρακτικής σημασίας, δεδομένου ότι η μεταβολή της πρακτικής γίνεται συνήθως βάσει ενυπάρχουσας στην πρακτική επιφύλαξης (ρήτρας) τροποποίησης ή ανάκλησης. Ας σημειωθεί, τέλος, ότι ο ΑΠ κατά τη συσχέτιση κανονισμού (με ισχύ νόμου) με νεότερη επιχειρησιακή ΣΣΕ εφάρμοσε την αρχή της εύνοιας κατά συλλογικό τρόπο, λαμβάνοντας δηλ. ως κριτήριο για την περί της ευνοϊκότητας κρίση τα συμφέροντα της ολότητας των εργαζομένων και όχι τις τυχόν προσωπικές εκτιμήσεις μεμονωμένου μισθωτού¹.

¹ ΑΠ 1221/2003, ΔΕΝ 2004, 243. Στην προκειμένη περίπτωση επιχειρησιακή ΣΣΕ καθόρισε ποια επί πλέον πραγματική υπηρεσία συνυπολογίζεται, προκειμένου να συμπληρωθεί η πραγματική υπηρεσία που απαιτούσε ο κανονισμός για την αυτοδίκαιη αποχώρηση του προσωπικού.

3. Μεταβολή της πρακτικής που παραπέμπει σε ΣΣΕ

Όπως η ατομική σύμβαση εργασίας είναι δυνατόν να ρυθμίζει τους όρους εργασίας με παραπομπή σε ΣΣΕ ή ΔΑ, έτσι και η επιχειρησιακή συνθήθεια μπορεί να καθορίζει όρους εργασίας με παραπομπή σε ΣΣΕ¹. Η παραπομπή σε ΣΣΕ συμφωνείται ρητά με τη σύμβαση εργασίας ή μπορεί να συνάγεται σιωπηρά από το περιεχόμενο της ή από την εφαρμοζόμενη πρακτική. Επίσης η ρήτρα περί παραπομπής σε ΣΣΕ/ΔΑ μπορεί να περιέχεται και σε προδιατυπωμένες² από τον εργοδότη συμβάσεις εργασίας. Η συμφωνία περί παραπομπής σε ΣΣΕ είναι έγκυρη, έστω και αν γίνεται σε άσχετη ΣΣΕ ή ΣΣΕ που έχει λήξει (αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων). Δεδομένου ότι δεν απαιτείται κάποιος τύπος για την παραπομπή σε ΣΣΕ και ο όρος περί παραπομπής μπορεί να συνάγεται **σιωπηρά** από το περιεχόμενο της επιχειρησιακής συνθήθειας, η ερμηνεία της συμπεριφοράς του εργοδότη είναι ιδιαίτερα σημαντική³. Από το γεγονός ότι ο εργοδότης εφάρμοσε εσφαλμένα (π.χ. από πλάνη) για κάποιο διάστημα μία ΣΣΕ δεν μπορεί να συναγάγει κανείς ότι έχει τη βούληση και δεσμεύτηκε να εφαρμόζει τη ΣΣΕ αυτή και στο μέλλον⁴. Δεν είναι ευχερές ιδίως να υποστηρίξει κανείς ότι ο μη δεσμευόμενος από τη ΣΣΕ εργοδότης έχει τη βούληση να δεσμεύεται στο διηνεκές από τη ΣΣΕ αυτή, παρόλο που ο ίδιος δεν είναι μέλος στην αντίστοιχη εργοδοτική οργάνωση.

Η παραπομπή σε ΣΣΕ, η οποία προκύπτει από επιχειρησιακή συνθήθεια, μπορεί να γίνεται σε συγκεκριμένη ΣΣΕ (**στατική** παραπομπή). Η συμφωνία αυτή παράγει ενοχική μόνο δέσμευση μεταξύ των συμβαλλομένων⁵. Δηλ. οι κανονιστικοί όροι, στους οποίους παραπέμπει η επιχειρησιακή συνθήθεια,

¹ Wiedemann/**Oetker**, 8^η εκδ., 2019, § 3 TVG, Rnr. 345 επ., Beck 2007, **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, Beck München, σελ. 386 επ.

² Wiedemann/**Oetker**, TVG, 8^η εκδ., 2019, § 3 αριθμ. 343

³ **K. Erarslan**, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, Hamburg 2017, σελ. 134, Wiedemann/**Wank**, TVG 8^η εκδ., 2019, § 3, αριθμ. 345

⁴ **Löwisch-Rieble**, TVG 4^η εκδ., § 3, αριθμ. 680

⁵ ΑΠ 773/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, **Αμ. Λεβέντη**, Μεταβίβαση Επιχείρησης και Συλλογικές Σχέσεις Εργασίας, 2016, σελ. 234

καθίστανται περιεχόμενο της ατομικής σύμβασης εργασίας¹. Η επιχειρησιακή συνήθεια με αντικείμενο την παραπομπή σε συγκεκριμένη ΣΣΕ μπορεί να καταργείται ή τροποποιείται με νεότερη επιχειρησιακή συνήθεια ή με νεότερη συμφωνία των μερών², τροποποιητική καταγγελία κ.ο.κ. Είναι σαφές ότι η παραπομπή σε ΣΣΕ μέσω επιχειρησιακής συνήθειας μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την επί τα χείρω μεταβολή των όρων εργασίας³, ιδίως βέβαια στην περίπτωση της δυναμικής παραπομπής, όταν δηλ. η παραπομπή γίνεται στην εκάστοτε ισχύουσα ΣΣΕ και η ΣΣΕ, στην οποία γίνεται η παραπομπή, αντικαθίσταται από μία άλλη ΣΣΕ δυσμενέστερη.

Ζήτημα γεννάται στην περίπτωση κατά την οποία αντικείμενο της πρακτικής είναι η παραπομπή όχι σε μια συγκεκριμένη ΣΣΕ, αλλά στην εκάστοτε ισχύουσα ΣΣΕ, δηλ. και στη ΣΣΕ που θα καταρτίζεται στο μέλλον (δυναμική παραπομπή). Μάλιστα η γερμανική θεωρία διακρίνει μεταξύ μικρής και μεγάλης δυναμικής παραπομπής⁴. Μικρή δυναμική παραπομπή θεωρείται εκείνη που παραπέμπει σε μία συγκεκριμένη μεν ΣΣΕ, όπως όμως αυτή θα ισχύει και θα εξελίσσεται στο μέλλον. Μεγάλη δυναμική παραπομπή είναι εκείνη που δεν παραπέμπει σε μία συγκεκριμένη ΣΣΕ, αλλά παραπέμπει στην εκάστοτε ισχύουσα στην επιχείρηση ΣΣΕ, όπως αυτή θα ισχύει και θα εξελίσσεται στο μέλλον. Το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό διακρίνει την περίπτωση του δεσμευόμενου από ΣΣΕ εργοδότη από τον μη δεσμευόμενο. Κατά το BAG, ο δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης, με την παραπομπή σε ΣΣΕ (που εφαρμόζει βάσει πρακτικής) επιδιώκει να διασφαλίσει ίσους όρους εργασίας για όλους τους εργαζομένους της επιχείρησης, συνδικαλισμένους και μη. Έτσι οι μη συνδικαλισμένοι εργαζόμενοι έχουν αξίωση να λαμβάνουν τις παροχές της ΣΣΕ (κατά τη διάρκεια ισχύος της), βάσει της επιχειρησιακής συνήθειας και όχι βέβαια βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης⁵. Αυτό ισχύει και στην περίπτωση που ο εργοδότης συνεχίζει να εφαρμόζει τη ΣΣΕ και κατά το στάδιο της μετενέργειας, δηλ. μετά τη λήξη της

¹ ΑΠ 277/2009, ΔΕΝ 2012, σελ. 985, **Γ. Λεβέντης**, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2007, σελ. 466

² Wiedemann/**Oetker**, 8^η εκδ., 2019, § 3 TVG, RnR. 369 επ.

³ BAG 24.09.2008-6 AZR 76/07

⁴ **Zöllner/Loritz/Hergenröder**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008, σελ. 386. Στο ελληνικό δίκαιο δεν υπάρχει αυτή η διάκριση, επειδή δεν συνηθίζονται τόσο πολύ οι παραπομπές. Ωστόσο στην πράξη μπορεί να υφίστανται τέτοιες παραπομπές, παρόλο που δεν υπάρχει αντίστοιχη ορολογία.

⁵ BAG 3.11.2004 - 5 AZR 73/04, BAG 14.11.2001 - 10 AZR 698/00, **M. Henssler**, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, σελ. 683, 695 επ.

ισχύος της ΣΣΕ. Στην περίπτωση του δεσμευόμενου από ΣΣΕ εργοδότη, σε περίπτωση αμφιβολίας, θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι η παραπομπή αφορά το σύνολο της ΣΣΕ, δηλ. τόσο τους ευνοϊκούς όσο και τους δυσμενείς όρους της¹, διότι η συνολική παραπομπή διασφαλίζει περισσότερο την ίση μεταχείριση. Στην περίπτωση του δεσμευόμενου από ΣΣΕ εργοδότη απαντάται συχνά τόσο η στατική όσο και η δυναμική παραπομπή σε ΣΣΕ μέσω επιχειρησιακής συνήθειας. Ωστόσο η νεότερη νομολογία του BAG έχει γίνει πιο αυστηρή στην αποδοχή της δυναμικής παραπομπής σε ΣΣΕ².

Αντιθέτως στην περίπτωση του μη δεσμευόμενου από ΣΣΕ εργοδότη, η δυναμική παραπομπή μέσω επιχειρησιακής συνήθειας γίνεται αποδεκτή μόνο εφ' όσον υπάρχουν «σαφείς ενδείξεις» («deutliche Anhaltspunkte») ³ ότι ο εργοδότης με την ομοιόμορφη και σταθερή εφαρμογή της τροποποιούμενης κατά διαστήματα ΣΣΕ εκφράζει τη βούληση να την εφαρμόζει και στο μέλλον. Το BAG έχει διαμορφώσει την κρίση του αυτή με την αιτιολογία ότι ο μη συνδικαλισμένος στην εργοδοτική οργάνωση και, συνεπώς, μη δεσμευόμενος από τις ΣΣΕ της οργάνωσης αυτής εργοδότης -σε αντίθεση με τον δεσμευόμενο- δεν επιθυμεί κατά κανόνα να δεσμεύεται ες αεί από τις ΣΣΕ που συνάπτονται από την οργάνωση αυτή⁴. Κατά το BAG⁵ δεν είναι δυνατόν ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης να τίθεται σε δυσμενέστερη θέση από τον δεσμευόμενο, ο οποίος μπορεί ευχερώς να αποδεσμεύεται από τη ΣΣΕ αποχωρώντας από την εργοδοτική οργάνωση. Με την εκούσια καταβολή από τον εργοδότη του υψηλότερου μισθού της ΣΣΕ, δημιουργείται μόνο αξίωση του εργαζομένου για λήψη αυτού του υψηλότερου μισθού και όχι υποχρέωση του εργοδότη να συνεχίσει να καταβάλλει τον εκάστοτε μισθό που θα ορίζει η ΣΣΕ στο μέλλον⁶, δηλ. από την εκούσια καταβολή των αποδοχών της ΣΣΕ δεν μπορεί να συμπεραίνεται άνευ ετέρου η διηνεκής δέσμευση του εργοδότη από μελλοντικές ΣΣΕ βάσει

¹ BAG 19.1.1999-1 AZR 606/98, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Wiedemann/**Oetker**, TVG 8^η εκδ., 2019, § 3 αριθμ. 347, **K. Erarslan**, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, Hamburg 2017, σελ. 143.

² BAG 19.11.2011-5 AZR 359/10, BAG 17.2.2010-5 AZR 191/09

³ BAG 16.1.2002-5 AZR 715/00, NZA 2002, σελ.632, BAG 26.8.2009, NYA 2010.173

⁴ BAG 3.11.2004-5 AZR 622/03

⁵ BAG 27.2.2019-5 AZR 354/18, BAG 19.10.2011 – 5 AZR 359/10

⁶ BAG 16.1.2002-5 AZR 715/00, NZA 2002, σελ. 633, BAG 20.6.2001-4 AZR 290/00, NZA 2002, σελ. 352

δυναμικής παραπομπής. Υποστηρίζεται¹ μάλιστα, ότι και οι εργαζόμενοι -εφ' όσον γνωρίζουν ότι ο εργοδότης δεν συμμετέχει στην αντίστοιχη εργοδοτική οργάνωση- θα πρέπει κατά καλή πίστη εξ αυτού να συμπεραίνουν ότι ο εργοδότης δεν θα έχει τη βούληση να καθίστανται εις βάρος του δυσμενέστεροι οι όροι εργασίας επί τη βάσει μιας δυναμικής παραπομπής σε ΣΣΕ. Επ' αυτού όμως υπάρχει και ο αντίλογος ότι ο μέσος εργαζόμενος εμπιστεύεται και αποδέχεται πρωτίστως την επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά του εργοδότη στο πλαίσιο της διαμορφούμενης επιχειρησιακής συνήθειας, ενώ συνήθως δεν μπορεί να γνωρίζει αν εργοδότης συμμετέχει σε εργοδοτική οργάνωση².

