



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΔΙΚΑΣΤΙΚΟ ΓΡΑΦΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΜΑΚΕΔΟΝΙΑΣ**

**Αριθμός Γνωμοδότησης 190/2018
(Ατομική)**

Αριθμός Ερωτήματος: Το έγγραφο με αριθμό πρωτ. 312/17-9-2018 του Πρύτανη του Πανεπιστημίου Μακεδονίας.

Ερώτημα: Ερωτάται αν είναι δυνατή κατά νόμο, η αποδοχή αιτήματος του μισθωτή του κυλικείου του Πανεπιστημίου Μακεδονίας για την έγκριση της «μεταβολής», για φορολογικούς λόγους, της ατομικής του επιχείρησης σε ομόρρυθμη εταιρία και την υπεισέλευση αυτής στη μισθωτική σχέση.

Ιστορικό

Στο παραπάνω έγγραφο της υπηρεσίας και στα στοιχεία του φακέλου που το συνοδεύουν, εκτίθεται το ακόλουθο πραγματικό:

1. Με την 24/2017 διακήρυξη του Πανεπιστημίου Μακεδονίας προκηρύχθηκε, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του π.δ. 715/1979, δημόσιος πλειοδοτικός διαγωνισμός για την εκμίσθωση του κυλικείου του Πανεπιστημίου για δύο (2) έτη από το χρόνο υπογραφής της σχετικής σύμβασης, με δικαίωμα παράτασης μέχρι έναν επιπλέον χρόνο με μονομερή δήλωση του Πανεπιστημίου. Κατά τον διενεργηθέντα στις 4-12-2017 διαγωνισμό αναδείχθηκε πλειοδότης ο Κ.Β., στον οποίο κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού με την 14/8-12-2017 απόφαση της Συγκλήτου και με βάση αυτήν συνήφθη η από 5-2-2018 σύμβαση μίσθωσης, με την οποία ορίσθηκε η διάρκεια αυτής σε δύο (2) έτη από την υπογραφή της σύμβασης (5-2-2018), με δικαίωμα παράτασης για ένα επιπλέον έτος, σύμφωνα με το άρθρο 6 της διακήρυξης.
2. Ακολούθως, ο μισθωτής Κ.Β. υπέβαλε προς το Τμήμα Προμηθειών του Πανεπιστημίου την με αρ. πρωτ. 5431/23-7-2018 αίτησή του, με την οποία

ζητά την έγκριση της μεταβολής, για φορολογικούς λόγους, της επιχείρησης λειτουργίας του κυλικείου από ατομική επιχείρηση σε ομόρρυθμη εταιρία (και την υπεισέλευση αυτής στη μισθωτική σχέση), ενόψει δε του αιτήματος αυτού και του ανακύψαντος νομικού προβληματισμού ως προς τη νομιμότητά του, υποβλήθηκε το εν θέματι ερώτημα.

Νομοθετικό πλαίσιο

3. Στις διατάξεις των άρθρων 38, 40, 41, 43, 44 και 47 του π.δ. 715/1979 «Περί τρόπου ενεργείας υπό των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) προμηθειών, μισθώσεων και εκμισθώσεων εν γένει» (Α' 212), το οποίο εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 43 παρ. 4 του ν.δ. 496/1974 (Α' 204), όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του ν. 578/1977 (Α' 106), ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 38. Τρόπος και διάρκεια εκμισθώσεως. «1. Τα εις τα Ν.Π.Δ.Δ. ανήκοντα και εν γένει υπ' αυτών διαχειριζόμενα ακίνητα εκμισθούνται δια δημοσίου πλειοδοτικού διαγωνισμού. 2. Η εκμίσθωσις των ακινήτων αποφασίζεται υπό του διοικούντος το Ν.Π.Δ.Δ. συλλογικού οργάνου, δεν δύναται δε να συνομολογηθή δια περίοδον μακροτέραν των δώδεκα ετών. 3. 4. ».

