



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

**ΑΡΙΘΜΟΣ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ : 225 / 2015
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΤΜΗΜΑ ΣΤ'
Συνεδρίαση της 13^{ης} Οκτωβρίου 2015**

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Ιωάννης- Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Αντιπρόεδρος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους

Μέλη : Ιωάννης Διονυσόπουλος, Παρασκευάς Βαρελάς, Βασιλική Τύρου, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Γεώργιος Ανδρέου, Ευαγγελία Σκαλτσά, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους

Εισηγητής: Ιωάννης Διονυσόπουλος, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

Αριθ. Πρωτ.: Το υπ' αριθ. Γ98/58/18-2-2015 Ερώτημα του Διοικητή του ΙΚΑ – ΕΤΑΜ.

Περίληψη ερωτήματος: Εάν δύναται να χορηγηθεί άδεια από το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ άσκησης ιδιωτικής εργασίας και συγκεκριμένα για εκμετάλλευση καφενείου στον εν ενεργεία υπάλληλο του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ Α.Γ. και εάν η εκμετάλλευση καφενείου απ' αυτόν εμπίπτει στην απαγόρευση της παρ. 3 του άρθρου 31 του Νόμου 3528/2007 .

I. Ιστορικό

1. Σύμφωνα με το διδόμενο από την ερωτώσα Υπηρεσία πραγματικό και από τα στοιχεία του φακέλου, ο υπάλληλος του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ Α.Γ. του Ν, κάτοικος Ηρακλείου Κρήτης, ο οποίος υπηρετεί στο Τοπικό Υποκατάστημα Αγίου Μηνά Ηρακλείου Κρήτης, υπέβαλε την από 5-6-2014 αίτησή του στην αρμόδια Υπηρεσία (Διεύθυνση Διοικητικού Προσωπικού, Τμήμα Κατάστασης Προσωπικού του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ) , με την οποία ζήτησε να του χορηγηθεί άδεια εργασίας για εκμετάλλευση ενός παραδοσιακού καφενείου . Ο εν λόγω υπάλληλος κατέστη μοναδικός κληρονόμος μετά το θάνατο του πατέρα του, ο οποίος διατηρούσε την οικογενειακή αυτή επιχείρηση. Το καφενείο, όπως ισχυρίζεται ο Α.Γ , λειτουργεί κατά την καλοκαιρινή τουριστική περίοδο για δύο μήνες και καθότι η χιλιομετρική απόσταση μεταξύ της μόνιμης κατοικίας του και του τόπου όπου ευρίσκεται η επιχείρηση είναι 80 χιλιόμετρα, είναι αδύνατον να πηγαίνει σε καθημερινή βάση εκεί, ακόμη και εάν το επιθυμούσε, λόγω κυρίως οικονομικής αδυναμίας, Στην επιχείρηση αυτή (καφενείο) θα απασχολούνται σε αυτή τα δύο παιδιά του και ο ίδιος θα μεταβαίνει μόνο κατά τις μη εργάσιμες ημέρες.

2. Η ερωτώσα Υπηρεσία με το αριθ. Γ 98/77/7-7-2014 απαντητικό έγγραφό της, γνώρισε στο ενδιαφερόμενο υπάλληλο ότι σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις δεν είναι δυνατόν να χορηγηθεί σε αυτόν άδεια για την άσκηση οποιασδήποτε μορφής εμπορικής δραστηριότητας. Κατόπιν, με την από 22-9-2014 νέα αίτησή του, ο Α.Γ . επανέρχεται στο θέμα ισχυριζόμενος εκτός των προεκτεθέντων ότι σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 8 του Νόμου 2859/2000 (Κώδικα Φόρου Προστιθέμενης Αξίας), η δραστηριότητα για την οποία ζητάει την άδεια δεν χαρακτηρίζεται εμπόριο, αλλά πράξη παροχής υπηρεσιών, ότι σκοπός του δεν είναι το κέρδος αλλά η συνέχεια μίας οικογενειακής παράδοσης, κατά διαδοχή από τον πατέρα του, επικαλούμενος παράλληλα την περιοδικότητα-εποχικότητα λειτουργίας της επιχείρησης και κατά συνέπεια θα πρέπει η άδεια να του χορηγηθεί. Η παραπάνω Υπηρεσία α) επισημαίνει ότι και στις δύο αναφορές του Α.Γ. γίνεται μνεία περί μη δημιουργίας προβλήματος στην Υπηρεσία και ομαλής εκτέλεσης των καθηκόντων του, σε περίπτωση βέβαια που του χορηγηθεί η άδεια εκμετάλλευσης του καφενείου. β) επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 31 και 32 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα (Ν.