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει, η επιχειρησιακή συνήθεια συναρτάται πάντα με **ορισμένη παροχή ή συμπεριφορά** του εργοδότη προς το προσωπικό, την οποία αυτός επαναλαμβάνει για κάποιο χρονικό διάστημα, σταθερά, ομοιόμορφα και ανεπιφύλακτα, κατά τρόπο, ώστε εύλογα οι εργαζόμενοι, σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, θεωρούν ότι ο εργοδότης, από την έμπρακτη αυτή συμπεριφορά του, εκφράζει ως προς τη συγκεκριμένη παροχή τη βούλησή του να συνεχίσει να τη χορηγεί και στο μέλλον. Δεν μπορεί να δημιουργηθεί επιχειρησιακή συνήθεια όταν δεν είναι εξ αρχής καθορισμένη η παροχή που καταβάλλει οικειοθελώς ο μη δεσμευόμενος από ΣΣΕ εργοδότης, διότι κάτι τέτοιο θα είχε ως αποτέλεσμα να δημιουργούνται γι' αυτόν απρόβλεπτες δαπάνες, τις οποίες δεν μπορεί εκ των προτέρων να υπολογίσει. Την επιχειρηματολογία αυτή ακολουθεί το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό για την περίπτωση των μισθολογικών αυξήσεων κατά παραπομπή σε ΣΣΕ³. Η μισθολογική πολιτική στο σύνολό της μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο επιχειρησιακής συνήθειας, όταν ο εργοδότης εφαρμόζει κατά παραπομπή στο προσωπικό του το σύνολο των μισθολογικών διατάξεων μιας ΣΣΕ.

Από τα προηγούμενα συνάγεται ότι, όταν περιεχόμενο της επιχειρησιακής συνήθειας είναι η ρύθμιση των όρων εργασίας με δυναμική παραπομπή σε ΣΣΕ, η εξέλιξη των όρων εργασίας είναι αβέβαιη και συναρτάται με τις εκάστοτε

¹ BAG 24.2.2016, NZA 2016, 557, **K. Erarslan**, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, Hamburg 2017, σελ. 153

² Πρβλ. BAG 24.2.2016, NZA 2016, 557 αρ. 21, 24, Wiedemann/**Oetker**, TVG 8^η εκδ., 2019, § 3 αριθμ. 346

³ BAG 16.1.2002, AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 3.11.2004, AP Nr. 28 zu § 611 BGB Lohnanspruch., BAG 16.9.1998, AP Nr 54 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

προβλέψεις της ΣΣΕ, μπορεί δηλ. η εξέλιξη αυτή να είναι άλλοτε ευμενέστερη και άλλοτε δυσμενέστερη για κάθε πλευρά. Η αβεβαιότητα αυτή επιβάλλει ιδιαίτερη επιμέλεια κατά την ερμηνεία του περιεχομένου της πρακτικής, προκειμένου να κριθεί αν αυτή περιέχει στατική ή δυναμική παραπομπή σε ΣΣΕ και αν η παραπομπή αφορά όλη τη ΣΣΕ ή ορισμένες μόνο διατάξεις της. Η πρακτική που έχει ως περιεχόμενο την παραπομπή σε ΣΣΕ μεταβάλλεται ή καταργείται κατά τον ίδιο τρόπο που μεταβάλλεται ή καταργείται κάθε πρακτική, δηλ. μεταβάλλεται ή καταργείται με συμφωνία μεταξύ των μερών κατ' ενάσκηση της συμβατικής ελευθερίας, με τη δημιουργία αντίθετης πρακτικής, οπότε ισχύουν όσα έχουμε εκθέσει σε άλλη θέση, με τη χρήση τυχόν υπάρχουσας επιφύλαξης τροποποίησης ή ανάκλησης, με τροποποιητική καταγγελία και, τέλος, εφ' όσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις, με επίκληση της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου της πρακτικής.

4. Συσχέτιση πρακτικής και κανονισμού εργασίας

Η σχέση πρακτικής και κανονισμού εργασίας εξετάστηκε ήδη στο πλαίσιο της συσχέτισης πρακτικής και επιχειρησιακής ΣΣΕ, δεδομένου ότι ο κανονισμός εργασίας καταρτίζεται συχνά με επιχειρησιακή ΣΣΕ. Στα επόμενα ακολουθούν ορισμένες συμπληρωματικές παρατηρήσεις σχετικές με τις ιδιαιτερότητες του κανονισμού εργασίας.

Η επιχειρησιακή συνήθεια θεωρείται η συγγενέστερη προς τον κανονισμό εργασίας πηγή ρύθμισης των εργασιακών σχέσεων¹. Και οι δύο θεσμοί αποτελούν παράγοντες συλλογικής διαμόρφωσης των όρων εργασίας, έχουν το ίδιο πεδίο ισχύος, δηλ. την εκμετάλλευση, και στοχεύουν στην ενιαία και ομοιόμορφη ρύθμιση των όρων εργασίας. Επί πλέον προβάλλεται ότι η επιχειρησιακή συνήθεια προσομοιάζει θεματικά με τον κανονισμό, έτσι ώστε κάλλιστα να μπορεί να χρησιμοποιείται προς συμπλήρωσή του και να συνιστά *cum grano salis* το άτυπο υποκατάστατο αυτού². Ας σημειωθεί ότι το δίκαιο των κανονισμών

¹ Δ. Ζερδελής, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ.172

² Κ. Μπακόπουλος, Ο κανονισμός εργασίας, ΕΕργΔ 1993, 634

εργασίας (Ν.Δ. 3789/57, Ν. 1767/88) δεν θεσπίζει με ρητή διάταξη την αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης. Σύμφωνα όμως με όσα λέχθηκαν παραπάνω, η αρχή αυτή, ως θεμελιώδης αρχή του εργατικού δικαίου, η οποία υπηρετεί την ατομική συμβατική ελευθερία και συγχρόνως αποτελεί εκδήλωση της αρχής της προστασίας του εργαζομένου, διέπει τις σχέσεις μεταξύ περισσότερων «πηγών» διαφορετικής βαθμίδας κι έτσι εφαρμόζεται και στη σύγκρουση του κανονισμού με την ατομική σύμβαση εργασίας¹. Άλλωστε και ο κανονισμός εργασίας θεσπίζει κατώτατα όρια προστασίας. Επομένως και εδώ ισχύουν όσα ελέχθησαν παραπάνω στη συσχέτιση ΣΣΕ και πρακτικής.

Όσο η εφαρμογή της αρχής της ευνοϊκότερης ρύθμισης, ιδίως στη σύγκρουση της πρακτικής με μεταγενέστερο κανονισμό, έχει συναντήσει αντιρρήσεις. Στο Ν.Δ. 3789/57 δεν υπάρχει, όπως αναφέραμε, διάταξη αντίστοιχη με αυτή του αρ. 7 § 2 του Ν. 1876/90, η οποία να προβλέπει την εφαρμογή της αρχής της εύνοιας στη σχέση του κανονισμού με την ατομική σύμβαση. Υποστηρίζεται² ότι ο αποκλεισμός της εφαρμογής της αρχής της ευνοϊκότερης ρύθμισης δικαιολογείται από τον σκοπό που επιδιώκει ο κανονισμός εργασίας. Στον κανονισμό δεν προέχει η προστασία του εργαζομένου, όπως στη συλλογική σύμβαση, αλλά προέχει η δημιουργία μιας ενιαίας τάξης και ομοιόμορφης ρύθμισης στον χώρο της εκμετάλλευσης. Επίσης σημειώνεται³ ότι η επί τα χείρω τροποποίηση της πρακτικής με κανονισμό εργασίας συναρτάται άμεσα και με το συμφέρον της επιχείρησης, διότι στο πάγιο συμφέρον του μισθωτού για συμβατική σταθερότητα αντιτάσσεται το συμφέρον του εργοδότη να μπορεί να προσαρμόζει τα δεδομένα λειτουργίας της επιχείρησής του στα μεταβαλλόμενα δεδομένα. Αυτό προκύπτει άλλωστε από το ίδιο το αντικείμενο του κανονισμού που είναι οι λεγόμενοι «τυπικοί όροι εργασίας»⁴, οι όροι δηλ. εκείνοι που δεν έχουν ως αντικείμενο τη σχέση παροχής-αντιπαροχής, αλλά αναφέρονται στη ρύθμιση της εσωτερικής οργάνωσης και τάξης της εκμετάλλευσης. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η αρχή της

¹ Δ. Ζερδελής, ό.π., σελ. 173

² Αλ. Καρακατσάνης, ΕΕργΔ 1969, σελ. 293, Καρδαράς, Οι κανόνες, σελ. 219

³ Κ. Μπακόπουλος, Ο κανονισμός εργασίας, ΕΕργΔ 1993, 634

⁴ Για τη διάκριση μεταξύ τυπικών και ουσιαστικών όρων εργασίας βλ. Καρδαρά, Οι κανόνες, σελ. 211 επ., Γ. Λεβέντη, Συλλογική αυτονομία και κρατικός παρεμβατισμός στο εργατικό δίκαιο, 1981, σελ. 139 επ.

ευνοϊκότερης ρύθμισης παραμερίζεται για χάρη της διατήρησης της ενότητας του δικαίου της εκμετάλλευσης. Οι διατάξεις του κανονισμού αναπτύσσουν απόλυτη αναγκαστική ενέργεια και επομένως δεν είναι δυνατή παρέκκλιση από αυτές με ατομικές συμφωνίες, ακόμη κι αν οι τελευταίες είναι ευνοϊκότερες για τους εργαζομένους¹.

Κατά την άποψη αυτή η σχέση του κανονισμού με την ατομική σύμβαση αλλά και την πρακτική διέπεται αποκλειστικά από την αρχή της τάξεως.

Η παραπάνω άποψη όμως έχει σήμερα εγκαταλειφθεί. Ο κανονισμός, ως θεσμός του συλλογικού εργατικού δικαίου, επιδιώκει παράλληλα προς την ενιαία ρύθμιση των όρων εργασίας και την προστασία του εργαζομένου². Η ανάγκη προστασίας του εργαζομένου υπήρξε άλλωστε και η αιτία για τη δημιουργία σε πολλές χώρες **συστημάτων συμμετοχής** των μισθωτών (μέσω συμβουλίων) στη διαμόρφωση του εσωτερικού δικαίου της εκμετάλλευσης. Η συμμετοχή των εργαζομένων στη διαμόρφωση του εσωτερικού δικαίου της εκμετάλλευσης υπηρετεί ακριβώς την προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, γιατί περιορίζει τη μονόπλευρη εξουσία του εργοδότη και ελαττώνει τις εξαρτήσεις που δημιουργούνται αναπόφευκτα εις βάρος των εργαζομένων στην παραγωγική διαδικασία³. Η συμμετοχή αποτελεί, δηλαδή, αντίδραση στην **αποπροσωποίηση** της εργασίας που πολύ καθαρά εμφανίζεται στις σύγχρονες μεγάλες εκμεταλλεύσεις⁴. Επομένως, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, την τήρηση της οποίας θέλησε να εξασφαλίσει ο νομοθέτης με τον κανονισμό εργασίας, περιορίζει μεν, αλλά δεν αποκλείει τη συμβατική ελευθερία. Δεν ήταν στις προθέσεις του νομοθέτη να αποκλείσει γενικά και αδιάκριτα μια ευνοϊκότερη σε σχέση με τον κανονισμό ατομική ρύθμιση ή μια (μέσω πρακτικής ή γενικών όρων εργασίας) συλλογική ρύθμιση και επομένως μια διαφορετική μεταχείριση, όταν μάλιστα αυτή δικαιολογείται από ιδιαίτερες συνθήκες ή ανάγκες. Κατά τη διαμόρφωση του εσωτερικού δικαίου της εκμετάλλευσης επιτρέπονται ευνοϊκότερες συμφωνίες. Δεν επιτρέπονται μόνο

¹ **Αθ. Καρδαράς**, ό.π., σελ. 228

² **Γ. Λεβέντης**, Συλλογική αυτονομία και κρατικός παρεμβατισμός στο εργατικό δίκαιο, σελ. 145

³ **G. Hueck**, Η συμμετοχή των μισθωτών στη διεύθυνση των επιχειρήσεων, ΕΕργΔ 1978, σελ. 545 επ. (547)

⁴ **G. Hueck**, ό.π., σελ. 547

ευνοϊκότερες ατομικές ή συλλογικές συμφωνίες που βλάπτουν άλλους μισθωτούς της εκμετάλλευσης. Λόγω της πλοκής και της αλληλεξάρτησης των σχέσεων εργασίας μέσα στην εκμετάλλευση, είναι ενδεχόμενο η ευνοϊκότερη συμφωνία και μεταχείριση μισθωτού ή μισθωτών να θίγει άλλους μισθωτούς¹. Π.χ. η ταχύτερη βαθμολογική προώθηση ενός μισθωτού μπορεί να παρεμποδίζει τη βαθμολογική εξέλιξη των συναδέλφων του. Για τον λόγο αυτό οι ευνοϊκότερες σε σχέση με τον κανονισμό ρυθμίσεις που εισάγει η πρακτική δεν πρέπει να βλάπτουν άλλους μισθωτούς και να ανατρέπουν όρους εργασίας που μόνο ενιαία μπορούν να ρυθμίζονται στην εκμετάλλευση. Κατά τα λοιπά ευνοϊκότερες σε σχέση με τον κανονισμό ρυθμίσεις είναι δυνατόν να εισάγονται στην εκμετάλλευση με επιχειρησιακή συνήθεια και υπερισχύουν βάσει της αρχής της εύνοιας.