Άρθρο 40. Διακήρυξις διαγωνισμού. «1. Ο διαγωνισμός ενεργείται κατόπιν διακηρύξεως του διοικούντος το Ν.Π.Δ.Δ. συλλογικού οργάνου, ήτις περιέχει τ' ακόλουθα στοιχεία: α) το προκηρύσσον τον διαγωνισμόν Ν.Π.Δ.Δ., β) τον τόπον, την περιοχήν, το είδος και την έκτασιν του προς εκμίσθωσιν ακινήτου, γ) την χρονικήν διάρκειαν της εκμισθώσεως, δ) το ελάχιστο μηνιαίον όριον του μισθώματος, ε) τον χρόνον και τρόπον καταβολής των μισθωμάτων, ς) τον όρον, ότι, το Ν.Π.Δ.Δ. δεν υποχρεούται εις εγκατάστασιν του μισθωτού, ζ) τον όρον, ότι ο μισθωτής δεν δικαιούται εις μείωσιν του μισθώματος από της κατακυρώσεως της μισθώσεως και εφεξής, η) την τυχόν επιβάρυνσιν του μισθωτού διά των εξόδων δημοσιεύσεων της διακηρύξεως, νομίμων κρατήσεων, τελών χαρτοσήμου και των τελών της συμβάσεως, θ) τον τόπον, ημερομηνίαν και ώραν διεξαγωγής του διαγωνισμού, ι) τον όρον ότι, εις την προσφοράν θα αναγράφεται ότι ο προσφέρων έλαβε γνώσιν των όρων της διακηρύξεως τους οποίους και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως, ια) τον όρον ότι, ο μισθωτής υποχρεούται να διατηρή την κατοχήν του μισθίου, τας υπέρ αυτού δουλείας, τα όρια αυτού και εν γένει το μίσθιον εν καλή καταστάσει, προστατεύει αυτό κατά πάσης καταπατήσεως, διά των προσηκουσών αγωγών,

αίτινες εκχωρούνται αυτώ δια της συμβάσεως, άλλως ευθύνεται εις αποζημίωσιν. ιβ) τον όρον ότι, ο διαγωνισμός θα διεξαχθή κατά τας διατάξεις του παρόντος Π.Δ./τος και προκειμένου περί Ν.Π.Δ.Δ. διά τα οποία ισχύουν αι ειδικαί διατάξεις, βάσει και των διατάξεων τούτων, ιγ) τον όρον ότι, το Ν.Π.Δ.Δ. έχει δικαίωμα της μονομερούς λύσεως της συμβάσεως, όταν καταστή εις τούτο αναγκαία η ιδιόχρησις του μισθίου, ιδ) πάντα έτερον κατά την κρίσιν του Ν.Π.Δ.Δ. αναγκαίον όρον. 2. Η διακήρυξις του διαγωνισμού δημοσιεύεται και γνωστοποιείται κατά τα οριζόμενα εν παρ. 3 έως 6 του άρθ. 28 του παρόντος Π.Δ./τος.».

Άρθρο 41. Προσφοραί-Εγγυοδοσία. «1. Ο διαγωνισμός ενεργείται υπό Επιτροπής συγκροτουμένης κατά τας διατάξεις της παρ. 2 του άρθ. 26 του παρόντος Π.Δ./τος. 2. Αι προσφοραί, υποβάλλονται εγγράφως μέχρι της προσδιορισθείσης ημέρας και ώστε προς διεξαγωγήν του διαγωνισμού. Εις τας προσφοράς δέον απαιρητήτως να αναγράφεται και ότι ο προσφέρων έλαβε γνώσιν των όρων της διακηρύξεως τους οποίους και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως. 3.».

