



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

**ΑΡΙΘΜΟΣ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ: 200/2010**

**ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

**ΣΤ' ΤΜΗΜΑ**

**Συνεδρίαση της 11<sup>ης</sup> Μαΐου 2010**

**ΣΥΝΘΕΣΗ:**

**Πρόεδρος:**

Βασίλειος Κοντόλαιμος, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

**Νομικοί Σύμβουλοι:**

Πέτρος Τριανταφυλλίδης, Ανδρέας Χαρλαύτης,  
Σπυρίδων Παπαγιαννόπουλος, Αικατερίνη Γρηγορίου,  
Βασιλική Τύρου, Κουήν Χουρμουζιάν.

**Εισηγήτρια :**

Αναστασία Ζαφειριάδου, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

**Ερώτημα:**

Υπ' αριθ. πρωτ. 163/6-4-2010 έγγραφο του Υπουργείου  
Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης.

**Περίληψη ερωτήματος:** Αν η εκμετάλλευση τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών από υπάλληλο του Σ.Ε.Π.Ε. εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 31 παρ. 3 του Ν. 3528/2007.

Επί του ως άνω ερωτήματος το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (ΣΤ΄ Τμήμα) γνωμοδότησε ως ακολούθως:

I. 1. Με τις διατάξεις του άρθρου 31 παρ. 1, 2 και 3 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα (Ν. 3528/2007, ΦΕΚ Α΄26) ορίζεται ότι : «1. Μετά από άδεια ο υπάλληλος μπορεί να ασκεί ιδιωτικό έργο ή εργασία με αμοιβή, εφόσον 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 ..... 3. Δεν επιτρέπεται στον υπάλληλο η κατ' επάγγελμα άσκηση εμπορίας».

2. Περαιτέρω, με τη διάταξη του άρθρου 1 του Εμπορικού Νόμου ορίζεται ότι : «Έμποροι είναι όσοι μετέρχονται πράξεις εμπορικής και κύριον επάγγελμα έχουν την εμπορίαν».

3. Ποιες 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 εμπορικής : τας αγοράς προϊόντων γής ή τέχνης, τας οποίας ήθελε κάμει τις, δια να μεταπωλήση ταύτα ακατέργαστα, ως τα ηγόρασεν ή κατειργασμένα και μεταποιημένα εις χειροτεχνήματα, είτε επί σκοπώ να μισθώση απλώς την χρήσιν αυτών, πάσαν επιχείρησιν χειροτεχνιών, παραγγελίας ή μετακομίσεως δια γής 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, οποιοιδήποτε 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.ά.

4. Εξάλλου, με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 και 7 του Ν. 2160/1993 «Ρυθμίσεις για τον Τουρισμό και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 118), όπως ισχύει, ορίζεται ότι: «Τουριστικά καταλύματα είναι οι τουριστικές επιχειρήσεις που υποδέχονται τουρίστες και παρέχουν σε αυτούς διαμονή και άλλες συναφείς προς τη διαμονή υπηρεσίες, όπως εστίαση, ψυχαγωγία, αναψυχή, άθληση και διακρίνονται ..... , ως εξής : Α. Κύρια ξενοδοχειακά καταλύματα ..... Β. Μη κύρια ξενοδοχειακά καταλύματα : α. Τουριστικές επιπλωμένες επαύλεις ή κατοικίες. β. Ενοικιαζόμενα δωμάτια σε συγκρότημα μέχρι 10 δωματίων. γ. Ενοικιαζόμενα επιπλωμένα διαμερίσματα. Γ. .... 2..... 7. Δεν θεωρούνται τουριστικά καταλύματα τα ακίνητα, τα οποία αποδεδειγμένα εκμισθώνονται εν όλω ή εν μέρει για προσωρινή διαμονή του ίδιου του μισθωτή με μίσθωμα που ορίζεται κατά μήνα είτε συνολικά για όλη τη διάρκεια της μίσθωσης, εφόσον η μίσθωση υπερβαίνει τις ενενήντα (90) ημέρες .....».