Από την άλλη πλευρά ο κανονισμός εργασίας, του οποίου οι ρυθμίσεις έχουν άμεση και αναγκαστική (δηλ. κανονιστική) ισχύ, ακόμη και όταν ο κανονισμός καταρτίζεται σύμφωνα με το Ν.Δ. 3789/1957², δεν επιτρέπεται να μεταβάλλει επί το δυσμενέστερο τους όρους εργασίας που περιέχει η πρακτική, αφού κατά τη συσχέτιση της πρακτικής με τον κανονισμό εργασίας ισχύει η αρχή της εύνοιας³. Εφ' όσον όμως η πρακτική ρυθμίζει όρους εργασίας ουδέτερους, δηλ. όρους που δεν επιδέχονται σύγκριση από άποψη ευνοϊκότητας (όπως π.χ. είναι οι όροι που αναφέρονται στην οργάνωση της εργασίας), στην περίπτωση αυτή κατ' εξαίρεση ο μεταγενέστερος κανονισμός μπορεί να τροποποιεί την πρακτική προς κάθε κατεύθυνση χωρίς να λαμβάνονται υπ' όψη οι υποκειμενικές περιεχόμενες εκτιμήσεις μεμονωμένων μισθωτών. Διότι στην περίπτωση αυτή ο κανονισμός, που είναι αποτέλεσμα συλλογικής διαπραγμάτευσης και συμφωνίας μεταξύ εργοδότη και εκπροσώπων των εργαζομένων, κατά τεκμήριο ανταποκρίνεται περισσότερο στις συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης και στα συμφέροντα των εργαζομένων⁴.

¹ Βλ. **Αλ. Καρακατσάνη**, ΕΕργΔ 1969, σελ. 293, **Γ. Λεβέντη**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρητημένης εργασίας, 1990, σελ. 50

² ΟΛΑΠ 5/2011, ΔΕΝ 2011, 1256

³ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική, σελ. 173 επ., **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή, σελ. 50 επ., **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕΕργΔ 1983, σελ. 912 επ. (928 επ.), **R. Richardi**, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, σελ. 401 επ., **ο ίδιος**, BetrVG 14^η εκδ., § 77 αριθμ. 152 επ.

⁴ Βλ. και παραπάνω, σελ. 188-189.

5. Πρακτική και γενικοί όροι εργασίας

Με τον όρο «γενικοί όροι εργασίας» (*allgemeine Arbeitsbedingungen*) χαρακτηρίζονται οι γενικοί και τυποποιημένοι όροι εργασίας που διαμορφώνονται μονομερώς από τον εργοδότη και τους οποίους ο εργαζόμενος πρέπει να αποδεχτεί, αν επιθυμεί να συνάψει σύμβαση εργασίας¹. Ο εργοδότης μπορεί να διατυπώσει γενικούς όρους εργασίας και κατά τη λειτουργία της σχέσης εργασίας². Οι γενικοί όροι εργασίας έχουν συμβατική ισχύ (όπως και η επιχειρησιακή συνήθεια και η εγκύκλιος του εργοδότη) και αποτελούν ένα είδος γενικών όρων των συναλλαγών³. Επί πλέον οι γενικοί όροι εργασίας μπορεί να είναι περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας, εγκυκλίου, ΣΣΕ ή κανονισμού εργασίας.

Επομένως η σχέση της πρακτικής με τους γενικούς όρους εργασίας κρίνεται με βάση τον τρόπο με τον οποίο έχουν θεσπισθεί οι γενικοί όροι εργασίας, σύμφωνα με τη δυναμική των πηγών του εργατικού δικαίου. Αν οι γενικοί όροι εργασίας έχουν θεσπισθεί με ΣΣΕ ή κανονισμό εργασίας, οπότε έχουν κανονιστική ισχύ, τότε σε περίπτωση σύγκρουσής τους με επιχειρησιακή συνήθεια ισχύουν όσα αναφέρθηκαν στα προηγούμενα (σελ. 183 επ.). Αν οι γενικοί όροι εργασίας είναι περιεχόμενο επιχειρησιακής συνήθειας, θα πρέπει να διακρίνουμε αν η δεσμευτικότητά τους είναι προγενέστερη ή μεταγενέστερη μιας νέας αντίθετης επιχειρησιακής συνήθειας, οπότε στην περίπτωση αυτή μπορεί να αντικατασταθούν από τη μεταγενέστερη επιχειρησιακή συνήθεια, υπό τις προϋποθέσεις που αναφέρθηκαν ανωτέρω (σελ. 145 επ., αρνητική πρακτική). Επί πλέον ο εργοδότης έχει τη δυνατότητα να επιβάλει στους νεοπροσλαμβανομένους γενικούς όρους εργασίας, ακόμη κι αν οι γενικοί αυτοί

¹ **Αθ. Καρδαράς**, Οι κανόνες του δικαίου της εργασίας και η σχέση τους προς την ΣΣΕ, σελ. 387 επ., **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 42-43, **Fr.-J. Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971, σελ. 81 επ.

² Για τη θέση σε ισχύ των γενικών όρων εργασίας βλ. διεξοδικότερα **Fr.-J. Säcker**, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971, σελ. 133 επ.

³ **Γ. Λεβέντης**, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, σελ. 45

όροι εργασίας δεν ισχύουν για τους ήδη εργαζομένους στην εκμετάλλευση, για τους οποίους (ήδη εργαζομένους) ισχύουν ευνοϊκότεροι όροι εργασίας. Επίσης οι γενικοί όροι εργασίας που είναι περιεχόμενο επιχειρησιακής συνθήκης ή εγκυκλίου, είναι δυνατόν να τροποποιούνται ή να καταργούνται με νεότερη αντίθετη συμφωνία καθώς και με τα λοιπά μέσα μεταβολής της πρακτικής που εξετάσαμε στα προηγούμενα.

IV. Η ισχύς της πρακτικής σε περίπτωση μεταβίβασης, συγκώνευσης ή διάσπασης επιχειρήσεων

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει, η πρακτική της εκμετάλλευσης, η εγκύκλιος του εργοδότη, οι γενικοί όροι εργασίας και οι τυποποιημένες συμβάσεις εργασίας θεωρούνται συλλογικά μέσα διαμόρφωσης των συλλογικών εργασιακών σχέσεων, παρά το γεγονός ότι η δεσμευτικότητά τους προκύπτει από ατομικές συμβάσεις εργασίας. Χαρακτηριστικό αυτών των πηγών είναι το γεγονός ότι ρυθμίζουν κατά τρόπο γενικό και απρόσωπο τους όρους εργασίας του συνόλου του προσωπικού ή μιας κατηγορίας εργαζομένων της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης. Σύμφωνα με το αρθρ. 4 § 1 του Π.Δ. 178/2002 «δια της μεταβιβάσεως και από την ημερομηνία αυτής όλα τα υφιστάμενα δικαιώματα και υποχρεώσεις που έχει ο μεταβιβάζων από τη σύμβαση ή τη σχέση εργασίας μεταβιβάζονται στον διάδοχο». Συνεπώς η μεταβίβαση της επιχείρησης και γενικότερα η μεταβολή του προσώπου του εργοδότη δεν επηρεάζει ούτε την υπόσταση, ούτε το περιεχόμενο των σχέσεων εργασίας των εργαζομένων στην επιχείρηση ή εκμετάλλευση που μεταβιβάζεται. Τα υφιστάμενα από την εργασιακή σχέση δικαιώματα και υποχρεώσεις μεταβιβάζονται αυτοδικαίως και εκ του νόμου στον διάδοχο εργοδότη. Αυτό προκύπτει από το Π.Δ. 178/2002, το οποίο ενσωμάτωσε στο εσωτερικό δίκαιο την Οδηγία 98/50/ΕΚ, αλλά ίσχυε και παλαιότερα βάσει των διατάξεων του αρ. 6 § 1 του ν. 2112/20, του αρ. 9 § 1 του β.δ. της 16.7.1920, του αρ. 8 του Π.Δ. της 8.12.1928 και του αρ. 6 του καταργηθέντος Ν. 3239/1955.

Η φιλοσοφία των κοινοτικών Οδηγιών καθώς και του Π.Δ. 178/2002 είναι ότι η μεταβίβαση, συγχώνευση ή συγκέντρωση επιχειρήσεων στην ενιαία ευρωπαϊκή αγορά δεν πρέπει να επηρεάζει τις θέσεις εργασίας του προσωπικού. Εφ' όσον η επιχείρηση ή μία εκμετάλλευση της επιχείρησης ή έστω ένα τμήμα της επιχείρησης μεταβιβάζεται και μεταβάλλει φορέα ως οργανωμένη ενότητα, πρέπει να διατηρούνται οι θέσεις εργασίας αλλά και τα πάσης φύσεως δικαιώματα των εργαζομένων που προκύπτουν από οποιαδήποτε πηγή, δηλ. από ατομική σύμβαση εργασίας, ΣΣΕ, ΔΑ, κανονισμό, επιχειρησιακή συνήθεια κ.ο.κ., χωρίς να απαιτείται η συναίνεση των εργαζομένων και χωρίς να ενδιαφέρει η βούληση του μεταβιβάζοντος και του διαδόχου¹. Επομένως ο διάδοχος εργοδότης αναλαμβάνει τις εργασιακές σχέσεις με το περιεχόμενο που είχαν κατά τη στιγμή της μεταβίβασης, δηλ. με όλα τα δικαιώματα, υποχρεώσεις, όρους και προσδοκίες, με την επιχειρησιακή συνήθεια που τυχόν είχε διαμορφωθεί στην επιχείρηση, με τον χρόνο προϋπηρεσίας του μισθωτού, με τα διαπλαστικά δικαιώματα, την κατάσταση υπερημερίας στην οποία τυχόν βρίσκεται ο μεταβιβάζων κ.ο.κ.². Έτσι διασώζεται η εργασιακή σχέση καθ' όλο το περιεχόμενό της και διασφαλίζεται η αποφυγή της χειροτέρευσης της θέσης του μισθωτού³. Για την αυτοδίκαιη υπεισέλευση αρκεί το πραγματικό γεγονός ότι ο διάδοχος αναλαμβάνει και συνεχίζει την επιχειρηματική δραστηριότητα που ασκούσε ο προηγούμενος φορέας. Είναι ευνόητο ότι δεν μεταβιβάζονται στον

¹ **Δ. Ζερδελής**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 133, **ο ίδιος**, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, τόμος Ι, 2006, σελ. 995 επ., **Β. Δούκα**, Μεταβίβαση επιχείρησης και ατομικές σχέσεις εργασίας, 1997, σελ. 332 επ., **Γ. Λεβέντης**, ΔΕΝ 1989, σελ. 1169, **Γ. Λεβέντης/Κ. Παπαδημητρίου**, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, σελ. 786, **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1993, σελ. 447, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, Συγχώνευση επιχειρήσεων, πρακτική της εκμετάλλευσης και αρχή της ίσης μεταχείρισης, ΕλλΔνη 1995, σελ. 807, **ο ίδιος**, ΕΕργΔ 1997, σελ. 771, **Β. Δούκα**, Η μεταβολή του προσώπου του εργοδότη, ΕΕργΔ 1992, σελ. 433 επ., **Γ. Θεοδόσης**, Μεταβίβαση επιχείρησης και διατήρηση της θέσης εργασίας, 2019, σελ. 137 επ., **Αμ. Λεβέντη**, Μεταβίβαση Επιχείρησης και Συλλογικές Σχέσεις Εργασίας, 2016, σελ. 116 επ.