Άρθρο 43. Κατακύρωσις διαγωνισμού. Επαναλήψις αυτού. «1. Μετά το πέρας του διαγωνισμού, η Επιτροπή διενεργείας τούτου, συντάσσει πρακτικόν διά του οποίου προτείνει ητιολογημένως εις το διοικούν το Ν.Π.Δ.Δ. συλλογικόν όργανον την εκμίσθωσιν του ακινήτου ή την επανάληψιν του διαγωνισμού. 2. Το ανωτέρω πρακτικόν μετά του πίνακος του πλειοδοτικού διαγωνισμού υποβάλλεται εις το διοικούν το Ν.Π.Δ.Δ. συλλογικόν όργανον, το οποίον αποφασίζει περί κατακυρώσεως του αποτελέσματος του διαγωνισμού εντός δέκα πέντε ημερών, εκτός εάν εξ ειδικών λόγων επιβάλλεται η αναβολή λήψεως αποφάσεως επί εύλογον χρονικόν διάστημα.3.....».

Άρθρο 44. Κατάρτισις συμβάσεως μισθώσεως. «1. Δια της εγγράφου, επί αποδείξει γνωστοποιήσεως εις τον προκριθέντα πλειοδότην, της υπέρ αυτού κατακυρώσεως του αποτελέσματος του διαγωνισμού, ούτος καλείται εντός δέκα πέντε ημερών να προσέλθη δια την υπογραφήν της συμβάσεως μισθώσεως. 2. Η σύμβασις μισθώσεως καταρτίζεται διά συμβολαιογραφικού ή ιδιωτικού εγγράφου, κατά την κρίσιν του διοικούντος το Ν.Π.Δ.Δ. συλλογικού οργάνου. 3.....4.....5.....».

Άρθρο 47. Υπεκμίσθωσις-Απαγόρευσις σιωπηράς αναμισθώσεως-Απόδοσις μισθίου. «1. Υπεκμίσθωσις δι' ομοίαν ή παραπλήσιαν χρήσιν επιτρέπεται, αν

μη άλλως ωρίσθη, αλλά πάντοτε μετ' έγγραφον συγκατάθεσιν του Ν.Π.Δ.Δ. Ταύτης δοθείσης, ο αρχικός μισθωτής υποχρεούται να υποβάλη εις το Ν.Π.Δ.Δ. αντίγραφον του μισθωτηρίου. Εις περίπτωσιν υπεκμισθώσεως ο αρχικός μισθωτής εξακολουθεί ευθυνόμενος εις ολόκληρον έναντι του Ν.Π.Δ.Δ., βάσει των όρων της κυρίας συμβάσεως μισθώσεως. Η κατά τ' ανωτέρω υπεκμίσθωσις δεν δύναται, να συνομολογηθή διά χρόνον εκτεινόμενον πέραν της λήξεως της μισθώσεως. 2. Σιωπηρά αναμίσθωσις δεν χωρεί. 3.».

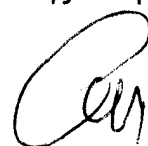
4. Στην 24/2017 «Διακήρυξη-Συγγραφή Υποχρεώσεων» του Πανεπιστημίου Μακεδονίας, προβλέπονται τα εξής:

Άρθρο 12. «Απαγορεύεται απόλυτα η ολική ή μερική υπεκμίσθωση και η με οποιονδήποτε τρόπο παραχώρηση του κυλικείου σε τρίτους με οποιονδήποτε τύπο και μορφή (για όμοια ή παραπλήσια χρήση), η πρόσληψη συνεταίρου, η εκμετάλλευση του μέσω τρίτου προσώπου, ως και η αλλαγή χρήσεως του μισθίου».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς, αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, ενόψει και όλου του νομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται, του σκοπού που εξυπηρετούν και την υπαγωγή σ' αυτές των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη μας από την ερωτώσα υπηρεσία, συνάγονται τα ακόλουθα:

5. Σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές του εμπορικού δικαίου, μετατροπή υπάρχει όταν μία εταιρία με νομική προσωπικότητα μεταβάλλει την μορφή, τον εταιρικό τύπο, υπό τον οποίο υφίστατο μέχρι το χρονικό σημείο της μεταβολής, χωρίς να επέρχεται καμία μεταβολή στη νομική της προσωπικότητα (Βλ. Λ. Γεωργακόπουλου, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, έκδ. 12η, 1985, σελ. 122, Ν. Ρόκα, Εμπορικές Εταιρείες, έκδ. 3η, σελ. 225). Σύμφωνα με την έννοια αυτή της μετατροπής, η μεταβολή εταιρικού τύπου με μετατροπή αναγνωρίζεται μόνο σε ορισμένες περιπτώσεις, οι οποίες είτε ορίζονται ρητά στο νόμο είτε γίνονται γενικά αποδεκτές στη θεωρία και νομολογία (βλ. άρθρα 51, 53 του ν. 3190/1955, 66, 66α, 67 του ν. 2190/1920, 16 του ν. 1667/1986 και 106, 107, 282, 282α, 283 του ν. 4072/2012). Απαραίτητο εννοιολογικό στοιχείο της μετατροπής είναι η νομική προσωπικότητα της μετατρεπόμενης εταιρίας. Έτσι, δεν είναι νοητή η μετατροπή εταιρίας χωρίς νομική προσωπικότητα, όπως είναι π.χ. κατά κανόνα, η αστική εταιρία των άρθρων 741 επ. ΑΚ, η αφανής εταιρία



σε (άλλη) εταιρία με νομική προσωπικότητα. Στις περιπτώσεις αυτές δεν πρόκειται για μετατροπή, αλλά για ίδρυση νέας εταιρίας (Βλ. Λ. Γεωργακόπουλου, ό.π. σελ. 61 και 146). Κατά μείζονα λοιπόν λόγο δεν νοείται μετατροπή ατομικής επιχείρησης σε εταιρία οποιαδήποτε μορφής, αλλά πρόκειται στην περίπτωση αυτή για ίδρυση νέας εταιρίας. Η σύσταση νέας εταιρίας από μετατροπή ατομικής επιχείρησης, προσωπικής εταιρίας, ή εταιρίας του αστικού δικαίου ή και από συγχώνευση τέτοιων μορφών επιχειρήσεων (καταχρηστική συγχώνευση) δεν προβλέπεται από τις διατάξεις του εμπορικού δικαίου, αλλά μόνο από τους αναπτυξιακούς νόμους - ν.δ. 1297/1972, ν. 2166/1993. Κατά την άποψη δε της επιστήμης, το νομικό αυτό καθεστώς δεν διαφοροποιείται από τους φορολογικούς της συγχώνευσης ή μετατροπής νόμους, οι οποίοι υπάγουν στο πεδίο εφαρμογής τους την περίπτωση «συγχώνευσης ή μετατροπής επιχειρήσεων οιασδήποτε μορφής» σε ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιορισμένης ευθύνης κ.λπ., γιατί οι νόμοι αυτοί θέτουν μόνο φορολογικά κίνητρα για τη διευκόλυνση των συγχωνεύσεων και μετατροπών και δεν τροποποιούν, τουλάχιστον ως προς το ζήτημα αυτό, ισχύουσες διατάξεις του εταιρικού δικαίου (βλ. σχετικά ΕφΑθ. 2268/2005, Ελλ.Δνη 47.256, 764/2008, ΕΕΡΓΔ 2010/1438, γνωμοδότηση Απ. Γεωργιάδη στην Ελλ.Δνη 34. 282 επ. με τίτλο «Μετατροπή ατομικής επιχείρησης μισθωτή σε ανώνυμη εταιρία και υπεισέλευση της εταιρίας στη μισθωτική σχέση», Μιλτ. Λεοντάρη, «Μετατροπή - συγχώνευση - διάσπαση εταιριών», έκδοση 2002, σελ. 11, Χ. Χρυσάνθη, «Μετασχηματισμοί Εταιριών», αριθ. 98 και 99 σελ. 59). Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή δεν μπορεί να γίνει λόγος για τη συνέχιση της αυτής νομικής προσωπικότητας και δεν δημιουργείται σχέση οιονεί καθολικής διαδοχής μεταξύ της ατομικής επιχείρησης και της νέας εταιρίας (ΣΤΕ 1822/2010, σκ. 3, 3516/2011, σκ.7, 3841/2012, σκ. 4, 5), μία τέτοια δε σχέση δεν είναι δυνατόν να ιδρυθεί με σύμβαση, παρά μόνο στις περιπτώσεις που προβλέπονται από τον νόμο (ΕφΘεσ. 1953/2008, ΕΠΙΣΚΕΜΠΔ 2008/1219). Κατ' ακολουθία τούτων, δεν νοείται υπεισέλευση στην εξεταζόμενη μισθωτική σχέση, εταιρίας οποιαδήποτε τύπου, που θα συσταθεί, είτε από μόνο τον μισθωτή (π.χ. μονοπρόσωπη Ε.Π.Ε., Ι.Κ.Ε.), είτε με άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα (π.χ. Ο.Ε. Ε.Π.Ε., Α.Ε.), με εισφορά από μέρους του της ατομικής του επιχείρησης.