Όσον αφορά στις παρεχόμενες προς τους πελάτες των μη κυρίων ξενοδοχειακών καταλυμάτων υπηρεσίες, με τη διάταξη της παρ. 16 περ. δ και ε της υπ' αριθ. 436/14-1-2010 απόφασης της Υφυπουργού Πολιτισμού και Τουρισμού «Καθορισμός ελαχίστων τιμών των ενοικιαζομένων δωματίων, ενοικιαζομένων επιπλωμένων διαμερισμάτων καθώς και των τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών και επαύλεων, για το χρονικό διάστημα από 1-1-2010 μέχρι 31-12-2010» (ΦΕΚ Β' 44) ορίζεται ότι «Στις ελάχιστες τιμές της παρούσας καθώς και στις εγκεκριμένες περιλαμβάνεται επίσης η παροχή των ακόλουθων αγαθών και υπηρεσιών, ήτοι: α)..... β)..... γ)..... δ) Καθημερινός καθαρισμός και αλλαγή του ιματισμού κάθε δύο μέρες στα καταλύματα τεσσάρων κλειδιών. ε) Καθαρισμός και αλλαγή του ιματισμού κάθε δύο μέρες

στις υπόλοιπες κατηγορίες κλειδιών». Οι ίδιες παροχές προς τους πελάτες ορίζονται και στις προγενέστερες ετήσιες αποφάσεις καθορισμού ελάχιστων τιμών ενοικίασης των ως άνω καταλυμάτων [βλ. Υ.Α. 913/20-1-2009 (ΦΕΚ Β΄ 87), 21359/31-12-2007 (ΦΕΚ Β΄ 46/12-1-2008, 17084/29-12-2006 (ΦΕΚ Β΄ 2-1-2007) κλπ].

5. Τέλος, με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 2081/1992 «Ρύθμιση του θεσμού των Επιμελητηρίων, ..... και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 154, Διορθ. σφαλμ. ΦΕΚ Α΄ 177), όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 19 του Ν. 3419/2005 «Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ) 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»..

II. 1. 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 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 κάποιος 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. Ν.Σ.Κ. 378/2002, 368/2005 (ατομ.), Ν. Ρόκας : «Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου (I) Γενικό Μέρος 2<sup>η</sup> εκδ. 1998, σελ. 24].

2. 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 2η έκδοση σελ. 24, Ε Περάκης: «Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου» έκδοση 1999 σελ. 241, Ι. Ρόκας: «Εμπορικό Δίκαιο» έκδ. 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. Θεσσ. 1088/1989 Δνη 1989.1022, Εφ. Πειρ. 984/1985 ΕΕμπΔ 1986.56), ως λ.χ. του υπαλλήλου νομικού προσώπου

δημοσίου δικαίου (Εφ.Αθ. 928/1966 ΕλλΔ. 7.712), ή δραστηριότητα αστική (Εφ. Θεσσ. 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<sup>ος</sup> τευχ. 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 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 ΕΕμπΔ 1988.593, 651/1985, ΝοΒ 1986.542, βλ. και Γνωμ Ν.Σ.Κ. (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 κ.λ.π., γ) η χρησιμοποίηση των υπηρεσιών τρίτων προσώπων, και δ) η λογιστική παρακολούθηση της εν λόγω δραστηριότητας (Α.Π. 1209/1994 ΔΕΕ 1995.46 και ΕλλΔνη 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 καταστημάρχη 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: ο.π. σελ. 97-98, Γνωμ. Ν.Σ.Κ. (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 την απόκτηση της εμπορικής ιδιότητας (Ν. Ρόκας : ο.π.).

3. 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 ή 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 ).