² ΑΠ 802/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσσ/κης 720/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 200/2009, ΔΕΝ 2009, σελ. 1249, ΑΠ 1801/2008, ΔΕΝ 2009, σελ. 356, ΑΠ 91/2008, ΔΕΝ 2008, σελ. 722, **Δ. Ζερδελής**, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ., σελ. 1574 επ., **Αμ. Λεβέντη**, Μεταβίβαση Επιχείρησης και Συλλογικές Σχέσεις Εργασίας, 2016, σελ. 118

³ Έτσι έκρινε η ΑΠ 802/2015 (ΕΕργΔ 2015, σελ. 1214) ότι η διάδοχος εταιρεία, στην οποία μεταφέρθηκε η εργασιακή σχέση του ενάγοντος μισθωτού κατόπιν συγχωνεύσεως, οφείλει, λόγω επιχειρησιακής συνήθειας που είχε διαμορφωθεί στην αρχική εργοδότητρια εταιρεία, να καταβάλει σε αυτόν κατά την αποχώρησή του λόγω συνταξιοδότησης ολόκληρη την αποζημίωση απολύσεως (100%), και όχι απλώς το 40% αυτής.

διάδοχο εργοδότη οι εργασιακές σχέσεις που εντοπίζονται σε τμήματα της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης τα οποία δεν μεταβιβάζονται αλλά καταργούνται¹.

Εφ' όσον η πρακτική καθίσταται περιεχόμενο των ατομικών συμβάσεων εργασίας, σε περίπτωση μεταβολής του προσώπου του εργοδότη τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που στηρίζονται σ' αυτή, μεταφέρονται αυτοδικαίως και βαρύνουν τον διάδοχο. Επομένως, εάν η πρακτική έχει ήδη διαμορφωθεί πριν από τη μεταβίβαση της επιχείρησης, ο νέος εργοδότης δεσμεύεται να τη συνεχίσει². Αν όμως, κατά τη στιγμή της μεταβίβασης, η τηρούμενη από την επιχείρηση πρακτική βρίσκεται ακόμη στο στάδιο της διαμόρφωσής της, τότε ο νέος εργοδότης μπορεί να τη διακόψει μονομερώς, όπως άλλωστε μπορούσε να τη διακόψει και ο προκάτοχός του ή να τη συνεχίσει με ρητή επιφύλαξη, ώστε να αποφύγει μια δέσμευση για το μέλλον³. Επί πλέον ο διάδοχος εργοδότης μπορεί να ανακαλέσει μία παροχή ασκώντας δικαίωμα ανάκλησης βάσει σχετικής ρήτρας ανάκλησης που υπάρχει στη σύμβαση εργασίας ή να επιδιώξει τροποποίηση ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας με όλα τα επιτρεπόμενα μέσα, όπως ακριβώς είχε τα δικαιώματα αυτά ο μεταβιβάζων εργοδότης⁴. Δηλαδή οι συμβατικές σχέσεις με τον πρώην εργοδότη μεταβιβάζονται με την ίδια ακριβώς «νομική ποιότητα», με την οποία υπήρχαν και στη μεταβιβαζόμενη επιχείρηση⁵.

Ενδιαφέρουσα είναι η περίπτωση κατά την οποία οι νεοπροσλαμβανόμενοι σε μια νεοσυσταθείσα επιχείρηση που προέκυψε από συγχώνευση δύο επιχειρήσεων, αξιώνουν την εφαρμογή από τον εργοδότη και σ' αυτούς μιας ευνοϊκής πρακτικής, η οποία είχε διαμορφωθεί στις συγχωνευθείσες επιχειρήσεις πριν από τη συγχώνευση. Στην περίπτωση αυτή, μια τέτοια αξίωση δεν μπορεί να θεμελιωθεί νομικά ούτε στην ειδική νομοθεσία για τη διατήρηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων σε περίπτωση διαδοχής εργοδοτών ούτε σε τυχόν διαμορφωθείσα στις συγχωνευθείσες επιχειρήσεις σχετική πρακτική εκμετάλλευσης, η οποία (πρακτική) εξακολουθεί να εφαρμόζεται στους

¹ ΕφΑθ 70/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

² ΑΠ 1682/1990, ΕΕργΔ 1992, σελ. 900

³ Δ. Ζερδελής, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 134, G. Hueck/L. Fastrich, AR-Blattei D, Betriebsübung I, BIII

⁴ Αμ. Λεβέντη, Μεταβίβαση Επιχείρησης και Συλλογικές Σχέσεις Εργασίας, 2016, σελ. 119

⁵ ΑΠ 1801/2008, ΑΠ 91/2008, ΜΠΘεσσ/κης 38001/2009 ΝΟΜΟΣ

εργαζομένους που προέρχονται από τις συγχωνευθείσες επιχειρήσεις, ούτε, τέλος, στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Κατά πρώτον ο διάδοχος εργοδότης (δηλ. η νεοσυσταθείσα από τη συγχώνευση δύο επιχειρήσεων επιχείρηση) οφείλει μεν *ex lege* να συνεχίσει να εφαρμόζει την πρακτική στο προσωπικό που ανέλαβε από τις συγχωνευθείσες δύο επιχειρήσεις, δεν οφείλει όμως να εφαρμόζει την πρακτική αυτή και στο προσωπικό που προσλαμβάνει στη νεοσυσταθείσα λόγω της συγχώνευσης επιχείρηση, εφ' όσον δεν έχει τη βούληση να εφαρμόζει την πρακτική και ως προς τους νεοπροσλαμβανομένους αυτούς. Δηλ. η εφαρμογή της πρακτικής επί των νεοπροσλαμβανομένων μετά τη μεταβίβαση εξαρτάται αποκλειστικά από τη βούληση του διαδόχου εργοδότη¹. Η προϋφιστάμενη στις δύο συγχωνευθείσες επιχειρήσεις πρακτική αφορά μόνο τους εργαζομένους που απασχολούνται στις επιχειρήσεις αυτές και δεν καλύπτει τους εργαζομένους που θα προσλαμβάνονται από το διάδοχο εργοδότη μετά τη μεταβίβαση (συγχώνευση). Εξ άλλου ο διάδοχος εργοδότης δεν υποχρεούται να εφαρμόζει την πρακτική και επί των νεοπροσλαμβανομένων βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Η συνέχιση χορήγησής της στους «παλαιούς» εργαζομένους γίνεται, όπως είδαμε, για την εκπλήρωση μιας *ex lege* υποχρέωσης του εργοδότη, δεν αποτελεί δηλ. οικειοθελή παροχή εκ μέρους του, έτσι ώστε να υποχρεώνεται εκ της αρχής της ίσης μεταχείρισης να την καταβάλει και στους νεοπροσλαμβανομένους². Αν γινόταν δεκτό το αντίθετο και ο νέος εργοδότης ήταν υποχρεωμένος να εξομοιώσει τα διάφορα καθεστώτα οικειοθελών παροχών προς την κατεύθυνση της ευνοϊκότερης ρύθμισης και μάλιστα να εντάξει σε αυτή το νεοπροσλαμβανόμενο προσωπικό, τότε θα υφίστατο μια τέτοια οικονομική επιβάρυνση που θα δυσχέραινε σημαντικά, αν δεν θα ματαιώνε, την επίτευξη του σκοπού της συγχώνευσης. Όπως ορθά επισημαίνεται ³, οι νεοπροσλαμβανόμενοι εργαζόμενοι θεωρείται ότι συγκροτούν -και ανεξαρτήτως μεταβίβασης επιχείρησης- μια ιδιαίτερη, «**κλειστή κατηγορία εργαζομένων**».

¹ Βλ. **Δ. Ζερδελή**, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, σελ. 56 επ., **Δ. Τραυλό-Τζανετάτο**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 812

² ΑΠ 227/1990, ΔΕΝ 1991, σελ. 173, **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 814, 815, **Δ. Ζερδελής**, Μεταβίβαση επιχείρησης και συνέπειες για τις εργασιακές σχέσεις (π.δ. 572/1988), ΔΕΕ 1996, σελ. 249, **Ι. Ληξουριώτης**, ΕΕργΔ 1994, σελ. 564

³ **Δ. Τραυλός-Τζανετάτος**, ΕλλΔνη 1995, σελ. 813

Για τον λόγο αυτό επιτρέπεται η εξαιρέσή τους από τυχόν ισχύουσες ευνοϊκότερες παροχές, χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης.

V. Η πρακτική στον χώρο του Δημοσίου (των δημοσίων υπηρεσιών)

Οι αρχές της επιχειρησιακής συνήθειας ισχύουν περιορισμένα στις εργασιακές σχέσεις με το Δημόσιο. Το Δημόσιο ως εργοδότης δεσμεύεται από τις ρυθμίσεις του προϋπολογισμού εσόδων και εξόδων και από τις οδηγίες του προϋπολογισμού¹. Σύμφωνα με το άρθρο 80 § 1 του Συντάγματος «μισθός, σύνταξη, χορηγία ή αμοιβή ούτε εγγράφεται στον προϋπολογισμό του κράτους ούτε παρέχεται χωρίς οργανικό ή άλλο ειδικό νόμο». Επίσης με τον Ν. 4024/2011, Κεφάλαιο Δεύτερο, οι εργαζόμενοι με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου στο Δημόσιο, ΝΠΔΔ-ΟΤΑ-ΟΓΑ ενετάγησαν στο ενιαίο βαθμολόγιο-μισθολόγιο του κράτους, ενώ οι εργαζόμενοι με σχέση εργασίας ορισμένου χρόνου ενετάγησαν στο ενιαίο βαθμολόγιο-μισθολόγιο με την ΥΑ 2/13917/2012². Σε περίπτωση λοιπόν που καταβάλλει η Διοίκηση μια παροχή πέρα από τα προβλεπόμενα όρια, τότε -σε περίπτωση αμφιβολίας- θεωρείται ότι η Διοίκηση πρέπει να καταβάλλει μόνο τις παροχές εκείνες τις οποίες είναι υποχρεωμένη να καταβάλλει³. Εξ άλλου, όπως έχουμε ήδη αναφέρει⁴, κατά τον Άρειο Πάγο, όταν το Δημόσιο, ως εργοδότης, καταβάλλει σταθερά και ομοιόμορφα μια παροχή, από τη συμπεριφορά αυτή δεν προκύπτει δέσμευση για το μέλλον επειδή, σύμφωνα με το αρθρ. 84 του Ν.Δ. 321/1969 «περί Κώδικος Δημοσίου Λογιστικού», οι συμβάσεις που συνάπτονται για λογαριασμό του Δημοσίου και οι τροποποιήσεις τους, εφ' όσον από αυτές δημιουργούνται υποχρεώσεις διάρκειας, υποβάλλονται, αν δεν ορίζεται διαφορετικά, στον τύπο του ιδιωτικού εγγράφου. Στο θέμα της δημιουργίας επιχειρησιακής συνήθειας

¹ BAG 1.11.2005, ZTR 2006, 445-447, BAG 9.2.2005, 5 AZR 164/04

² ΔΕΝ 2012, 344

³ **U. Preis**, Arbeitsrecht, 5^η εκδ., 2017, σελ. 156

⁴ Σελ. 82 επ.

στο Δημόσιο παίζουν ρόλο και τα συναλλακτικά ήθη¹. Σε περίπτωση αμφιβολίας ισχύει αναμφισβήτητα η εφαρμογή του υφιστάμενου κανόνα δικαίου².

Οι εργαζόμενοι σε δημόσιες υπηρεσίες εξ άλλου γνωρίζουν ότι ο μισθός τους κατά κανόνα καθορίζεται βάσει νόμων ή κανονιστικών ρυθμίσεων και είναι ευνόητο ότι η Διοίκηση έχει τη βούληση και επιθυμεί να καταβάλλει μόνο τις παροχές τις οποίες υποχρεούται να καταβάλλει³. Επίσης οι εργαζόμενοι γνωρίζουν ότι η Διοίκηση δεν έχει τη βούληση να παραιτείται από το διευθυντικό της δικαίωμα, ακόμη και αν το ασκεί για σημαντικό χρονικό διάστημα κατά ορισμένο τρόπο⁴. Επομένως, ο εργαζόμενος σε δημόσια υπηρεσία δεν επιτρέπεται να προσδώσει εμπιστοσύνη στο γεγονός ότι ο εργοδότης δεν άσκησε το διευθυντικό του δικαίωμα για μακρό χρονικό διάστημα και να θεωρήσει ότι διαμορφώθηκε σχετική πρακτική, η οποία κατέστη περιεχόμενο της σύμβασης εργασίας του και θα ισχύει στο μέλλον. Για τον λόγο αυτό το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό με την απόφαση της 28^{ης}.2.1956⁵ απέρριψε την ύπαρξη δέσμευσης του Δημοσίου να καταβάλλει επί πλέον παροχές, διότι ο εργοδότης προφανώς δεν είχε τον σκοπό να αυξήσει τις ημέρες αργίας και με τον τρόπο αυτό να διασπάσει την ενιαία ρύθμιση που ισχύει στο κράτος-μέλος και έτσι να βλάψει το δημόσιο συμφέρον.