ΓΧ

3528/2007, ΦΕΚ 26 Α') και γ) επισυνάπτει προς ενημέρωσή μας την με αριθμό 200/2010 γνωμοδότηση του Στ' Τμήματος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, η οποία πραγματεύεται όμοιο θέμα (εκμετάλλευση τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών από υπάλληλο του Σ.Ε.Π.Ε.).

3. Ειδικότερα, προς επίρρωση των ανωτέρω, ο αιτών Λ.Γ. προσκομίζει το υπ' αριθ. πρωτ. 12801/4-6-2014 πιστοποιητικό πλησιεστέρων συγγενών του Δήμου Αρχανών- Αστερουσίων Νομού Ηρακλείου Κρήτης, από το οποίο προκύπτει ότι ο πατέρας του Λ.Ν. του Γ, ο οποίος όσο ζούσε, διατηρούσε το προαναφερθέν καφενείο, ως μία μικρή οικογενειακή επιχείρηση, στο παραθαλάσσιο χωριό Μαριδάκι (δημοτική ενότητα Αχεντριά, Δήμου Αρχανών- Αστερουσίων Νομού Ηρακλείου Κρήτης, απεβίωσε στο Ηράκλειο της Κρήτης την 9-9-2013 και άφησε τον αιτούντα υιό του Λ.Γ του Ν ως πλησιέστερο συγγενή και μοναδικό του κληρονόμο. Ο αιτών Λ.Γ. ισχυρίζεται ότι επιθυμεί να συνεχίσει την ως άνω μικρή οικογενειακή επιχείρηση για καθαρά συναισθηματικούς λόγους, δίχως ο απώτερος σκοπός του να είναι το κέρδος, επιπροσθέτως δε αναφέρει ότι έχει δύο τέκνα, τα οποία τυγχάνουν άνεργα και θα απασχοληθούν αποκλειστικά στην εν λόγω επιχείρηση. Τέλος, ο αιτών δηλώνει ότι προτίθεται να αναλάβει όλες τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την εκμετάλλευση του καφενείου, αποκλειστικά εκτός ωραρίου εργασίας του και εφόσον λάβει την απαραίτητη άδεια δεν πρόκειται να δημιουργηθεί κανένα απολύτως πρόβλημα στην Υπηρεσία, ούτε να παρεμποδιστεί με κανένα τρόπο η ομαλή εκτέλεση της εργασίας του, αφού θα εξακολουθήσει να ασκεί τα καθήκοντά του ανεμπόδιστα, όπως άλλωστε κάνει μέχρι και σήμερα και τέλος εφόσον απαιτείται, λόγω των αναγκών, θα εξακολουθήσει να απασχολείται και υπερωριακά στην Υπηρεσία του, χωρίς ουδεμία διαφοροποίηση από τα μέχρι και σήμερα πεπραγμένα από αυτόν ως υπάλληλο του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ.

II. Εφαρμοστές Διατάξεις

4. Στο Προεδρικό Διάταγμα αριθ. 410/1988 (ΦΕΚ 191 Α') «Κωδικοποίηση σε ενιαίο κείμενο των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, που αφορούν το προσωπικό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου του Δημοσίου, των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης και των λοιπών Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου», στο Τμήμα Γ',

Άρθρο 14 «Καθήκοντα, περιορισμοί και αστική ευθύνη», ορίζεται στην παράγραφο 1 ότι :

«Οι διατάξεις που ισχύουν κάθε φορά για τα θεμελιώδη καθήκοντα, τους περιορισμούς και την αστική ευθύνη των δημόσιων πολιτικών διοικητικών υπαλλήλων εφαρμόζονται ανάλογα και για το προσωπικό του Κεφαλαίου αυτού, με εξαίρεση τις διατάξεις για την εντοπιότητα».

5. Στο άρθρο 31 του Νόμου 3528/2007 στο Κεφάλαιο Β' «Περιορισμοί των Υπαλλήλων» του «Κώδικα Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων ΝΠΔΔ» (ΦΕΚ 26 Α') , που έχει τον τίτλο «' Άσκηση ιδιωτικού έργου με αμοιβή», ορίζεται ότι:

«1. Μετά από άδεια ο υπάλληλος μπορεί να ασκεί ιδιωτικό έργο ή εργασία με αμοιβή , εφ' όσον συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του και δεν παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του 2. Η άδεια χορηγείται για συγκεκριμένο έργο ή εργασία μετά από σύμφωνη αιτιολογημένη γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου και μπορεί να ανακαλείται με τον ίδιο τρόπο. Η άδεια στους υπαλλήλους του Δημοσίου χορηγείται από τον οικείο υπουργό και στους υπαλλήλους των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από το ανώτατο μονομελές όργανο διοίκησης και αν δεν υπάρχει τέτοιο όργανο, από τον πρόεδρο του συλλογικού οργάνου διοίκησης. 3. Δεν επιτρέπεται στον υπάλληλο η κατ'επάγγελμα άσκηση εμπορίας. 4. Ειδικές απαγορευτικές διατάξεις διατηρούνται σε ισχύ....».