4. Εξάλλου, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2 του Ν. 2160/1993 προβλέπονται τα είδη των τουριστικών καταλυμάτων, στα οποία περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, οι τουριστικές επιπλωμένες κατοικίες, ορίζεται δε ρητά ότι αυτά αποτελούν τουριστικές επιχειρήσεις με την εξαίρεση της παρ. 7 του εν λόγω άρθρου, αν, δηλαδή, αποδεχθεί ότι το ακίνητο εκμισθώνεται για χρονικό διάστημα άνω των 90 ημερών σε ένα πρόσωπο ή κατά τμήματα σε περισσότερους με μίσθωμα, που ορίζεται κατά μήνα ή για όλη τη διάρκεια της μίσθωσης, και ότι τα πρόσωπα αυτά διαμένουν τα ίδια στο ακίνητο κατά το παραπάνω χρονικό διάστημα (ΣτΕ 2229/2006 δημ.ΝΟΜΟΣ).

Περαιτέρω, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των περ. δ και ε της παρ. 16 της υπ' αριθ. 436/2010 υπουργικής απόφασης, προβλέπεται ρητά ότι στις ελάχιστες τιμές που καθορίζονται με αυτήν, καθώς και στις εγκεκριμένες, για τις τουριστικές επιπλωμένες κατοικίες περιλαμβάνεται, επίσης, αντιστοίχως η παροχή προς τους πελάτες αφενός μεν υπηρεσιών καθημερινού καθαρισμού και αλλαγής του ιματισμού κάθε δύο μέρες στα καταλύματα τεσσάρων κλειδιών, αφετέρου δε υπηρεσιών καθαρισμού και αλλαγής του ιματισμού κάθε δύο μέρες στις υπόλοιπες κατηγορίες κλειδιών.

Από τη νομολογία έχει ήδη κριθεί ότι είναι πράξεις εμπορικές η άσκηση ξενοδοχειακής επιχείρησης (ΑΠ 33/1969 Ε.Εμπ.Δ. 20.364, Εφ. Θεσσαλ. 1701/1992 Αρμ. 1992.812, Τσιριντάνης : ο.π. εκδ. 1959 σελ. 85), καθώς και η μίσθωση επιπλωμένων διαμερισμάτων με σκοπό την εκμίσθωσή τους σε τρίτους παραθεριστές με κέρδος (ΑΠ 196/1995 ΔΕΕ 1995.499 και ΕΕΝ 1996.185). Επιπλέον με την υπ' αριθ. 505/2008 γνωμοδότηση του Β' Τμήματος του Ν.Σ.Κ. έχει γίνει δεκτό κατά πλειοψηφία ότι η εκμετάλλευση ενοικιαζομένων δωματίων αποτελεί οργανωμένη επιχειρηματική δραστηριότητα, η οποία ασκείται με σκοπό το κέρδος, και ότι, κατά συνέπεια, η επιχείρηση ενοικιαζομένων δωματίων αποτελεί άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, ανεξάρτητα από το εάν ο ιδιοκτήτης ή ο εκμεταλλευόμενος τα δωμάτια αυτά απασχολείται ο ίδιος αυτοπροσώπως ή όχι στην επιχείρηση αυτή.

5. Ειδικότερα, όσον αφορά στην εκμετάλλευση ενοικιαζόμενων επιπλωμένων δωματίων και διαμερισμάτων και τουριστικών επιπλωμένων

κατοικιών, η υπέρ της εμπορικότητάς της γνώμη ευρίσκει νομοθετικό έρεισμα και στη φορολογική νομοθεσία.