Επίσης σε περίπτωση που η Διοίκηση καταβάλλει μεγαλύτερο μισθό στους εργαζομένους λόγω εσφαλμένης ερμηνείας κάποιου νόμου ή εγκυκλίου κ.ο.κ., δεν δημιουργείται προστατευόμενη εμπιστοσύνη των εργαζομένων ότι η παροχή αυτή θα εξακολουθήσει να καταβάλλεται και στο μέλλον⁶. Η καταβολή παροχών λόγω πλάνης του Δημοσίου δεν δημιουργεί εμπιστοσύνη άξια προστασίας⁷ ούτε

¹ **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 120

² **R. Waltermann**, Die betriebliche Übung, RdA 2006, σελ. 267

³ BAG 14.9.1994, 29.9.2004, AP Nr 46, 67 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

⁴ BAG 11.10.1995-5 AZR 802/94, NZA 1996, 718 «Επί πλέον ο εργαζόμενος σε δημόσια υπηρεσία, ακόμη και σε περίπτωση μακρόχρονης παραίτησης από την άσκηση του διευθυντικού της δικαιώματος, δεν επιτρέπεται να εμπιστεύεται ότι η πρακτική αυτή έγινε περιεχόμενο της συμβάσεως εργασίας του και ότι θα ισχύει απεριορίστως» Ακόμη και μία μακροχρόνια, επί περισσότερα από 12 ή 15 έτη, αντίθετη προς τη ΣΣΕ πρακτική δεν αρκεί για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας στο Δημόσιο (βλ. **M. Henssler**, Tarifbindung durch betriebliche Übung, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, σελ. 703).

⁵ BAG 28.2.1956, 3 AZR 90/54, AP Nr. 1 zu §242 BGB Betriebliche Übung

⁶ BAG 3.8.1982 BAGE 39, 271 (276 επ.), AP Nr 12 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 29.11.1983 AP Nr 15 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, BAG 10.4.1985 BAGE 49, 31, AP Nr 19 Nr zu § 242 BGB Betriebliche Übung

⁷ **Chr. Reiter**, Die Bindung des Arbeitgebers bei irrtümlichen oder bewussten überobligatorischen Leistungen, ZfA 37.Jg.2/2006, σελ. 374

μπορεί να εκληφθεί από τον εργαζόμενο, κατά καλή πίστη, ως πρόταση προς σύναψη σιωπηρής συμφωνίας, ούτε βέβαια τροποποιεί το περιεχόμενο των ατομικών συμβάσεων εργασίας. Συνεπώς το Δημόσιο μπορεί να ανακαλέσει τις παροχές αυτές. Επομένως κατ' αρχήν αποκλείεται η δημιουργία επιχειρησιακής συνθήκης στο Δημόσιο.

Κατ' εξαίρεση γίνεται δεκτό στο γερμανικό δίκαιο ότι σε περίπτωση που το Δημόσιο ως εργοδότης διαθέτει κάποια αυτονομία στον καθορισμό του μισθού των εργαζομένων (δηλ. δεν δεσμεύεται από κάποια κανονιστική ρύθμιση, ΣΣΕ κ.ο.κ.), είναι δυνατή η δημιουργία επιχειρησιακής συνθήκης¹. Για να γίνει όμως δεκτό κάτι τέτοιο θα πρέπει να υπάρχουν πρόσθετες ενδείξεις, από τις οποίες να προκύπτει ότι το Δημόσιο ενεργεί με βούληση δέσμευσης. Αυτό συμβαίνει όταν λ.χ. η παροχή υπερβαίνει το οριζόμενο από τον νόμο ή την κανονιστική ρύθμιση ποσό και η παροχή αφορά μία υπεύθυνη θέση εργασίας για την οποία υπάρχει αντίστοιχη ελευθερία διαμόρφωσης των αμοιβών. Στις περιπτώσεις αυτές ο εργαζόμενος είναι δυνατόν να θεμελιώσει εμπιστοσύνη στη διατήρηση της παροχής και στο μέλλον, παρά την ισχύουσα στις δημόσιες υπηρεσίες αρχή της αυστηρής τήρησης του προϋπολογισμού².

Μία άλλη ιδιαιτερότητα του Δημοσίου είναι ο υποχρεωτικός έγγραφος τύπος για την πρόσληψη και την κατάρτιση της σύμβασης εργασίας αλλά και για τροποποιήσεις της ή για παρεπόμενες δευτερεύουσες συμφωνίες³. Η μη τήρηση του εγγράφου τύπου έχει ως αποτέλεσμα την ακυρότητα της τροποποίησης της σύμβασης ή της παρεπόμενης δευτερεύουσας συμφωνίας⁴. Όπως έχουμε αναφέρει⁵, το BAG επισημαίνει ότι αποφασιστικό κριτήριο αποτελεί ο σκοπός που επιδιώκεται με την τήρηση του εγγράφου τύπου. Αν ο έγγραφος τύπος εξυπηρετεί και το δημόσιο συμφέρον ή επιδιώκεται με αυτόν ο κρατικός έλεγχος ιδιωτικών δικαιοπραξιών, τότε θα πρέπει να υπερισχύει η υποχρέωση τήρησης του τύπου έναντι της προστασίας της εμπιστοσύνης των εργαζομένων.

¹ BAG 16.7.1996, AP Nr 7 zu § 1 BetrAVG Betriebliche Übung

² BAG 16.7.1996, AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG, **K. Bepler**, RdA 2004, 226, 231

³ Βλ. **B. Δούκα**, Η σύμβαση εξηρημένης εργασίας με το Δημόσιο, 1992, σελ. 255 επ., **Chr. Seitz**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009, σελ. 116

⁴ **STAUDINGER/Richardi/Fischinger**, Dienstvertrag, 2010, σελ. 494

⁵ Σελ. 82

VI. Συμπεράσματα

1. Κατά την κρατούσα στη θεωρία και νομολογία άποψη η επιχειρησιακή συνήθεια έχει συμβατική ισχύ, δηλ. ο γενεσιουργός λόγος της είναι η ατομική σύμβαση εργασίας. Κατά τη συμβατική θεωρία από τη συμπεριφορά του εργοδότη, π.χ. από τη χορήγηση μιας παροχής, συνάγεται σιωπηρώς μία πρόταση προς κατάρτιση συμβάσεως. Δηλ. κατά τη συμβατική θεωρία η συμπεριφορά του εργοδότη αποτελεί μια δεδομένη δήλωση βούλησης. Συνεπώς η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας αποτελεί κατάρτιση σιωπηρής σύμβασης, δηλ. σύμβασης συναγομένης από τις περιστάσεις («facta concludentia»).

Ωστόσο το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό επικαλείται και τη θεωρία της εμπιστοσύνης¹. Κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης προστατεύεται η προσδοκία του εργαζομένου ότι θα συνεχιστεί η καταβολή της παροχής στο μέλλον, εν όσω αυτή είναι δικαιολογημένη. Για τον λόγο αυτό υποστηρίζεται ότι τη δημιουργηθείσα επιχειρησιακή συνήθεια συνοδεύει πάντα μία σύμφυτη επιφύλαξη ότι η παροχή είναι δυνατό να τροποποιηθεί στο μέλλον αν συντρέξουν περιστατικά, τα οποία κατά καλή πίστη δικαιολογούν τη μεταβολή αυτή. Δηλ. κατά τη θεωρία της εμπιστοσύνης γενεσιουργός λόγος της πρακτικής είναι η προστασία της δικαιολογημένης κατά την καλή πίστη εμπιστοσύνης των εργαζομένων. Κατά τη θεωρία αυτή αμφισβητείται η ύπαρξη δήλωσης βούλησης του εργοδότη και η δέσμευσή του πηγάζει από τον νόμο, από την απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς (ΑΚ 281, 288) και όχι από τη βούληση των μερών.

Η θεωρία της εμπιστοσύνης έχει, όπως έχουμε εκθέσει, έναν **επικουρικό ρόλο** απέναντι στη συμβατική θεωρία. Πράγματι αν δεν μπορούμε να αξιολογήσουμε τη συμπεριφορά του εργοδότη ως δικαιοπρακτική δήλωση

¹ Ιδίως στις παροχές συνταξιοδοτικού χαρακτήρα. Π.χ. το BAG έχει κρίνει ότι η εμπιστοσύνη των συνταξιούχων της επιχείρησης στη συνέχιση της μακροχρόνιας επιχειρησιακής συνήθειας σε περίπτωση ασθένειας είναι άξια προστασίας, διότι δημιουργήθηκε σ' αυτούς η δικαιολογημένη πεποίθηση ότι η συγκεκριμένη παροχή θα συνεχιστεί στο μέλλον, ενώ αν ανατραπεί η επιχειρησιακή συνήθεια αυτή, δεν είναι πλέον δυνατό να συνάψουν εκ των υστέρων πρόσθετη ιδιωτική ασφάλιση.

βούλησης και συνεπώς δεν προκύπτει σιωπηρή συμφωνία, τότε εξετάζεται η τυχόν ευθύνη του εργοδότη από την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης που προκάλεσε στους εργαζομένους. Προηγείται δηλ. ο έλεγχος της ύπαρξης ή όχι δικαιοπρακτικής βούλησης, με βάση τους κανόνες ερμηνείας των δικαιοπραξιών και έπεται η έρευνα της συνδρομής των προϋποθέσεων που απαιτούνται για τη θεμελίωση εξωδικαιοπρακτικής ευθύνης, με βάση την αρχή της εμπιστοσύνης. Στις περιπτώσεις που δεν μπορεί να γίνει δεκτή η ύπαρξη σιωπηρής συμφωνίας, δεν αποκλείεται η θεμελίωση μιας εξωδικαιοπρακτικής δέσμευσης στην απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς. Για παράδειγμα, αν ο εργοδότης έχει διατυπώσει μία επιφύλαξη στον κανονισμό εργασίας ή στο κείμενο της σύμβασης εργασίας που υπέγραψε ο εργαζόμενος κατά την πρόσληψή του, τότε η επιφύλαξη αυτή, κατά τη νομολογία, δεν απαιτείται να επαναλαμβάνεται σε κάθε περίπτωση νέας χορήγησης της παροχής. Στην περίπτωση όμως αυτή, αν κριθεί ότι η επιφύλαξη έχει ατονήσει, έχει αποδυναμωθεί λόγω της αντίθετης συμπεριφοράς του εργοδότη, τότε καταδεικνύεται ο ρόλος της θεωρίας της εμπιστοσύνης, σύμφωνα με την οποία η διακοπή της παροχής βάσει της παραπάνω επιφύλαξης αποτελεί συμπεριφορά αντίθετη προς την αρχή *venire contra factum proprium*. Επίσης αν ο εργοδότης καταβάλλει επί μακρόν μία παροχή λόγω πλάνης, είναι ενδεχόμενο η διακοπή της παροχής αυτής να προσκρούει, υπό προϋποθέσεις, στην προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης που προκάλεσε στους εργαζομένους η συμπεριφορά του εργοδότη.

2. Αναφορικά με την κατάργηση της πρακτικής, ενώ η συμβατική θεωρία δέχεται ότι η πρακτική μπορεί να καταργηθεί με όλα τα μέσα που διαθέτει το ιδιωτικό δίκαιο, δηλ. με αντίθετες συμφωνίες, με τη δημιουργία αντίθετης πρακτικής, με την προσθήκη και ενεργοποίηση ρήτρας ελευθεριότητας ή ανάκλησης ή με τον μηχανισμό της τροποποιητικής καταγγελίας, με την ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου κ.ο.κ., η θεωρία της εμπιστοσύνης παρέχει στον εργοδότη τη δυνατότητα να διακόψει μονομερώς την πρακτική, αν η παροχή χορηγείτο λόγω πλάνης ή αν η εμπιστοσύνη του μισθωτού στη συνέχιση της πρακτικής δεν είναι πλέον, κατά την καλή πίστη, δικαιολογημένη.

3. Προϋπόθεση για τη δημιουργία της πρακτικής είναι μια έμπρακτη συμπεριφορά του εργοδότη, η οποία επαναλαμβάνεται σταθερά και ομοιόμορφα για ικανό χρονικό διάστημα μέσα στον χώρο της εκμετάλλευσης. Πόσο πρέπει να είναι το διάστημα αυτό δεν μπορεί να καθορισθεί εκ των προτέρων αλλά κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Σύμφωνα με το BAG, για παροχές που χορηγούνται άπαξ του έτους (π.χ. δώρα Χριστουγέννων, άλλες έκτακτες επετειακές παροχές), η επί τρία συνεχή έτη χορήγησή τους αρκεί για να σχηματιστεί επιχειρησιακή συνήθεια. Ωστόσο η θέση αυτή της γερμανικής νομολογίας μπορεί να χρησιμεύσει μόνο ως «σημείο προσανατολισμού». Κρίσιμοι παράγοντες για να προσδιορίσει κανείς το στοιχείο της διάρκειας είναι η αφορμή, το είδος, ο σκοπός και το περιεχόμενο της παροχής και η συχνότητα με την οποία αυτή επαναλαμβάνεται. Επίσης ο αριθμός των εργαζομένων που λαμβάνουν την οικειοθελή παροχή είναι μόνο ένας από τους περισσότερους παράγοντες που λαμβάνονται υπ' όψη για τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας.