6. Στο άρθρο 32 του ίδιου νόμου (Υπαλληλικού Κώδικα), που έχει τον τίτλο «Συμμετοχή σε εταιρείες», ορίζεται ότι :

«1. Ο υπάλληλος υποχρεούται να δηλώνει στην υπηρεσία του τη συμμετοχή του σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου οποιασδήποτε μορφής, εκτός των σωματείων και των κοινωφελών ιδρυμάτων. 2. Απαγορεύεται ο υπάλληλος να μετέχει σε οποιαδήποτε εμπορική εταιρεία προσωπική, περιορισμένης ευθύνης ή κοινοπραξία ή να είναι διευθύνων ή εντεταλμένος σύμβουλος ανώνυμης εταιρείας ή διαχειριστής οποιασδήποτε εμπορικής εταιρείας. Μετά από άδεια ο υπάλληλος μπορεί να μετέχει στη διοίκηση ανώνυμης εταιρείας ή γεωργικού συνεταιρισμού με την επιφύλαξη του προηγούμενου εδαφίου. Η άδεια χορηγείται με τις προϋποθέσεις και τη διαδικασία των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 31 του παρόντος...».

ΓΧ 

7. Στο άρθρο 8 του Κώδικα Φόρου Προστιθέμενης Αξίας (Φ.Π.Α) , ΦΕΚ Α' 248 , που έχει τον τίτλο «Παροχή υπηρεσιών», ορίζεται ότι:

«1. Παροχή υπηρεσιών, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2, θεωρείται κάθε πράξη που δεν συνιστά παράδοση αγαθών, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 5 έως 7. Η πράξη αυτή μπορεί να συνίσταται ιδίως σε : α) μεταβίβαση ή παραχώρηση της χρήσης ενός αύλου αγαθού, β) υποχρέωση για παράλειψη ή ανοχή μίας πράξης ή κατάστασης.

2. Ως Παροχή υπηρεσιών λογίζονται επίσης: α) η εκμετάλλευση ξενοδοχείων, επιπλωμένων δωματίων και οικιών ,κατασκηνώσεων και παρόμοιων εγκαταστάσεων, χώρων στάθμευσης, κάθε είδους μεταφορικών μέσων και τροχόσπιτων, β) η διάθεση τροφής και ποτών από εστιατόρια, ζαχαροπλαστεία, κέντρα διασκέδασης και παρόμοιες επιχειρήσεις για επιτόπια κατανάλωση.....».

III. Ανάλυση –Ερμηνεία Διατάξεων.

Από την εφαρμογή των παραπάνω διατάξεων, ερμηνευομένων αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους, λαμβανομένων σοβαρώς υπόψη των στοιχείων του φακέλου και του ιστορικού της υπόθεσης αυτής, συνάγονται τα ακόλουθα:

8. Με τη διάταξη του άρθρου 1 του Εμπορικού Νόμου ορίζεται ότι : *« Έμποροι είναι όσοι μετέρχονται πράξεις εμπορικής και κύριον επάγγελμα έχουν την εμπορίαν».*

9. Ποιές είναι οι εμπορικές πράξεις, οι οποίες αποτελούν και το αντικειμενικό κριτήριο της ιδιότητας του εμπόρου, δεν ορίζεται στον Εμπορικό Νόμο, όμως, στα άρθρα 2 και 3 του Β. Δ/τος της 2/14-5-1835 «Περί αρμοδιότητας των Εμποροδικείων» απαριθμούνται μία σειρά από πράξεις του χερσαίου και του θαλασσιού εμπορίου αντιστοίχως, τις οποίες, όπως αναφέρεται στα ως άνω άρθρα, ο νόμος θεωρεί εμπορικές. Και ναι μεν,τα εμποροδικεία ως ειδικά δικαστήρια έχουν καταργηθεί με το Ν. ΑΥΝΖ/ 1887 και οι αρμοδιότητές τους περιήλθαν στα πολιτικά δικαστήρια, αλλά οι λοιπές ουσιαστικές διατάξεις του ως άνω Β.Δ/τος εξακολουθούν να ισχύουν. Ειδικότερα , στο προαναφερθέν άρθρο 2 του διατάγματος αυτού ορίζεται ότι: *«Ο νόμος θεωρεί εμπορικός : τα αγοράς προϊόντων γης ή τέχνης, τας οποίας ήθελε κάμει τις, δια να μεταπωλήσει ταύτα ακατέργαστα, ως τα ηγόρασεν ή κατειργασμένα και μεταποποιημένα εις χειροτεχνήματα , είτε επί σκοπώ να μισθώση απλώς την χρήσιν αυτών, πάσαν επιχείρησιν χειροτεχνιών, παραγγελίας ή μετακομίσεως δια γης ή*