Στο άρθρο 33 παρ. 6 περ. α και β του Ν. 2238/1994 « Κύρωση του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος » (ΦΕΚ Α' 151), όπως αυτό ισχύει, η εκμετάλλευση ενοικιαζόμενων επιπλωμένων δωματίων και διαμερισμάτων χαρακτηρίζεται, ομοίως, ως επιχείρηση, απλώς, όμως, δίνεται στην επιχείρηση αυτή το δικαίωμα, εάν εκμεταλλεύεται μέχρι και επτά δωμάτια, να ζητήσει την απαλλαγή της από την υποχρέωση τήρησης όλων των βιβλίων του Κ.Β.Σ. με παράλληλη προσαύξηση του φόρου κατά 15%. Περαιτέρω, στο άρθρο 10 παρ. 5 περ. α του Π.Δ. 186/1992 « Κώδικας Βιβλίων και Στοιχείων» (ΦΕΚ Α'84) ο εκμεταλλευτής επιπλωμένων διαμερισμάτων και οικιών χαρακτηρίζεται επιτηδευματίας. Αξίζει, πάντως, να σημειωθεί ότι στην υπ' αριθ. πρωτ. 1118148/936/24-11-1992 (υπ' αριθ. 3) ερμηνευτική εγκύκλιο για την εφαρμογή του Κ.Β.Σ. στο άρθρο 10.5.1 αναφέρεται ότι « ο εκμεταλλευτής επιπλωμένων δωματίων, διαμερισμάτων και οικιών έχει την υποχρέωση τήρησης βιβλίου κίνησης πελατών ( πόρτας), εφόσον παρέχει και φροντίδα περιποίησης, δηλαδή την υποχρέωση παροχής ορισμένων υπηρεσιών, όπως καθαριότητα δωματίων, κοινοχρήστων χώρων, παροχής λευκών ειδών, επιμέλεια τακτοποίησης κλινών κλπ. Το εισόδημα που αποκτάται από τη δραστηριότητα αυτή είναι εισόδημα από εμπορική επιχείρηση (Δ' πηγή). Αντίθετα, αν ενοικιάζονται επιπλωμένα δωμάτια, διαμερίσματα και οικίες, χωρίς να παρέχονται στους πελάτες και οι απαραίτητες υπηρεσίες ξενοδοχείου, τότε το εισόδημα θεωρείται ότι προέρχεται από εκμίσθωση οικοδομών (Α' πηγή) και δεν υπάρχει υποχρέωση τήρησης βιβλίων του Κώδικα γι' αυτή τη δραστηριότητα (εκμίσθωση)».

Βεβαίως, κατά τα γενόμενα δεκτά από τη θεωρία, το φορολογικό δίκαιο αποτελεί αυτοτελή και αυτόνομο κλάδο του δικαίου και διέπεται από δικούς του κανόνες και αντιλήψεις. Έτσι, υπάρχουν έννοιες του ιδιωτικού δικαίου, οι οποίες έχουν διαφοροποιηθεί στο φορολογικό δίκαιο νομοθετικά ή νομολογιακά. Ειδικότερα, ενώ ορισμένες πράξεις δεν είναι εμπορικές κατά τον Εμπορικό Νόμο, είναι δυνατό να προβλέπονται ως τέτοιες από τη φορολογική νομοθεσία και το εισόδημα που αποκτάται από αυτές να φορολογείται σαν εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις. Επίσης, στο φορολογικό δίκαιο η έννοια του εμπόρου είναι ευρύτερη της έννοιας που έχει

στο εμπορικό δίκαιο. Και τούτο γιατί, ανεξάρτητα από τη νομική φύση (εμπορική ή αστική) των επιχειρουμένων πράξεων και την απόκτηση ή όχι κατά το Εμπορικό Δίκαιο της ιδιότητας του εμπόρου, αρκεί ο φορολογούμενος να έχει έσοδα από την συστηματική άσκηση οποιουδήποτε επαγγέλματος, που δεν περιλαμβάνεται στα περιοριστικά στο νόμο κατονομαζόμενα ελευθέρια επαγγέλματα, προκειμένου να υποβληθεί στην φορολογία εισοδήματος ως ασκών εμπορική επιχείρηση (Γνωμ. Ολ. Ν.Σ.Κ. 90/2008 με παραπομπές σε συγγράμματα).

Κατά συνέπεια, να μεν οι προπαρατεθείσες διατάξεις του φορολογικού δικαίου δεν είναι αναγκαίως προσδιοριστικές για την ερμηνεία των κρίσιμων εν προκειμένω διατάξεων και την απάντηση στο τεθέν ερώτημα, πλην όμως, ενισχύουν την άποψη της εμπορικότητας της πράξης εκμετάλλευσης τουριστικών καταλυμάτων εν γένει ( κυρίων ή μη κυρίων ξενοδοχειακών καταλυμάτων), ιδίως σε περίπτωση παροχής υπηρεσιών ξενοδοχείου κατά τα ανωτέρω (καθαριότητας δωματίου και κοινοχρήστων χώρων, παροχής λευκών ειδών, επιμέλειας τακτοποίησης κλινών κλπ.)

III. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η Θ.Κ., υπάλληλος Π.Ε. Χημικός του Τμήματος Τεχνικής και Υγειονομικής Επιθεώρησης Χανίων, υπέβαλε στο Υπηρεσιακό Συμβούλιο του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης την από 28-7-2008 αίτηση προκειμένου να της χορηγηθεί άδεια ώστε να κάνει έναρξη εργασιών στην εφορία για τη λειτουργία και εκμετάλλευση δύο τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών 5 υπνοδωματίων με 8 κλίνες, που έχει στην ιδιοκτησία της στην παλαιά πόλη των Χανίων. Στην ίδια αίτηση η ανωτέρω υπάλληλος ανέφερε, επιπλέον, ότι είχε ζητήσει από τον Ε.Ο.Τ. την χορήγηση άδειας λειτουργίας και ότι εκκρεμεί η χορήγηση του αντίστοιχου σήματος, ότι οι εν λόγω κατοικίες θα λειτουργούν την τουριστική περίοδο, ότι θα απαλλαγεί της υποχρέωσης τήρησης των βιβλίων του Κ.Β.Σ. με προσαύξηση του φόρου της κατά 15%, ότι δεν θα απασχολεί προσωπικό, καθότι οι κατοικίες είναι πλήρως εξοπλισμένες, και ότι οι διαμένοντες θα καλύπτουν οι ίδιοι τις ανάγκες διατροφής και καθαριότητας.

Σε επιστολή της με ημερομηνία 19-11-2009 η ως άνω αιτούσα αναφέρει ότι οι υποχρεώσεις, που θα έχει η ίδια, είναι η αλλαγή σεντονιών και

πετσετών και ο καθαρισμός των κατοικιών ανά 4 ή 5 ημέρες κατόπιν συμφωνίας με τους πελάτες, τις οποίες θα φέρνει σε πέρας μόνη της, εκτός ωραρίου εργασίας, και ότι θα εγγραφεί, όπως απαιτείται, στο Επιμελητήριο Χανίων.

Σε νεώτερη με ημερομηνία 1-3-2010 επιστολή της η ίδια αιτούσα αναφέρει ότι έχει ανακατασκευάσει τις δύο κατοικίες, ότι τα χρήματα που ξόδεψε για το σκοπό αυτό και το γεγονός, ότι έχει τρία παιδιά και επομένως οικογενειακά έξοδα, δεν της επιτρέπει να τις κρατά κλειστές, ότι δεν επιθυμεί τη μόνιμη, σε ετήσια βάση ενοικίασή τους, αλλά την ενοικίασή τους ως τουριστικού καταλύματος σε ημερήσια ή εβδομαδιαία βάση, προσθέτει δε ότι πρόθεσή της δεν είναι να γίνει ξενοδόχος, αλλά να μπορέσει να έχει ένα επιπλέον εισόδημα. Τέλος, αναφέρει ότι έχει έρθει σε επαφή με τουριστικό πρακτορείο το οποίο θα διαφημίζει τις κατοικίες μέσα από την ιστοσελίδα του και θα της παρέχει πελάτες, που πιθανόν θα εκδηλώσουν ενδιαφέρον, καταλήγει δε, διαφοροποιούμενη σε σχέση με όσα παλαιότερα είχε αναφέρει, ότι υποχρέωσή της θα είναι ο καθαρισμός και η αλλαγή ιματισμού στις κατοικίες δύο φορές εβδομαδιαίως.