4. Στην επιχειρησιακή συνήθεια ενυπάρχει πάντα ένα συλλογικό στοιχείο. Αν αυτό δεν υπάρχει, τότε δεν δημιουργείται επιχειρησιακή συνήθεια, αλλά ενδεχομένως μία απλή συμβατική δέσμευση, εξ αιτίας της οποίας δεν αποκλείεται βέβαια να έχει λάβει χώρα στη συγκεκριμένη περίπτωση μια σιωπηρή μεταβολή της σύμβασης εργασίας.

5. Η επιφύλαξη ελευθεριότητας εμποδίζει τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας ή σιωπηρής συμβατικής δέσμευσης, ενώ η επιφύλαξη ανάκλησης δεν εμποδίζει μεν τη δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας και τη γένεση αξίωσης υπέρ του μισθωτού, παρέχει όμως δικαίωμα ανάκλησης της παροχής. Η αξίωση απόλλυται για το μέλλον αν ο εργοδότης ασκήσει το διαπλαστικό δικαίωμα ανάκλησης. Και οι δύο αυτές ρήτρες υποβάλλονται σε δικαστικό έλεγχο και πρέπει να τηρούν την αρχή της διαφάνειας. Η ρήτρα ελευθεριότητας όταν αφορά τρέχουσες αποδοχές του μισθωτού είναι άκυρη, διότι εμποδίζει τη δημιουργία αξίωσης επί παροχών που διαμορφώνουν την τρέχουσα αμοιβή του εργαζομένου, δηλ. εμποδίζει τη λειτουργία της ανταλλακτικής σχέσης μισθού και εργασίας, η οποία είναι ο σκοπός της σύμβασης εργασίας. Επομένως, η επιφύλαξη

ελευθεριότητας επιτρέπεται να αφορά μόνο έκτακτες (όχι τρέχουσες, συχνά επαναλαμβανόμενες) παροχές. Κατά το BAG μία ρήτρα ανάκλησης είναι έγκυρη αν η παροχή που περικόπτεται δεν υπερβαίνει το 25% των συνολικών απολαβών και βέβαια δεν παραβιάζονται τα κατώτατα όρια αποδοχών των ΣΣΕ.

6. Γενικά γίνεται δεκτό ότι ο εργοδότης προσλαμβάνει τον εργαζόμενο, σύμφωνα με τους γενικούς όρους εργασίας και τις συνήθειες που ισχύουν στην εκμετάλλευση, εκτός εάν προκύπτει κάτι διαφορετικό από τη συμφωνία ή τις συνθήκες πρόσληψης. Συνεπώς ο νεοπροσλαμβανόμενος δεσμεύεται κατά κανόνα από την υφιστάμενη στην εκμετάλλευση πρακτική. Την αποδοχή της παραπάνω λύσης διευκολύνει το γεγονός ότι οι γενικοί όροι εργασίας, που περιέχει η επιχειρησιακή συνήθεια, αντιμετωπίζονται στον χώρο του εργατικού δικαίου ως μία ειδικότερη κατηγορία των ΓΟΣ.

7. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης υποχρεώνει τον εργοδότη να μην εξαιρεί από μια ευνοϊκή ρύθμιση έναν εργαζόμενο, ο οποίος πληροί όλες τις προϋποθέσεις για να υπαχθεί στον γενικό κανόνα, τον οποίο ακολουθεί ο εργοδότης κατά τη χορήγηση της παροχής. Κατά την ελληνική νομολογία -η οποία αποκλίνει στο σημείο αυτό από τη γερμανική θεωρία και νομολογία- όταν συγκρούεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης με τη συμβατική ελευθερία, το προβάδισμα έχει η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Επομένως η αρχή της ίσης μεταχείρισης εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση εργοδοτικής παροχής, κατά την οποία ο αποκλεισθείς από την παροχή μισθωτός προσφέρει όμοια εργασία, έχει τα ίδια προσόντα και εργάζεται υπό τις ίδιες συνθήκες. Δηλ. κατά την ελληνική νομολογία, η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν προϋποθέτει κατ' ανάγκη μέτρα του εργοδότη που εμφανίζουν γενικό-συλλογικό χαρακτήρα, αλλά εφαρμόζεται και στην περίπτωση χορήγησης παροχών σε μεμονωμένους εργαζομένους, είτε μονομερώς από τον εργοδότη είτε στο πλαίσιο ιδιαίτερων συμφωνιών. Διαφοροποιήσεις μεταξύ των εργαζομένων επιτρέπονται μόνο εφ' όσον συντρέχουν ειδικοί κατ' αντικειμενική κρίση λόγοι που καθιστούν τη διαφορετική μεταχείριση εύλογη και δίκαιη.

8. Υποστηρίζεται ότι υπάρχει και ατομική πρακτική, δηλ. πρακτική που αφορά έναν μόνο, ατομικώς οριζόμενο, εργαζόμενο. Κατά τη γνώμη μας δεν υπάρχει ατομική πρακτική, διότι η ατομική πρακτική συνιστά κατ' ουσίαν μία απλή συμβατική δέσμευση μεταξύ εργοδότη και μισθωτού και κατά κανόνα δεν επηρεάζει τη διαμόρφωση των όρων εργασίας σε συλλογικό επίπεδο. Στην επιχειρησιακή συνήθεια ενυπάρχει πάντα το συλλογικό στοιχείο, δηλ. ρυθμίζονται κατά τρόπο γενικό, απρόσωπο και αφηρημένο οι όροι εργασίας του συνόλου των εργαζομένων ή κατηγορίας των εργαζομένων της εκμετάλλευσης. Αν η παροχή χορηγείται λόγω της ιδιότητας του μισθωτού ως κατόχου συγκεκριμένης θέσης, η οποία (συγκεκριμένη θέση) μπορεί να είναι και μοναδική στην επιχείρηση, τότε πρόκειται για συλλογική και όχι ατομική πρακτική.

9. Οι νομολογιακές θέσεις ως προς τον δικαστικό έλεγχο των ΓΟΣ, που έχουν διαμορφωθεί στο πλαίσιο του δικαίου προστασίας των καταναλωτών, μπορούν να εφαρμόζονται κατ' αναλογία και στον χώρο του εργατικού δικαίου βάσει των διατάξεων 281, 288 ΑΚ και να οδηγούν σε έναν ουσιαστικό δικαστικό έλεγχο των προδιατυπωμένων γενικών όρων εργασίας, οι οποίοι επιτρέπουν στον εργοδότη μονομερείς επεμβάσεις στη σύμβαση εργασίας. Κατά τον δικαστικό όμως αυτό έλεγχο πρέπει να λαμβάνονται πάντοτε υπ' όψη οι ιδιαιτερότητες της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, ιδίως το γεγονός ότι αντικείμενο της επιχειρησιακής συνήθειας είναι συχνά εκούσιες παροχές του εργοδότη, δηλ. παροχές που καταβάλλονται πέραν των οφειλομένων κατά τον νόμο, τις ΣΣΕ/ΔΑ και τη σύμβαση εργασίας και οι οποίες (παροχές) εμφανίζουν αυξημένη ανάγκη προσαρμοστικότητας στις συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης. Προδιατυπωμένες από τον εργοδότη ρήτρες ανάκλησης ή ελευθεριότητας που του παρέχουν το δικαίωμα να καταργεί οποτεδήποτε ένα σημαντικό τμήμα των συνολικών αποδοχών που καταβάλλονται στον μισθωτό μονίμως κατά μήνα ή κατά μεγάλη περιοδικότητα δεν πρέπει να θεωρούνται έγκυρες, διότι υπονομεύουν την ανταλλακτική σχέση εργασίας-μισθού και επιτρέπουν στον εργοδότη να μετακυλίει στους εργαζομένους τον οικονομικό κίνδυνο λειτουργίας της επιχείρησης. Αντιθέτως ρήτρες ελευθεριότητας ή ανάκλησης που αφορούν ένα μικρό ποσοστό από τις τρέχουσες συνολικές αποδοχές ή αφορούν ένα

επίδομα ή έκτακτες αμοιβές, εφ' όσον όμως και αυτές εκπροσωπούν μικρό μέρος των ετησίων αποδοχών του μισθωτού, είναι έγκυρες εφ' όσον α) υπάρχουν αντικειμενικοί λόγοι που δικαιολογούν τη διακοπή ή μείωση και β) οι λόγοι αυτοί ανταποκρίνονται στην αρχή της διαφάνειας.

10. Είναι δυνατή η δημιουργία αντίθετης (αρνητικής) επιχειρησιακής συνήθειας, εφ' όσον η νέα εργοδοτική συμπεριφορά (π.χ. η προσθήκη ρήτρας μη δέσμευσης, μείωσης ή ανάκλησης της παροχής) τηρεί την αρχή της διαφάνειας, δηλ. είναι ορισμένη, σαφής και κατανοητή, δεν καταλείπει αμφιβολίες για το νόημά της και οι εργαζόμενοι την γνωρίζουν και την αποδέχονται σιωπηρά. Δεν συμφωνούμε με τις απόψεις ότι η επανειλημμένη και αδιαμαρτύρητη λήψη από τον εργαζόμενο της νέας εργοδοτικής πρότασης είναι ένα απλό πλάσμα, ένα επινόημα και δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ως σιωπηρή αποδοχή. Ούτε επίσης συμφωνούμε με τη θέση ότι, όταν ο εργαζόμενος δεν θίγεται άμεσα από τη νέα διαφοροποιημένη εργοδοτική παροχή, παρά το γεγονός ότι αυτή είναι πολύ σαφής και ο εργαζόμενος γνωρίζει το περιεχόμενό της, δεν μπορεί να την αντιληφθεί ως πρόταση.

11. Είναι έγκυρη η συμφωνία με την οποία ο εργοδότης καταργεί την υφιστάμενη πρακτική, ως συλλογικό φαινόμενο, συμφωνώντας με όλους τους νεοπροσλαμβανομένους τη μη εφαρμογή της σ' αυτούς. Οι νεοπροσλαμβανόμενοι αποτελούν μια ιδιαίτερη κατηγορία εργαζομένων, η οποία μπορεί να εξαιρείται από την εφαρμογή της επιχειρησιακής συνήθειας, ιδίως αν συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι.

12. Η μεταβολή ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας με τροποποιητική καταγγελία μπορεί να εφαρμόζεται περιορισμένα στην πράξη. Η μείωση του μισθού είναι δυνατή μόνο κατ' εξαίρεση, όταν, εξ αιτίας οικονομικών δυσχερειών, τίθεται σε κίνδυνο η λειτουργία της επιχείρησης ή οι θέσεις εργασίας. Η τροποποιητική καταγγελία στην περίπτωση αυτή πρέπει να δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους, να δικαιολογείται δηλ. από λόγους που συνδέονται με επείγουσες ανάγκες της εκμετάλλευσης.

13. Σε περίπτωση που είναι αναγκαία η μεταβολή ή κατάργηση της επιχειρησιακής συνήθειας για τη διάσωση των θέσεων εργασίας, αλλά δεν είναι δυνατή η μεταβολή/κατάργηση αυτή με την ενεργοποίηση ρητρών ανάκλησης, με την ερμηνεία της σύμβασης ή με τροποποιητική καταγγελία, είναι δυνατή - εφ' όσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις- η εφαρμογή της διάταξης της ΑΚ 388, η οποία προβλέπει τις συνέπειες της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου.