δι' ύδατος, πάσαν επιχείρησιν προμηθείας, πρακτορείας, πλειστηριάσεως και δημοσίων θεαμάτων, όλας τας κολλυβιστικές, τραπεζιτικές και μεσιτικές εργασίας, όλας τας εργασίας των δημοσίων Τραπεζών, όλας τας μεταξύ εμπόρων και τραπεζιτών υποχρεώσεις, τας συναλλαγματικές και τας από τόπου εις τόπον αποστολάς χρημάτων, οποιοδήποτε και αν είναι οι συναλλαττόμενοι». Μεταγενέστεροι νόμοι καθιέρωσαν την εμπορικότητα και άλλων πράξεων. Έτσι, χαρακτηρίζονται ως εμπορικές οι χρηματιστηριακές συναλλαγές (άρθρο 15 παρ. 5 του Ν. 3632/1928), η ανάληψη υποχρέωσης από επιταγή (άρθρο 59 του Ν. 5960/1933) κ.α.

10. Εξάλλου, με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 2081/1992 «Ρύθμιση του θεσμού των Επιμελητηρίωνκαι άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 154, Διορθ. ασφαλμ. ΦΕΚ Α' 177), όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 19 του Ν. 3419/2005 «Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.Μ.Η) και Εκσυγχρονισμός της Επιμελητηριακής Νομοθεσίας» (ΦΕΚ Α' 297) και ισχύει, ορίζεται ότι: «1. Τα Επιμελητήρια αποτελούν υποχρεωτικές, αυτοτελείς και ανεξάρτητες ενώσεις φυσικών και νομικών προσώπων, που ασκούν εμπορική δραστηριότητα σε ορισμένη περιφέρεια...», στην δε παράγραφο 3 περ. α' του ίδιου άρθρου 1 του Ν. 2081/1992 ορίζεται ότι: «3. Μέλη: Μέλη του Επιμελητηρίου ,είναι υποχρεωτικά : α. Τα φυσικά πρόσωπα ,που έχουν την έδρα της εμπορικής τους δραστηριότητας στην περιφέρεια του Επιμελητηρίου».

11. Το προπαρατεθέν άρθρο 31 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα εντάσσεται στο κεφάλαιο Β του Κώδικα αυτού, το οποίο φέρει τον τίτλο «Περιορισμοί των υπαλλήλων». Παρόμοιες ρυθμίσεις περιείχε τόσο το άρθρο 31 του προϊσχύσαντος Υπαλληλικού Κώδικα (Ν. 2683/1999, ΦΕΚ Α' 19), όσο και το άρθρο 77 του ακόμη παλαιότερου Υπαλληλικού Κώδικα (Π.Δ. 611/1977, ΦΕΚ Α' 198) και το άρθρο 51 του Ν. 1811/1954 (ΦΕΚ Α' 141). Όπως επεξηγήθηκε στην αιτιολογική έκθεση του προϊσχύσαντος Υπαλληλικού Κώδικα , «οι εν λόγω ρυθμίσεις απαγορεύουν ή θέτουν υπό τον έλεγχο του υπηρεσιακού συμβουλίου συγκεκριμένες δραστηριότητες η άσκηση των οποίων, κατά την άποψη του νομοθέτη, θα μπορούσε να προκαλέσει για τον υπάλληλο σύγκρουση του ιδιωτικού του συμφέροντος με το συμφέρον της υπηρεσίας του. Για το σκοπό αυτόν η άσκηση από τον υπάλληλο ιδιωτικού έργου με αμοιβή είναι δυνατή μόνο μετά από άδεια του υπηρεσιακού συμβουλίου , έτσι ώστε να ελέγχεται η συμβατότητά του προς τη δημοσιούπαλληλική του ιδιότητα ,ενώ