IV. 1. Μετά την υποβολή της από 28-7-2008 αίτησης ζητήθηκαν από το Υπουργείο οι απόψεις της Διεύθυνσης Διοίκησης Ανθρώπινου Δυναμικού / Τμ. Δικαιωμάτων και Υποχρεώσεων του Υπουργείου Εσωτερικών. Στο υπ' αριθ. πρωτ. ΔΙΔΑΔ/Φ.57/207/27398/10-11-2008 απαντητικό έγγραφο της εν λόγω Υπηρεσίας υπογραμμίζονται : α) οι ρυθμίσεις του άρθρου 33 παρ. 6 του Ν. 2238/1994, που προαναφέρθηκαν, β) τα αναφερόμενα στο άρθρο 10.5.1 της υπ' αριθ.1118148/936/24-11-1992 εγκυκλίου, που επίσης προαναφέρθηκαν, γ) ότι θα πρέπει να εξεταστεί εάν στη συγκεκριμένη τουριστική εκμετάλλευση συντρέχουν προϋποθέσεις, όπως η συστηματική επιδίωξη βιοπορισμού, καθώς και λοιπά στοιχεία, όπως π.χ. η εγγραφή στο οικείο επιμελητήριο, δίδοντας ιδιαίτερη βαρύτητα στο εάν για τη λειτουργία της εκμετάλλευσης παρέχει τις υπηρεσίες του ο ίδιος ο υπάλληλος ή μέλη της οικογενείας του χωρίς να απασχολεί προσωπικό, γεγονός το οποίο παραπέμπει σε αστική μίσθωση, και δ) ότι με βάση την ουσιαστική εκτίμηση των ανωτέρω στοιχείων θα πρέπει να κριθεί εάν η συγκεκριμένη δραστηριότητα συνιστά κατ' επάγγελμα άσκηση εμπορίας.



Ζητήθηκαν, επίσης, οι απόψεις της αρμόδιας Δ/σης Εμπορικών Οργανώσεων της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου, η οποία με το υπ' αριθ. πρωτ. Κ1-725/14-4-2010 έγγραφό της διατύπωσε την άποψη ότι η εκμετάλλευση τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών αποτελεί εμπορική δραστηριότητα, ούτως ώστε τα φυσικά πρόσωπα που την ασκούν εγγράφονται υποχρεωτικά στα οικεία επιμελητήρια κατ' εφαρμογή της προπαρατεθείσας διάταξης του άρθρου 1 παρ. 3 περ. α του Ν. 2081/1992, που ορίζει ότι μέλη του Επιμελητηρίου είναι υποχρεωτικά τα φυσικά πρόσωπα, που έχουν την έδρα της εμπορικής τους δραστηριότητας στην περιφέρειά του. Ταυτόσημες είναι και οι απόψεις του οικείου, στην προκειμένη περίπτωση, Επιμελητηρίου Χανίων, στο Επαγγελματικό Τμήμα του οποίου θα εγγραφεί η αιτούσα, οι οποίες διατυπώθηκαν στο υπ' αριθ. πρωτ. 4196/18-3-2010 έγγραφό του.

Άποψη επί του ερωτήματος έχει διατυπώσει και η Διεύθυνση Διοικητικής Μέριμνας και Τεχνικής Στήριξης/Τμήμα Διοικητικής Μέριμνας και Συνδρομής της Κεντρικής Υπηρεσίας του Σ.ΕΠ.Ε. με την υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 22411/3-6-2009 εισήγηση, σύμφωνα με την οποία η κατά τα ανωτέρω εκμετάλλευση τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών από την αιτούσα δημόσια υπάλληλο θα αποτελεί άσκηση εμπορίας εκ μέρους της.

V. Κατά την ενώπιον του Τμήματος συζήτηση επί του ερωτήματος διατυπώθηκαν οι εξής δύο γνώμες:

1. Γνώμη της πλειοψηφίας, που απαρτίσθηκε από τον Πρόεδρο του Τμήματος Βασίλειο Κοντόλαιμο, Αντιπρόεδρο Ν.Σ.Κ., και τους Νομικούς Συμβούλους Πέτρο Τριανταφυλλίδη, Ανδρέα Χαρλαύτη, Σπυρίδωνα Παπαγιαννόπουλο, Αικατερίνη Γρηγορίου και Κουήν Χουρμουζιάν (ψήφοι έξι), την οποία υποστήριξε και η εισηγήτρια Πάρεδρος (γνώμη χωρίς ψήφο):