6. Περαιτέρω, από το όλο πλέγμα των προδιαληφθεισών διατάξεων του π.δ. 715/1979, οι οποίες, ως εκ του σκοπού που εξυπηρετούν – προστασία δημοσίου συμφέροντος, δημόσιας περιουσίας υπό ευρεία έννοια - είναι δημόσιας τάξης και η εφαρμογή των οποίων δεν δύναται να αποκλεισθεί με την προκήρυξη ή με αντίθετη βούληση (ρητή ή σιωπηρή) των συμβαλλομένων μερών (ΝΣΚ 33/2015), σε συνδυασμό με τη διέπουσα τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης αρχή της νομιμότητας, η οποία καταλαμβάνει όχι μόνο την έκδοση υπό των διοικητικών αρχών μονομερών πράξεων, αλλά και την ικανότητα αυτών προς σύναψη συμβάσεων (ΝΣΚ 374/2012, 323/2011, 3/2008, ΣΤΕ 2123/1994) ή την αλλοίωση αυτών (ΝΣΚ 197/2016), τόσο όταν ενεργούν ως *imperium*, λ.χ. κατά τη σύναψη διοικητικών συμβάσεων για την εκπλήρωση δημοσίου σκοπού και με ειδικό καθεστώς προνομίων και υπερέχουσα θέση του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ. έναντι του αντισυμβαλλομένου τους, όσο και όταν ενεργούν ως *fiscus*, στα πλαίσια λ.χ. της διαχείρισης της ιδιωτικής τους περιουσίας (Χρ. Μουκίου, «Η αρχή της νομιμότητας και οι συμβάσεις του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ.», σελ. 289-293), όπως εν προκειμένω, συνάγεται ότι η εκμίσθωση ακινήτων των ν.π.δ.δ., όπως του Πανεπιστημίου Μακεδονίας, γίνεται εγκύρως, μόνο κατόπιν δημόσιου πλειοδοτικού διαγωνισμού, οι δε συμβατικές σχέσεις των μερών καθορίζονται από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του ως άνω προεδρικού διατάγματος και τους όρους της σχετικής διακήρυξης, που διέπουν και τη λειτουργία της συναπτόμενης, με βάση τις διατάξεις αυτές, μισθωτικής σύμβασης, με συνέπεια, να μην υφίσταται, κατά νόμο, δυνατότητα τροποποίησης ή αλλοίωσης της μισθωτικής σχέσης, με βάση τη σύμπτωση της βοήλησης των μερών, εφόσον τέτοια δυνατότητα ούτε προβλέπεται, γενικά ή ειδικά από το όλο πλέγμα των διατάξεων αυτών, ούτε συνάγεται από το περιεχόμενο τους (ΝΣΚ 374/2012, 197/2016), αλλ' ούτε και συνάγεται ότι είναι αναγκαία και πρόσφορη για την εξυπηρέτηση των λειτουργικών αναγκών και των σκοπών του Πανεπιστημίου, μη εφαρμοζομένης, στην περίπτωση αυτή, της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων του άρθρου 361 Α.Κ., την οποία στερείται το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. (ΝΣΚ 197/2016).