ΓΧ 

παράλληλα ως ολοκληρωτικά ασυμβίβαστη με την ιδιότητα αυτή, απαγορεύεται η κατ'επάγγελμα άσκηση από τον υπάλληλο εμπορίας (Αιτιολογική έκθεση Ν. 2683/1999, Μέρος Β'. Ειδικό άρθρο 31) Όπως έχει κριθεί, οι διατάξεις που θέτουν τους περιορισμούς αυτούς, αποσκοπούν στην ευρυθμία των δημοσίων υπηρεσιών και στην αποφυγή επιδείξεως παραμελήσεως των κυρίων καθηκόντων των υπαλλήλων (Εφ. Αθ. 9329/2002 Δνη 2004. 1074). Από τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του Υπαλληλικού Κώδικα απαγορεύεται μεν η κτήση της εμπορικής ιδιότητας, όχι δε η απλή διενέργεια ορισμένων εμπορικών πράξεων. Η κτήση της εμπορικής ιδιότητας συνιστά πραγματικό γεγονός ,το οποίο χρήζει ανάλογης απόδειξης. Η άσκηση εμπορίας είναι, επίσης ,πραγματικό, κατά βάση, γεγονός ,που προϋποθέτει προηγούμενη έρευνα των επαγγελματικών συνθηκών. Συνεπώς ,η κρίση για το εάν κάποιο πρόσωπο έχει την εμπορική ιδιότητα, δύναται να εξαχθεί μόνο μετά από περιπτωσιολογική εξέταση της υπ' αυτού ασκούμενης επαγγελματικής δραστηριότητας, καθώς και των συνθηκών άσκησης αυτής (Τάχος –Συμεωνίδης: «Ερμηνεία υπαλληλικού κώδικα» Γ' εκδ. σελ. 304, 363 επ., Γνωμ. ΝΣΚ 378/2002, 368/2005 (ατομ), Ν. Ρόκας : «Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου (1) Γενικό Μέρος 2^η εκδ. 1998, σελ. 24).

12. Εξάλλου, γίνεται δεκτό ότι κατά την αληθή έννοια του προπαρατεθέντος άρθρου 1 του Εμπορικού Νόμου , ως στοιχείο της έννοιας του εμπόρου απαιτείται, πλην άλλων, η άσκηση των εμπορικών πράξεων να γίνεται κατά σύνηθες επάγγελμα κατ'ορθή απόδοση του όρου « profession habituelle” του γαλλικού Code de commerce, που εισήχθη και εφαρμόζεται αυτούσιος στην Ελλάδα ,και όχι, αναγκαία, κατά «κύριο» επάγγελμα , όπως κατ'εσφαλμένη μετάφραση αποδίδεται στο εν λόγω άρθρο ο προαναφερθείς όρος (Ν. Ρόκας «Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου (I)» Γενικό Μέρος – Εμπορικές Συμβάσεις 2^η έκδοση σελ. 24, Ε. Περάκης «Γενικό μέρος του Εμπορικού Δικαίου» έκδοση 1999 σελ. 241, Ι. Ρόκας «Εμπορικό Δίκαιο» εκδ. 2003 σελ. 81, Αλ. Τσιριντάνης: «Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου» τευχ. Α' εκδ. 1959 σελ. 93). Ως επάγγελμα νοείται η με πρόθεση βιοπορισμού συνήθης και όχι περιστασιακή απασχόληση (Α.Π 621/1962 ΕΕΝ 30.242). Είναι αδιάφορο αν ο ασκών τις εν λόγω πράξεις έχει και άλλη ιδιότητα ή παράλληλα ασκεί και άλλη, ακόμη και κύρια, μη εμπορική δραστηριότητα (Α.Π. 708/1986 ΕΕμπΔ 1987 /547 κ'ΝοΒ 1987.731, Εφ. Θεσ. 1088/1989 Δνη 1989.1022 ,Εφ. Πειρ. 984/1985 ΕΕμπ.Δ 1986, 56), ως λ.χ. του υπαλλήλου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου (Εφ. Αθ. 928/1966 Ελλ.Δ. 7.712) , ή δραστηριότητα