Ενόψει των προπαρατεθεισών διατάξεων, της δοθείσας ερμηνείας τους, της προαναφερθείσας νομολογίας, των απόψεων, που έχουν διατυπωθεί από τη θεωρία, καθώς και των απόψεων, που, κατά τα ανωτέρω, έχουν διατυπωθεί από Υπηρεσίες και φορείς, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων εκάστου, η εκμετάλλευση τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών, στις οποίες, μάλιστα, παρέχεται και φροντίδα περιποίησης, όπως καθαριότητα δωματίων, παροχή και αλλαγή λευκών ειδών κ.λ.π., αποτελεί, ανεξάρτητα από τη

χρησιμοποίηση ή μη προσωπικού, πράξη εμπορική, η οποία ασκούμενη κατά σύνηθες επάγγελμα προσδίδει στο διενεργούν αυτήν υποκείμενο την εμπορική ιδιότητα.

Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση, ενόψει του συγκεκριμένου πραγματικού, η εκ μέρους της αιτούσας, δημοσίας υπαλλήλου, εκμετάλλευση των προαναφερθεισών δύο τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών, στις οποίες θα παρέχονται, σύμφωνα με την τελευταία επιστολή της ίδιας, όπως άλλωστε προβλέπεται στην υπ' αριθ. 436/2010 Υ.Α., υπηρεσίες καθαριότητας και αλλαγής ιματισμού (πετσετών και σεντονιών) δύο φορές την εβδομάδα, αποτελεί πράξη εμπορική, η οποία θα ασκείται από αυτήν κατά σύνηθες επάγγελμα, δεδομένου ότι θα ασκείται, μετά την έναρξη εργασιών στην εφορία και την εγγραφή της στο Επαγγελματικό Τμήμα του οικείου Επιμελητηρίου, συστηματικά, με πρόθεση βιοπορισμού, με αβεβαιότητα αλλά και με ελπίδα κέρδους, στο οποίο αυτή αποβλέπει. Συνεπώς, θα αποτελεί άσκηση εμπορίας εκ μέρους της, η οποία απαγορεύεται ρητά από τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα.

2. Μειοψήφισε η Νομική Σύμβουλος Βασιλική Τύρου, η οποία διατύπωσε την εξής γνώμη:

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, κατά την τουριστική περίοδο, δύο τουριστικών επιπλωμένων κατοικιών, οι οποίες έχουν συνολικά 5 δωμάτια και 8 κλίνες, με μοναδική υποχρέωση εκ μέρους της εκμισθώτριας-δημοσίας υπαλλήλου την αλλαγή σεντονιών και τον καθαρισμό αυτών όχι σε καθημερινή βάση, αλλά, δύο φορές εβδομαδιαίως, αποτελεί κλασσικό



παράδειγμα περιστασιακής απασχόλησης, αφού η εκμίσθωσή τους γίνεται κατά την τουριστική περίοδο (Απρίλιο έως Οκτώβριο εκάστου έτους) και αν, φυσικά, υπάρχουν ενδιαφερόμενοι μισθωτές. Τα δύο αυτά στοιχεία, δηλαδή αφενός η διάρκεια της απασχόλησης και, αφετέρου, το αβέβαιο της ύπαρξης μισθωτών, καθώς 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.

VI. Ενόψει και κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, το Τμήμα γνωμοδοτεί κατά πλειοψηφία ότι επί του τεθέντος ερωτήματος προσήκει η ως άνω αναλυτικώς διδόμενη καταφατική απάντηση.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 10 -6-2010

Ο Πρόεδρος του Τμήματος

ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ Ν. ΚΟΝΤΟΛΑΙΜΟΣ  
ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ Ν.Σ.Κ.

Η Εισηγήτρια



ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΖΑΦΕΙΡΙΑΔΟΥ  
ΠΑΡΕΔΡΟΣ Ν.Σ.Κ.