

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός Γνωμοδοτήσεως 391/2010
ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Δ' ΤΜΗΜΑΤΟΣ
Συνεδρίαση 23-11-2010

Σύνθεση

Πρόεδρος: Δημήτριος Αναστασόπουλος, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.
Νομικοί Σύμβουλοι: Βλάσης Βούκαλης, Ανδρέας Φυτράκης, Ιωάννης Τριαντος, Γεώργιος Λάζος, Στέφανος Δέτσης, Ιωάννης Χαλκιάς και Γεώργιος Ανδρέου.

Εισηγητής: Περικλής Αγγέλου, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ. (γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός Ερωτήματος: Υπ' αριθμ. 3495/16-9-2010 ερώτημα Δ/σης Οικονομικού και Διοικητικής Υποστήριξης, Τμήματος Διοικητικού, Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται εάν η άσκηση ελευθερίου επαγγέλματος από υπάλληλο της Υπηρεσίας, ειδικότητας Ψυχολόγου, με διατήρηση γραφείου παροχής υπηρεσιών της ειδικότητός του, εμπίπτει στην κατηγορία άσκησης ιδιωτικού έργου με αμοιβή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 31 παρ. 1 ν. 3528/2007 και όχι στην κατηγορία της κατ' επάγγελμα άσκησης εμπορίας της διάταξης της παρ. 3 του ίδιου άρθρου.-

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Δ' τμήμα του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους γνωμοδότησε ως ακολούθως:

I. Με τις κατωτέρω διατάξεις του άρθρου 31 ν. 3528/2007 περί του Κώδικος Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων ΝΠΔΔ (ΦΕΚ. Α' /2007) ορίζονται τα εξής: **Παρ. 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». **Παρ. 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 νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από το ανώτατο μονομελές όργανο διοίκησης και αν δεν υπάρχει τέτοιο όργανο, από τον πρόεδρο του συλλογικού οργάνου

Διοίκησης». **Παρ.3** «Δεν επιτρέπεται στον υπάλληλο η κατ' επάγγελμα άσκηση εμπορίας». **Παρ. 4** «Ειδικές απαγορευτικές διατάξεις διατηρούνται σε ισχύ».

Περαιτέρω με την διάταξη του άρθρου 1 του **Εμπορικού Νόμου** (Β.Δ. της 19 Απριλίου /1 Μαΐου 1835) ορίζεται ότι «Έμποροι είναι όσοι μετέρχονται πράξεις εμπορικές και κύριον επάγγελμα έχουν την εμπορίαν».

II. Με τις διατάξεις του άρθρου 31 ν. 3528/2007 σκοπείται η εύρυθμη λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών και η αποφυγή ενδείξεων παραμελήσεως των κυρίων καθηκόντων των υπαλλήλων. Κατά συνέπεια η παράλληλη άσκηση εκ μέρους του υπαλλήλου και άλλων καθηκόντων επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση, κατόπιν αδείας του αρμοδίου Υπουργού και μετά από έκφραση αιτιολογημένης και σύμφωνης γνώμης του Υπηρεσιακού Συμβουλίου, κατόπιν εκτιμήσεως των συγκεκριμένων περιστάσεων, έτσι ώστε να μην αποβαίνει σε βάρος των κυρίων καθηκόντων του υπαλλήλου και της ομαλής διεξαγωγής της δημόσιας υπηρεσίας. (βλ. σχετ. Εφ. Αθ. 9329/2002, 7975/1987, εκδοθείσες υπό την ισχύ των ομοίων, κατά βάση, διατάξεων του άρθρου 77 ΠΔ 611/1977). Όπως έχει κριθεί από την Ολομέλεια του Ν.Σ.Κ. με την υπ' αριθμ. 382/2008 γνωμοδότησή της, οι προϋποθέσεις έκδοσης από την Διοίκηση της προβλεπόμενης αδείας είναι σωρευτικά, οι εξής: α) Η άδεια πρέπει να αφορά σε ιδιωτικό έργο ή εργασία δηλ. να παρέχεται προς ιδιώτη με σκοπό την αμοιβή του ενδιαφερομένου. Ως ιδιωτικό έργο ή εργασία νοείται τόσο η παροχή αυτής ταύτης εξηρημένης εργασίας όσο και η προσφορά υπηρεσιών ελευθέρου επαγγέλματος, δηλαδή της παροχής έργου ή ανεξαρτήτων υπηρεσιών, με διαρκή, σταθερή και συστηματική απασχόληση, επί συγκεκριμένου αντικειμένου, χωρίς να τελεί ο υπάλληλος σε σχέση εξάρτησης με τον εργοδότη, (βλ. σχετ. και την νεώτερη ΝΣΚ 447/2009), ακόμη και η μίσθωση έργου κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 681 Α.Κ. επ. Παρατηρείται ενταύθα ότι η παροχή έργου ή εργασίας είναι δυνατόν να αφορά και σε δημόσιες επιχειρήσεις του Δημοσίου τομέα (βλ. σχετ. σχετ. Τάχου-Συμεωνίδη «Ερμηνεία Υπαλληλικού Κώδικα», Γ' εκδ. σελ. 364), ή ακόμη και σε ΝΠΔΔ, όπως οι Ο.Τ.Α. με επιφύλαξη των διατάξεων περί πολυθεσίας, αρκεί η έννομη σχέση που συνδέει τα μέρη να έχει ιδιωτικό χαρακτήρα, καθόσον η έννοια του «ιδιωτικού» αντιδιαστέλλεται προς το «Δημόσιο» (σχετ. Τάχου-Συμεωνίδη ο.π.). β) το σχετικό έργο του υπαλλήλου πρέπει να συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του, δηλ. να συνάδει προς το αντικείμενο της αρμοδιότητας που ασκεί, να μην μειώνει το κύρος της Υπηρεσίας, και να μην παρεμποδίζει την ομαλή άσκηση των καθηκόντων του. Δραστηριότητα η οποία δύναται να προκαλέσει στον υπάλληλο σύγχυση μεταξύ του δημοσίου καθήκοντος και της ιδιωτικής του δράσης, αλλά και σύγκρουση του ιδιωτικού του συμφέροντος προς το συμφέρον της υπηρεσίας, δεν συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του (βλ. σχετ. και ΝΣΚ 447/2009 ο.π.) Εξ' ετέρου η αιτούμενη από τον υπάλληλο άδεια χορηγείται: 1) Για συγκεκριμένο ιδιωτικό έργο ή εργασία, δηλ. μόνο γι' αυτό που ρητά ο υπάλληλος αιτείται, δεδομένου ότι σε