7. Με τη διάταξη, τέλος, του άρθρου 47 του π.δ. 715/1979, προβλέπεται μεν, η δυνατότητα της υπεκμίσθωσης του μισθίου, με την έγγραφη συγκατάθεση του Ν.Π.Δ.Δ., τούτο, όμως, υπό την προϋπόθεση ότι δεν υπάρχει αντίθετη



πρόβλεψη (αν μη άλλως ωρίσθη) στη διακήρυξη και στη συναπτόμενη σύμβαση μίσθωσης, εν προκειμένω δε, ρητώς, με το άρθρο 12 της 24/2017 διακήρυξης, εισάγεται η απαγόρευση της ολικής ή μερικής υπεκμίσθωσης, καθώς και η με οποιονδήποτε τρόπο παραχώρηση του κυλικείου σε τρίτους με οποιονδήποτε τύπο και μορφή (για όμοια ή παραπλήσια χρήση), η πρόσληψη συνεταίρου καθώς και η εκμετάλλευσή του μέσω τρίτου προσώπου.

8. Εφόσον, συνεπώς, δεν είναι κατά νόμο δυνατή μετατροπή ατομικής επιχείρησης σε οποιασδήποτε μορφής εταιρία με νομική προσωπικότητα και δεν νοείται, ως εκ τούτου, υπεισέλευση της συστηθισόμενης εταιρίας στη μισθωτική σχέση, το αίτημα του μισθωτή του κυλικείου για έγκριση από μέρους του Πανεπιστημίου των νόμιμων ενεργειών αυτού «για την μεταβολή της επιχείρησης λειτουργίας του κυλικείου από ατομική επιχείρηση σε αυτήν της Ομόρρυθμης Εταιρίας», αφορά, κατ' ουσίαν, σε έγκριση της παραχώρησης της χρήσης του μισθίου σε ομόρρυθμη εταιρία, που προτίθεται να συστήσει αυτός με άλλους, παραχώρηση, όμως, η οποία, ρητώς απαγορεύεται από την ως άνω διάταξη του άρθρου 12 της διακήρυξης και δεν υφίσταται, ως εκ τούτου, δυνατότητα του Πανεπιστημίου να αποδεχθεί το αίτημα του μισθωτή.

Απάντηση

9. Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, στο ερώτημα που υποβλήθηκε προσήκει η απάντηση ότι δεν είναι κατά νόμο δυνατή η αποδοχή από το Πανεπιστήμιο Μακεδονίας του αιτήματος του Κ.Β., μισθωτή του κυλικείου του Πανεπιστημίου για την υπεισέλευση στη μισθωτική σχέση, ομόρρυθμης εταιρίας, κατά «μεταβολή» σ' αυτήν της ατομικής του επιχείρησης, ούτε για την παραχώρηση της χρήσης του μισθίου σε ομόρρυθμη εταιρία, την οποία προτίθεται να συστήσει αυτός με τρίτους, ούτε η κατ' άλλον τρόπο παραχώρηση της χρήσης αυτού σε τρίτα φυσικά ή νομικά πρόσωπα.

Θεσσαλονίκη, 5 Νοεμβρίου 2018

Ο Γνωμοδοτών

Θωμάς Ι. Καζάκος

Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

Γίνεται αποδεκτή
Θεσσαλονίκη 6/11/2018.....

Ο ΠΡΥΤΑΝΗΣ

ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ ΣΤΥΛΙΑΝΟΣ Δ. ΚΑΤΡΑΝΙΔΗΣ