14. Σύμφωνα με την ελληνική νομολογία και θεωρία η σύγκρουση επιχειρησιακής συνήθειας και ΣΣΕ επιλύεται με βάση την αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης. Δηλ. οι ευνοϊκότεροι όροι της επιχειρησιακής συνήθειας υπερισχύουν της ΣΣΕ, είτε αυτοί διαμορφώθηκαν προγενέστερα είτε μεταγενέστερα από τη ΣΣΕ. Αν όμως η συλλογική ρύθμιση που περιέχει η πρακτική αναφέρεται στην οργάνωση της εργασίας, δηλ. σε όρους εργασίας που επιδέχονται ενιαία μόνο ρύθμιση και λόγω της φύσεώς τους δεν προσφέρονται για σύγκριση με άλλους όρους εργασίας από άποψη ευνοϊκότητας, τότε η πρακτική μπορεί να τροποποιείται προς κάθε κατεύθυνση με νεότερη ΣΣΕ ή κανονισμό εργασίας. Θεωρούμε εύλογη τη θέση του BAG (βλ. π.κ. απόφ. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12) ότι η πρακτική, η οποία περιέχει μία συλλογική, απρόσωπη ρύθμιση (διατυπωμένη σε γενικούς όρους εργασίας) και η οποία καταλαμβάνει τον εργαζόμενο όχι ως άτομο αλλά ως μέλος του προσωπικού, περιέχει κατά κανόνα και μια σιωπηρή επιφύλαξη μελλοντικής τροποποίησής της με επιχειρησιακή ΣΣΕ ή κανονισμό εργασίας. Ιδίως μάλιστα όταν περιεχόμενο της πρακτικής είναι η χορήγηση παροχών που εκτείνεται σε μεγάλη χρονική περίοδο καταλαμβάνοντας και τον χρόνο μετά την αποχώρηση από την εργασία, ο μέσος συνετός εργαζόμενος δεν πρέπει να προκαταλαμβάνεται με την εντύπωση ότι η χορήγηση της οικειοθελούς παροχής θα ισχύει για πάντα αμετάβλητη. Η ύπαρξη ή μη επιφύλαξης είναι βέβαια ζήτημα ερμηνείας του περιεχομένου της πρακτικής.

15. Όταν η επιχειρησιακή συνήθεια έχει ως αντικείμενο τη ρύθμιση των όρων εργασίας με δυναμική παραπομπή σε ΣΣΕ, η εξέλιξη των όρων εργασίας είναι αβέβαιη. Για τον λόγο αυτό απαιτείται ιδιαίτερη επιμέλεια κατά την ερμηνεία του

περιεχομένου της πρακτικής, προκειμένου να διαπιστωθεί αν αυτή περιέχει στατική ή δυναμική παραπομπή σε ΣΣΕ.

16. Σε περίπτωση μεταβίβασης επιχείρησης ο διάδοχος εργοδότης δεν υποχρεούται να εφαρμόζει την πρακτική που υπήρχε στη μεταβιβαθείσα επιχείρηση και επί των εργαζομένων που προσλαμβάνει μετά τη μεταβίβαση. Δεδομένου ότι η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας ως προς τους νεοπροσλαμβανομένους προϋποθέτει σχετική βούληση του εργοδότη να καταβάλλει και σε αυτούς την παροχή που είναι αντικείμενο της πρακτικής και δεδομένου ότι οι νεοπροσλαμβανόμενοι θεωρείται ότι συγκροτούν μια ίδια κατηγορία εργαζομένων, είναι δυνατή η εξαίρεση των νεοπροσλαμβανομένων από την εφαρμογή μιας προϋφιστάμενης στη μεταβιβαθείσα επιχείρηση πρακτικής, χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης ή οι κανόνες για την αυτοδίκαιη μεταβίβαση των εργασιακών σχέσεων στον διάδοχο εργοδότη σε περίπτωση μεταβολής του προσώπου του εργοδότη.

17. Οι αρχές της επιχειρησιακής συνήθειας ισχύουν περιορισμένα στο Δημόσιο. Το Δημόσιο ως εργοδότης συνήθως δεν έχει αυτονομία στον καθορισμό του μισθού. Σε περίπτωση που το Δημόσιο καταβάλλει μια παροχή πλέον των προβλεπομένων ορίων -σε περίπτωση αμφιβολίας- ισχύει η εφαρμογή του υφισταμένου κανόνα δικαίου, δηλ. αποκλείεται η δημιουργία επιχειρησιακής συνήθειας.

18. Έχει υποστηριχθεί¹ ότι η επιχειρησιακή συνήθεια δεν είναι τίποτε άλλο παρά μια σιωπηρή δικαιοπρακτική υπόσχεση και για τον λόγο αυτό η επιχειρησιακή συνήθεια ως αυτοτελής πηγή του εργατικού δικαίου θα πρέπει μάλλον να εγκαταλειφθεί. Με την επιχειρησιακή συνήθεια λαμβάνει χώρα μία σιωπηρή τροποποίηση της σύμβασης εργασίας, όταν π.χ. συνεχίζει ο εργαζόμενος αδιαμαρτύρητα να παρέχει την εργασία του παρά τη μεταβολή των όρων της σύμβασης που επέφερε μονομερώς ο εργοδότης². Η επιχειρησιακή

¹ Βλ. παραπάνω σελ. 35-36

² BAG 28.5.2008-10 AZR 274/07, BAG 1.8.2001-4 AZR 129/00, BAG 4.5.1999-10 AZR 290/98, όμοια και η ελληνική νομολογία.

συνήθεια δηλ. δημιουργεί μία σιωπηρή συμβατική δέσμευση (konkludent Vertragsbindung). Όλα τα ερωτήματα που γεννώνται -υποστηρίζεται - μπορούν να επιλύονται με τις αρχές του αστικού δικαίου και την αρχή της ίσης μεταχείρισης¹. Κατά τη γνώμη μας η άποψη αυτή υποβαθμίζει το συλλογικό στοιχείο το οποίο ενυπάρχει πάντα στην επιχειρησιακή συνήθεια. Όπως είναι γνωστό, με την επιχειρησιακή συνήθεια ρυθμίζονται κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο οι όροι εργασίας του συνόλου του προσωπικού ή κατηγορίας μισθωτών της εκμετάλλευσης. Δεν πρόκειται δηλ. για μία απλή συμβατική δέσμευση μεταξύ εργοδότη και συγκεκριμένου μισθωτού, η οποία κατά κανόνα δεν επηρεάζει τη διαμόρφωση των όρων εργασίας σε συλλογικό επίπεδο. Η γενική, αφηρημένη και απρόσωπη ρύθμιση των όρων εργασίας που περιέχει η επιχειρησιακή συνήθεια της προσδίδει ένα άλλο χαρακτηριστικό γνώρισμα και έναν άλλο αυτόνομο ρόλο στη ρύθμιση των όρων εργασίας. Για τον λόγο αυτό θεωρούμε ότι η επιχειρησιακή συνήθεια είναι απαραίτητη ως έννοια του εργατικού δικαίου.

¹ Κατά τον **Preis** (NZA 2009, 281, 288, BAG 21.4.2010, NZA 2010, 808) η στερεότυπη διατύπωση του ορισμού της επιχειρησιακής συνήθειας από το Γερμανικό Εργατικό Ακυρωτικό τα τελευταία χρόνια δείχνει την ταύτιση της επιχειρησιακής συνήθειας με τις προϋποθέσεις μιας σιωπηρής τροποποίησης της σύμβασης (einer konkludenten Vertragsänderung).

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

I. ΕΛΛΗΝΙΚΗ

Αγαλλόπουλος Χρήστος, Εργατικών Δίκαιον, Σχέσις Εργασίας, 1958

Αυγουστιανάκης Μιχαήλ, Λειτουργία των γενικών αρχών του δικαίου, ιδίως των αρχών της ισότητας, της ασφάλειας δικαίου και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου (Με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 1508/2002), Δικαιώματα του Ανθρώπου, τόμος εκτός σειράς, Ι/2003

Βλαστός Στυλιανός, Η σύμβαση εξηρημένης εργασίας, τόμοι Ι και ΙΙ, 1990

Βλαστός Στυλιανός, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1999

Βλαστός Στυλιανός, ΕΕργΔ 1995

Βερροϊόπουλος Π, Παρατηρήσεις επί του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη, ΕΕργΔ 1956

Γεωργιάδης Απόστολος, Σύντομη Ερμηνεία του ΑΚ, 2010

Γεωργιάδης Απόστολος, Ενοχικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος, 1999

Γεωργιάδης Απόστολος, Γενικές αρχές αστικού δικαίου, 1997

Γεωργιάδου Νίκη, Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων, 2002

Γκούτος Χαρίλαος, Χρονική θέση του ωραρίου, ΔΕΝ 2002, σελ. 719

Δεληγιάννης Ιωάννης/Κουκιάδης Ιωάννης, Εργατικό Δίκαιο, 1976

Δερμιτζάκη Φωτεινή, Η απαγόρευση των διακρίσεων σε βάρος των εργαζομένων ορισμένου χρόνου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010

Δούκα Βικτωρία, Μεταβίβαση επιχείρησης και ατομικές σχέσεις εργασίας, 1997

Δούκα Βικτωρία, Η σύμβαση εξηρημένης εργασίας με το Δημόσιο, 1992

Δωρής Φίλιππος, Η εξειδίκευση της καλής πίστης στο άρθρο 2 Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών και η σημασία της στο κοινό αστικό δίκαιο, ΝοΒ 2000, 759 επ.

Ζερδελής Δημήτρης, Το δίκαιο της καταγγελίας της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, 2002

Ζερδελής Δημήτρης, Η πρακτική της εκμετάλλευσης, 1993, εκδ. Σάκκουλα

Ζερδελής Δημήτρης, Εργατικό Δίκαιο-Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, Δ' εκδ. 2019

Ζερδελής Δημήτρης, Η αποδυνάμωση δικαιώματος στο εργατικό δίκαιο, 1992

Ζερδελής Δημήτρης, Καταχρηστικοί όροι εργασίας, 2005

Ζερδελής Δημήτρης, Μισθολογικές παροχές εξαρτώμενες από στόχους, ΕΕργΔ 2011

Ζερδελής Δημήτρης, Ρήτρες ανάκλησης μισθολογικών παροχών, ΕΕργΔ 2010, σελ. 1164

Ζερδελής Δημήτρης, Μεταβίβαση επιχείρησης και συνέπειες για τις εργασιακές σχέσεις (π.δ. 572/1988), ΔΕΕ 1996

Θεοδόσης Γιώργος, Μεταβίβαση επιχείρησης και διατήρηση της θέσης εργασίας, 2019

Θεοδόσης Γιώργος, παρατηρήσεις στην ΑΠ 673/2014, ΔΕΕ 2015

Καζάκος Άρης, Αστικό δίκαιο, οικονομία της αγοράς και προστασία των καταναλωτών, 1987

Καλομοίρης Δημήτριος, Εργατικόν Δίκαιον, Γενικά Αρχαί, 1969

Καποδίστριας Ιωάννης, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 522/1957, ΕΕΝ 1958

Καρακατσάνης Αλέξανδρος, Η πρακτική της εκμεταλλεύσεως, Ξένιον, Festschrift für Pan. J. Zepos, τόμος III, 1973

Καρακατσάνης Αλέξανδρος, Συλλογικό εργατικό δίκαιο, 1992, εκδ. Σάκκουλα

Καρακατσάνης Αλέξανδρος/Γαρδικας Σταύρος, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 1995, εκδ. Σάκκουλα

Καράσης Μαριάνος σε **Γεωργιάδη/Σταθόπουλου**, Αστικός Κώδικας, 2^η εκδ., 2016, τόμος I^B, άρθρο 185 περιθ. αριθμ. 4 επ., σελ. 722 επ.

Καρδαράς Αθανάσιος, Η ρύθμιση των όρων εργασίας στο επίπεδο της εκμεταλλεύσεως, 1996

Καρδαράς Αθανάσιος, Οι κανόνες του δικαίου της εργασίας και η σχέση των προς την συλλογικήν σύμβασιν, 1979

Κουκιάδης Ιωάννης, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το δίκαιο ευελιξίας της εργασίας, 2005

Κουκιάδης Ιωάννης, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις και το δίκαιο ευελιξίας της εργασίας, Στ' εκδ. 2012

Κουκιάδης Ιωάννης, Εργατικό Δίκαιο, Ατομικές εργασιακές σχέσεις και το δίκαιο ευελιξίας της εργασίας, Η εκδ. 2017

Λαδάς Δημήτριος, Το Δίκαιον της Εκμεταλλεύσεως, Οργάνωση Επιχειρήσεων-Διαχείριση Ανθρωπίνου Δυναμικού, Νομική Βιβλιοθήκη 2021

Λαδάς Δημήτριος, Η εφαρμογή του Ν. 2251/1994 στις σχέσεις εργασίας, 2007

Λεβέντης Γεώργιος, Η μεταβολή των όρων της συμβάσεως εξηρημένης εργασίας, 1990, εκδ. ΔΕΝ

Λεβέντης Γεώργιος, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2007, εκδ. ΔΕΝ

Λεβέντης Γεώργιος, Η μονομερής μεταβολή των όρων εργασίας, Το Εργατικό και το Αστικό Δίκαιο σε ανοικτό διάλογο, 17^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΔΕΚΑ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, σελ. 83 επ.