αστική (Εφ. Θεσ. 140/1984 Αρμ. 1984, 553, Ν. Ρόκας ο.π. Αλ. Τσιριντάνης :ο.π. Ε. Περάκης ο.π. σελ, 240,Ι. Ρόκας ο.π. σελ. 82, Λ. Γεωργακόπουλος «Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου» τ. 1^{ος} τεύχ. 10 εκδ. 1995 σελ. 78). Η κατά σύνηθες επάγγελμα άσκηση εμπορικών πράξεων που προσδίδει την ιδιότητα του εμπόρου, υπάρχει, όταν η τέλεση των εμπορικών πράξεων γίνεται όχι ,μεμονωμένα και ευκαιριακά , αλλά σταθερά, επαναλαμβανόμενα ,με τάξη και με τέτοιο εσωτερικό σύνδεσμο μεταξύ τους ώστε να προσδίδουν στο διενεργούν υποκείμενο την ιδιότητα του επαγγελματία (Ν. Ρόκας :ο.π. σελ. 23. Ι. Ρόκας :ο.,π. σελ. 82). Η άσκηση των εμπορικών πράξεων δεν είναι ανάγκη να γίνεται συνεχώς και χωρίς διακοπές. Αντιθέτως, μπορεί να είναι περιοδική (π.χ. εκμετάλλευση θερινών κέντρων, Τσιριντάνης : ο.π. Ν Ρόκας :ο.π. σελ. 24), αρκεί να είναι συστηματική ,χωρίς να είναι απαραίτητη η συστηματική οργάνωση της εμπορικής δράσης (Ε. Περάκης: ο.π.). Σύμφωνα με την παλαιότερη νομολογία, η άσκηση εμπορικών πράξεων για να προσδώσει την ιδιότητα του εμπόρου, έπρεπε να λαμβάνει χώρα στα πλαίσια οργανωμένης επιχείρησης, στοιχείο της οποίας, γινόταν δεκτό ότι αποτελούσε, μεταξύ άλλων, η απασχόληση προσωπικού (Α.Π. 521/1988 ΕΕμπ.Δ 1988.593, 651/1985, ΝοΒ 1986.542 ,βλ. και Γνωμ. ΝΣΚ (ατομ.) 368/2005 με περαιτέρω παραπομπές). Ήδη, όμως, με νεώτερη νομολογία του Αρείου Πάγου έχει κριθεί ότι όταν πρόκειται για αντικειμενικά εμπορικές πράξεις δεν είναι απαραίτητη η συστηματική οργάνωση της συναφούς δραστηριότητας και δη: α) η σύνδεση της τελευταίας με ορισμένο τόπο (εγκατάσταση), β) η διάθεση αξιόλογων οικονομικών μέσων για τον εξοπλισμό καταστήματος, γραφείου κλπ. γ) η χρησιμοποίηση των υπηρεσιών τρίτων προσώπων ,και δ) η λογιστική παρακολούθηση της εν λόγω δραστηριότητας (Α.Π 1209/1994 ΔΕΕ 1995 ,46 και Ελλ.Δνη 1996, 114, Ν. Ρόκας :ο.π. σελ. 24, Ε.Περάκης: ο.π.). Δεδομένου ότι ο νόμος δεν διακρίνει μεταξύ εμπόρων, οι οποίοι ασκούν την εμπορία σε αξιόλογη έκταση, και των προσώπων εκείνων των οποίων το εμπόριο διεξάγεται σε μικρή κλίμακα , έμπορος καθίσταται και ο ασκών εμπορική δραστηριότητα σε μικρή έκταση ,όπως συμβαίνει με τον καταστηματούχο μικρού καταστήματος, σε χωριό ή σε συνοικία μεγάλης πόλης, που εργάζεται μόνος του. Δεν αποκτά ,όμως ,την εμπορική ιδιότητα ο μικροέμπορος ,δηλαδή ,το άτομο που ασκεί μεν εμπορικές πράξεις αλλά το κύριο στοιχείο της δραστηριότητάς του είναι η σωματική εργασία του και το κέρδος που αποκομίζει αποτελεί περισσότερο αμοιβή της σωματικής του καταπόνησης και όχι κερδοσκοπικών συνδυασμών (Αλ. Τσιριντάνης:

rx 

ο.π. σελ. 97-98 ,Γνωμ. ΝΣΚ (ατομ.) 368/2005 με περαιτέρω παραπομπές). Μόνη, η αναγγελία στο εμπορικό και βιομηχανικό επιμελητήριο ή η δήλωση έναρξης επαγγέλματος στον οικονομικό έφορο δεν αποτελούν απόδειξη για τη απόκτηση της εμπορικής ιδιότητας (Ν. Ρόκας :ο.π.)

13. Εμπορικές πράξεις, στις οποίες αφορά το άρθρο 1 του Εμπορικού Νόμου και οι οποίες προσδίδουν την ιδιότητα του εμπόρου στον μετερχόμενο αυτές κατά σύνηθες επάγγελμα, είναι οι χαρακτηριζόμενες από τα άρθρα 2 και 3 του Β.Δ/τος «Περί αρμοδιότητας των Εμποροδικείων», ή από νεώτερα νομοθετήματα ως εμπορικές, εφόσον ,όμως αποτελούν ιδιαίτερο επάγγελμα του ενεργούντος αυτές προσώπου. Οι πράξεις αυτές πρέπει να είναι τέτοιες, που από τη φύση τους να είναι δυνατό να διαμορφώσουν επάγγελμα, δεδομένου ότι υπάρχουν αντικειμενικά εμπορικές πράξεις (π.χ. έκδοση ή οπισθογράφηση συναλλαγματικής ή επιταγής), που με όποια συχνότητα και αν ασκούνται, δεν είναι δυνατό να προσδώσουν αυτές και μόνο την εμπορική ιδιότητα στο πρόσωπο, που τις ασκεί (Αντ. Πουλάκου-Ευθυμιάτου : «Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου» εκδ. 1991 σελ. 63 ,Λ. Γεωργακόπουλος :ο.π. σελ. 77 επ, Αλ. Τσιριντάνης: ο.π. σελ. 92-93, Ι. Ρόκας: ο.π. σελ. 81). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι, ανεξάρτητα από το ζήτημα εάν η απαρίθμηση των πράξεων των άρθρων 2 και 3 του ως άνω Β.Δ/τος είναι ενδεικτική η περιοριστική, ο περιεχόμενος σε αυτές κατάλογος διευρύνεται ερμηνευτικά ενόψει των σύγχρονων οικονομικών αναγκών και της εξέλιξης των συναλλαγών και ότι για το λόγο αυτό εμπορική πράξη είναι και εκείνη που δεν αναφέρεται μεν στα εν λόγω άρθρα, πλην, όμως είτε στη συνήθη τυπική μορφή της είτε στη συγκεκριμένη περίπτωση περιέχει διαμεσολάβηση στην κυκλοφορία των οικονομικών αγαθών, φέρει δε και τα στοιχεία της αβεβαιότητας και του κινδύνου, αλλά και την ελπίδα κέρδους, στο οποίο ο ενεργών την πράξη αμέσως ή εμμέσως αποβλέπει (Εφ. Αθ. 5739/2002 Επισκ. Εμπ. Δ. 2003.190 με παραπομπές σε Τσιριντάνη ο.π. τ. Α' εκδ. 1955 σελ. 62 και 65, Κ. Ρόκα «Εμπορικών Δίκαιον» /Γεν. Μέρος εκδ. 1972 σελ. 35- 36 και Γεωργακόπουλο ο.π. σελ. 58-59, Στ. Σταυρόπουλος: «Ερμηνεία Εμπορικού και Ναυτικού Δικαίου» εκδ. 1976 σελ. 30-31

IV. ΥΠΑΓΩΓΗ

14. Κατά την πλειοψηφήσασα γνώμη, αποτελούμενη από τον Πρόεδρο του Τμήματος Ιωάννη-Κωνσταντίνο Χαλκιά και τους Νομικούς Συμβούλους, Ιωάννη Διονυσόπουλο, Παρασκευά Βαρελά, Νικόλαο Δασκαλαντωνάκη, Γεώργιο Ανδρέου, και Ευαγγελία

Σκαλτσά (Ψήφοι 6),στη προκειμένη περίπτωση, η εκμετάλλευση του παραδοσιακού καφενείου από τον Λ.Γ. , κατά σύνηθες επάγγελμα , προς το σκοπό επιτεύξεως κέρδους, ασφαλώς συνιστά κατ'επάγγελμα άσκηση εμπορίας απολύτως ασυμβίβαστη με την υπαλληλική ιδιότητα και δεν δύναται να χορηγηθεί άδεια σ'αυτόν κατ'εφαρμογή του άρθρου 31 παράγραφος 3 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα. Η εξαίρεση που θεσπίζει η παράγραφος 1 του ανωτέρω άρθρου αφορά μόνο άδεια για άσκηση ιδιωτικού έργου ή εργασίας με αμοιβή από τον υπάλληλο (π.χ. ελευθέρια επαγγέλματα, άσκηση έργου ή ιδιωτικής εργασίας υπηρεσιών αστικής φύσεως κλπ.) ,όχι όμως και την κατ'επάγγελμα άσκηση εμπορίας. Επομένως, το τεθέν θέμα στο υποβληθέν ερώτημα «'Αδεια άσκησης ιδιωτικού έργου σε υπάλληλο του Ιδρύματος», δεν ακριβολογεί διότι δεν πρόκειται απλώς περί άδειας άσκησης ιδιωτικού έργου από τον Λ. Γ, αλλά περί ασκήσεως εμπορικής δραστηριότητας απ'αυτόν. Αλυσιτελώς γίνεται επίκληση από τον αιτούντα ότι σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 8 του Νόμου 2859/2000 (Κ.Φ.Π.Α) η δραστηριότητα για τη οποία ζητά την άδεια δεν χαρακτηρίζεται ως εμπόριο, αλλά ως πράξεις παροχής υπηρεσιών. Και τούτο, γιατί οι πράξεις παροχής υπηρεσιών προς το σκοπό να τύχει εφαρμογής ο φόρος προστιθέμενης αξίας, σε καμία περίπτωση δεν αναιρούν την άσκηση εμπορίας και εμπορικής δραστηριότητας, αφού η εκμετάλλευση καφενείου συνιστά κατά σύνηθες επάγγελμα εμπορικές πράξεις αγοράς προς μεταπώληση, κατά το άρθρο 2 του Β.Δ/τος περί αρμοδιότητος των Εμποροδικείων και ο διατηρών το καφενείο δεν είναι μικροέμπορος, όπως ο πλανόδιος μικροπωλητής, π.χ. ο καστανάς ,ο κουλουροπώλης κλπ. , αλλά διατηρεί κατάστημα με τραπέζια και καθίσματα, διατηρεί προσωπικό, σερβίρει πελάτες κ.ο.κ. Κατά δε, τα γενόμενα δεκτά από τη νομική θεωρία και τη νομολογία , το φορολογικό δίκαιο αποτελεί αυτοτελή και αυτόνομο κλάδο του δικαίου και διέπεται από δικούς του κανόνες και αντιλήψεις . Έτσι, υπάρχουν έννοιες του ιδιωτικού δικαίου και ειδικότερα του εμπορικού δικαίου οι οποίες έχουν διαμορφωθεί στο φορολογικό δίκαιο νομοθετικά ή νομολογιακά (Βλ. γνωμοδοτήσεις Ολ. ΝΣΚ 90/2008 και 200/2010 του Στ' Τμήματος ΝΣΚ). Στην κρινομένη υπόθεση, θα έπρεπε ο Λ.Γ. να εγγραφεί ως μέλος του Εμπορικού Επιμελητηρίου της περιοχής όπου έχει την έδρα του το καφενείο, αφού δεν επικαλείται ότι τα έσοδα από την εκμετάλλευση του καφενείου θα διατίθενται για φιλανθρωπικούς ή άλλους σκοπούς μη κερδοσκοπικούς, αλλά αντίθετα γίνονται χάριν επιτεύξεως κέρδους, ενέργεια απολύτως ασυμβίβαστη