Λεβέντης Γεώργιος, Συλλογική αυτονομία και κρατικός παρεμβατισμός στο εργατικό δίκαιο, 1981

Λεβέντης Γεώργιος/Παπαδημητρίου Κώστας, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, εκδ. ΔΕΝ

Λεβέντης Γεώργιος/Παπαδημητρίου Κώστας, Το δικαίωμα μεταθέσεως-γνωμοδότηση (22.7.2002), ΔΕΝ 2003, σελ. 1368

Λεβέντη Αμαλία, Η αρχή της εύνοιας στο εργατικό δίκαιο, 2019, Νομική Βιβλιοθήκη

Λεβέντη Αμαλία, Μεταβίβαση Επιχείρησης και Συλλογικές Σχέσεις Εργασίας, 2016, εκδ. Σάκκουλα

Ληξουριώτης Ιωάννης, Η επιχειρησιακή συνήθεια ως όρος των ατομικών συμβάσεων εργασίας, ΔΕΕ 2010, σελ. 1263

Ληξουριώτης Ιωάννης, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 1174/2017, ΔΕΕ 2018, σελ. 653

Ληξουριώτης Ιωάννης, Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις, 2021

Ληξουριώτης Ιωάννης, ΕΕργΔ 1990

Λιτζερόπουλος Αλέξανδρος, Μερική ακυρότης της δικαιοπραξίας κατ' αποκλεισμόν της ολικής. Εράνιον προς Γ. Μαριδάκη (Συμπλήρωμα), σελ. 415

Μιχαηλίδης-Νουάρος Γεώργιος, Δύο θεμελιώδεις αρχές του δικαίου, η αρχή της συνεπούς συμπεριφοράς και η αρχή της αμοιβαιότητας, αφιέρωμα στον Αλ. Λιτζερόπουλο, τόμος Β, 1985

Μπακόπουλος Κωστής, Ανώτατο όριο αποζημίωσης και ευνοϊκότερες συμφωνίες, ΔΕΝ 2015

Μπακόπουλος Κωστής, Ο κανονισμός εργασίας, κατάρτιση, περιεχόμενο και σχέση με την πρακτική της εκμετάλλευσης, ΕΕργΔ 1993, 625

Μπαλής Γεώργιος, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, 8^η εκδ., 1961

Μπουμπουχερόπουλος Παναγιώτης, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 1174/2017, ΕΕργΔ 2018, 175 επ.

Μωραΐτης Δημήτρης, Η μονομερής βλαπτική μεταβολή των συμβατικών όρων εργασίας, 2016, Νομική Βιβλιοθήκη

Νικολαΐδης Χρήστος, Η αρχή της αναλογικότητας στο εργατικό δίκαιο, 2016, Νομική Βιβλιοθήκη

Ντάσιος Λεωνίδας, Εργατικό Δικονομικό Δίκαιο, τόμος Α/Ι, 1991

Παπαδημητρίου Κώστας, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2021, Νομική Βιβλιοθήκη

Παπαδημητρίου Κώστας, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2018, Νομική Βιβλιοθήκη

Παπαδημητρίου Κώστας, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, 2011, εκδ. ΔΕΝ (συνεργασία με Γ. Λεβέντη)

Παπαδημητρίου Κώστας, Το δικαίωμα μεταθέσεως-γνωμοδότηση (22.7.2002), ΔΕΝ 2003, σελ. 1368 (συνεργασία με Γ. Λεβέντη)

Παπαδημητρίου Κώστας, ΔΕΝ 1993, σελ. 246 επ.

Παπανικολάου Παναγιώτης, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση. Προς μία γενική θεωρία περί καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας, 1991, σελ. 319 επ., 392

Παπαντωνίου Νίκος, Γενικές Αρχές, 3^η έκδοση, 1983

Πετινή-Πηνιώτη Χρυσούλα, ΔΕΝ 2008, σελ. 204

Ρηγάκη Μαρία, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 1221/2004, ΔΕΕ 2005, σελ. 324

Σκανδάλης Ιωάννης, Χρόνος εργασίας, Η οριοθέτησή του στο σύγχρονο εργατικό δίκαιο, 2017, εκδ. Σάκκουλα

Σταθόπουλος Μιχαήλ, περί της μεθόδου ερμηνείας της δηλώσεως βουλήσεως, ανάπτυπο από το περιοδικό Νέο Δίκαιο, 1969

Σταθόπουλος Μιχαήλ, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ε' εκδ. 2018

Σιδέρης Δημήτρης, Η συνταγματική θεμελίωση της αρχής της ευνοϊκότερης ρύθμισης στο εργατικό δίκαιο, ΔΕΝ 2015, 1346

Στεργίου Άγγελος, Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης, Β' εκδ., 2014

Τραυλός-Τζανετάτος Δημήτρης, Το εργατικό δίκαιο στους ομίλους επιχειρήσεων, εκδ. Σάκκουλα, 2014

Τραυλός-Τζανετάτος Δημήτρης, Συγχώνευση επιχειρήσεων, πρακτική της εκμετάλλευσης και αρχή της ίσης μεταχείρισης, ΕλλΔνη 1995, σελ. 807 επ.

Τραυλός-Τζανετάτος Δημήτρης, Η μετασυμβατική απαγόρευση του ανταγωνισμού στο εργατικό δίκαιο, 2005

Τραυλός-Τζανετάτος Δημήτρης, Διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη και Σύνταγμα σε Σύνταγμα και εργασιακές σχέσεις: εισηγήσεις-παρεμβάσεις και συζητήσεις στο Γ' Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΔΕΚΑ, 1987, σελ. 91

Τσατήρης Γεώργιος, ΕΕργΔ 1989

Τσιμπούκης Χρόνης, Ρήτρες συμβατικής διεύρυνσης του διευθυντικού δικαιώματος, ΕΕργΔ 2012, σελ. 11 επ.

Τσιμπούκης Χρόνης, ΕΕργΔ 2016 σελ. 167

Φουντεδάκη Κατερίνα, Η τροποποιητική καταγγελία της σύμβασης εργασίας, Αρμενόπουλος 1991, σελ. 231

Ψηλός Γεώργιος, Παρατηρήσεις στην ΣτΕ Ολομ. 2140/1993, ΔΕΝ 1994, σελ. 132 επ.

II. ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΗ

Auzero Gilles/Baugard Dirk/Dockès Emmanuel, Droit du travail, 31^η έκδοση, 2018

Backhaus Ludger, Die arbeitnehmerbegünstigende betriebliche Übung in der Rechtsprechung des BAG, AuR 1983, σελ. 65 επ.

Bayreuther Frank, Widerrufs-, Freiwilligkeits- und Anrechnungsvorbehalte – geklärte und ungeklärte Fragen der aktuellen Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertraglichen Vorbehalten, ZIP 2007, 2009 επ.

Becker Regine, Änderung einer betrieblichen Übung, BB 2000

Bepler Klaus, Betriebliche Übungen, Ein erweiterter Rechtsprechungsbericht, RdA 2004

Bepler Klaus, Die ‘zweifelhafte Rechtsquelle’ der betrieblichen Übung- Beharrungen und Entwicklungen, RdA 2005

Bieder Marcus, Die betriebliche Übung-individueller Gestaltungsfaktor oder kollektive Rechtsquelle des Arbeitsrechts?, ZfA 2016

Bieder Marcus, RdA 2019

Bieder Marcus, Die ‘gegenläufige’ betriebliche Übung-neu entdecktes Phänomen des AGB-Rechts?, DB 2009, σελ. 1929 επ.

Blomeyer Wolfgang, Μεταβολές των όρων εργασίας από τον εργοδότη για οικονομικούς λόγους, ΔΕΝ 1993, σελ. 405

Bötticher Eduard, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953

Braun Björn Ken, Die neuere Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, 2017

Brun André/Galland Henri, Droit du travail, 1978

Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971

Däubler Wolfgang, Das Arbeitsrecht 2, 1979

Erarslan Kemal, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, 2017

Franzen Martin, Έλεγχος του περιεχομένου των ρητρών τροποποίησης των όρων εργασιακών συμβάσεων, μετάφραση **Δημήτρη Λαδά**, ΕΕργΔ 2011, σελ. 669

Franzen Martin, Anm. zu BAG 26.03.1997-10 AZR 612/95, SAE 1997, 344 επ.

Freh Stefan, Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz, 2014

Gamillscheg Franz, Betriebliche Übung, Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983

Gamillscheg Franz, Arbeitsrecht, Τόμος I, 2000

Gardikas Stavros, Die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages im Individualarbeitsrecht, 1974

Hanau Peter, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, τόμος I, 1992

Hanau Peter, ZfA 2003

Hanau Peter/ Hromadka Wolfgang, Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NZA 2005, σελ. 73 επ.

Hennige Susanne, Rechtliche Folgewirkungen schlüssigen Verhaltens der Arbeitsvertragsparteien, NZA 1999

Henssler Martin, Tarifbindung durch betriebliche Übung, 50 Jahre BAG, 2004, σελ. 683 επ.

Hoffmann Claudia, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009

Houben Christian-Armand, Anfechtung einer betrieblichen Übung?, BB 2006, 2301 επ.

Hromadka Wolfgang-Maschmann Frank, Arbeitsrecht, Τόμος I, 2002

Hromadka Wolfgang, Zur betrieblichen Übung, NZA 1984

Hromadka Wolfgang, DB 2004

Hueck Alfred, Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 1956

Hueck Alfred/Nipperdey Hans-Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 1963

Hueck Götz/Fastrich Lorenz, AR-Blattei (D), Betriebsübung I, 1982

Jaeckel Charlotte, 'Tarifbindung' durch betriebliche Übung, 2009

Jensen Jens, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen, 2010

Junker Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 20^η έκδοση, 2021

Karakatsanis Alexandros, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, 1963

Kettler Gero, Das BAG und die 'umgekehrte' betriebliche Übung, NJW 1998

Krämer Andrea, Der Widerruf im Arbeitsrecht, 1995

Ladas Dimitrios, Der Arbeitnehmer als Verbraucher nach griechischem Recht, NZA-Beilage 2019, 52

Lange Yvonne, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016

Maties Martin, Die gegenläufige betriebliche Übung, 2003

Mengel Horst, Die betriebliche Übung, 1967

Palandt/Grüneberg Christian, 2011, § 313 Rn. 10

Picker Christian, Die betriebliche Übung, 2011

ErfK/Preis Ulrich, § 611, Rn 218 επ., 13^η εκδ., 2013

Preis Ulrich/Genenger Angie, Betriebliche Übung, freiwillige Leistungen und rechtsgeschäftliche Bindung, JbArbR 47, 93-118 (2010)

Preis Ulrich/Sagan Adam, Der Freiwilligkeitsvorbehalt im Fadenkreuz der Rechsgeschäftslehre, NZA 2012, 697

Preis Ulrich, Der Arbeitsvertrag, 4^η εκδ., 2011

Preis Ulrich, Der langsame Tod der Freiwilligkeitsvorbehalte und die Grenzen betrieblicher Übung, NZA 2009, σελ. 281 επ.

Preis Ulrich, Μονομερής καθορισμός της παροχής στην εργασιακή σχέση, ΔΕΕ 2015, σελ. 319

Preis Ulrich, Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik, SR 3, 2012

Preis Ulrich, Individualarbeitsrecht, 5^η εκδ. 2017

Preis Ulrich/Temming Felipe, Arbeitsrecht, 2019

Richardi Reinhard, Anmerkung zu BAG 30.1.1970, AP Nr 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt

Richardi Reinhard, Die betriebliche Übung -ihre rechtliche Bedeutung- insbesondere ihr Verhältnis zur Betriebsvereinbarung, RdA 1960, σελ. 403

Säcker Franz-Jürgen, NoB 1989

Säcker Franz-Jürgen, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1971

- Seiter Hugo**, Die Betriebsübung, 1967
- Seiter Hugo**, Die Bindung des Arbeitgebers an eine Betriebsübung, DB 1967, σελ. 1590
- Seitz Christian**, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009
- Singer Reinhard**, ZfA 1993
- Singer Reinhard**, Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit als Grundelemente der Arbeitgeberhaftung bei freiwilligen Zuwendungen, FS Canaris 2007
- Singer Reinhard**, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993
- Speiger Peter**, Die Reduzierung von Gratifikationsleistungen durch betriebliche Übung, NZA 1998, σελ. 510
- Richardi Reinhard/Fischinger Philipp S.**, in Staudinger BGB, §§ 611-613, Dienstvertragsrecht 1, 2011
- Tappe Konstantin/Koplin Bernhard**, Die 'negative betriebliche Übung', Arbeits-/Sozialrecht, DB Heft 42 vom 16.10.1998, σελ. 2114
- Thüsing Gregor**, Vom Ende einer betrieblichen Übung, NZA 2005, σελ. 718 επ.
- Thüsing Gregor**, Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?, NZA 2002, 591
- Tomandl Theodor**, Arbeitsrecht 1, 1988
- Walker Wolf-Dietrich**, Die betriebliche Übung, JuS 2007, σελ. 1 επ.
- Waltermann Raimund**, Die betriebliche Übung, RdA 2006
- Wiedemann**, TVG, 8^η εκδ., 2019
- Zöllner Wolfgang**, Betriebsübung und Vertrauenshaftung, FS Canaris, 2007
- Zöllner Wolfgang/Loritz Karl-Georg/Hergenröder Curt Wolfgang**, Arbeitsrecht, 6^η εκδ., 2008