rx 

προς την υπαλληλική ιδιότητα. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η λειτουργία του καφενείου δεν είναι περιστασιακή, αλλά περιοδική και τακτική (μόνο τους καλοκαιρινούς μήνες), δεν έχει σημασία η μικρή έκταση της επιχείρησης και το ότι το καφενείο βρίσκεται σε χωριό ούτε είναι απαραίτητη η συστηματική οργάνωση της εμπορικής δράσης, αφού όλα αυτά δεν αναιρούν την εμπορική ιδιότητα (βλ. σε παρεμφερή υπόθεση την υπ' αριθ. 200/2010 γνωμοδότηση του Στ' Τμήματος ΝΣΚ). Κατά συνέπεια, θα έπρεπε ο Λ.Γ. να δηλώσει στη Δ.Ο.Υ έναρξη εμπορικού επαγγέλματος, να τηρήσει εμπορικά βιβλία και το εισόδημα από τα κέρδη του καφενείου να φορολογηθούν στη Δ' πηγή (Εισόδημα από εμπορική επιχείρηση), στοιχεία απολύτως ασυμβίβαστα με την υπαλληλική του ιδιότητα.

15. Κατά την μειοψηφήσασα, όμως, γνώμη αποτελούμενη από την Νομική Σύμβουλο Βασιλική Τύρου, (ψηφός μία) από τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα (Ν. 3528/2007) προκύπτει ότι απαγορεύεται στο δημόσιο υπάλληλο η κτήση της εμπορικής ιδιότητας, η οποία, σύμφωνα με τον Εμπορικό Νόμο, επέρχεται με την διενέργεια εμπορικών πράξεων κατά κύριο και σύνηθες επάγγελμα. Τούτο, κατά τα προεκτεθέντα, συμβαίνει όταν οι εμπορικές πράξεις ασκούνται με πρόθεση βιοπορισμού κατά σταθερή, συνήθη και όχι περιστασιακή απασχόληση, με τάξη και με τέτοιο εσωτερικό σύνδεσμο μεταξύ τους, ώστε να προσδίδουν στο διενεργούν υποκείμενο την ιδιότητα του επαγγελματία. Πρόκειται για ζήτημα πραγματικό, το οποίο εξετάζεται κατά περίπτωση. Η προκειμένη περίπτωση της εκμετάλλευσης παραδοσιακού καφενείου για δύο μήνες το καλοκαίρι αποτελεί κλασσικό παράδειγμα περιστασιακής απασχόλησης. Τα δύο αυτά στοιχεία, δηλαδή αφενός η διάρκεια της απασχόλησης και η έκταση και ο τρόπος που ασκείται η εν λόγω δραστηριότητα, της προσδίδουν το χαρακτήρα του περιστασιακού και του μη οργανωμένου, έτσι ώστε να μην υπάρχει έδαφος εφαρμογής του άρθρου 31 παρ. 3 του Υπαλληλικού Κώδικα.

V. Απάντηση

16. Επομένως, στο τεθέν ερώτημα προσήκει, κατά την πλειοψηφήσασα γνώμη του Τμήματος, η απάντηση ότι δεν δύναται να χορηγηθεί άδεια από το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ (το

αρμόδιο Υπηρεσιακό Συμβούλιο) στον εν ενεργεία μόνιμο υπάλληλό του Λ.Γ. για εκμετάλλευση καφενείου.

**Ο Εισηγητής
Νομικός Σύμβουλος**

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα 26-10-2015

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Γ. Χαλιιάς
Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλιιάς



Ιωάννης Διονυσόπουλος