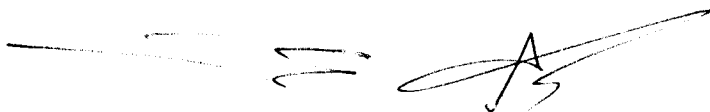
περίπτωση αορίστου αιτήματος θα καθίστατο αδύνατος ο επιβαλλόμενος έλεγχος συνδρομής των ανωτέρω προϋποθέσεων, με αποτέλεσμα την καταστρατήγηση των σχετικών διατάξεων. 2) Μετά σύμφωνη γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου, που έχει δεσμευτική ισχύ για το όργανο που αποφασίζει, ενώ η πλημμέλεια της αιτιολογίας συνιστά την μη τήρηση ουσιώδους τύπου διαδικασίας, η οποία συνεπάγεται ακυρότητα.

Περαιτέρω από την παρατεθείσα διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του Υπαλληλικού Κώδικα προκύπτει σαφώς ότι η εκ μέρους του δημοσίου υπαλλήλου άσκηση εμπορίας απαγορεύεται και είναι ολοκληρωτικά ασυμβίβαστη με την ιδιότητα αυτού. Δέον να επισημανθεί ότι η εν λόγω διάταξη απαγορεύει την κατ' **επάγγελμα** άσκηση της εμπορίας, δηλαδή την **κτήση** της εμπορικής ιδιότητας και όχι την απλή διενέργεια ορισμένων εμπορικών πράξεων (βλ. σχετ. ΝΣΚ 378/2002, 368/2005).

Εξ άλλου γίνεται δεκτό ότι παρά την γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 1 Εμπ. Ν. ο νόμος αρκείται για την απόκτηση της ιδιότητας του εμπόρου στην κατ' **σύνηθες** επάγγελμα ενέργεια εμπορικών πράξεων, και δεν απαιτεί την κατ' κύριο επάγγελμα ενέργεια των πράξεων αυτών. Κατά συνέπεια η εκ παραλλήλου άσκηση δύο επαγγελματιών δεν αποκλείει την απόκτηση της εμπορικής ιδιότητας, έστω και αν το κύριο επάγγελμα δεν είναι εμπορικό (βλ. σχετ. Περάκη «Γενικό μέρος του Εμπορικού Δικαίου» σελ. 241, Κ. Ρόκα «Εμπορικών Δίκαιον», Γενικό Μέρος, εκδ. Δ', σελ. 53). Επίσης η κτήση της εμπορικής ιδιότητας συνιστά πραγματικό γεγονός, κατά το ουσιαστικό κριτήριο, το οποίο χρήζει ανάλογης απόδειξης. Η άσκηση εμπορίας είναι επίσης πραγματικό, κατά βάση, γεγονός που προϋποθέτει προηγούμενη έρευνα των επαγγελματιών συνθηκών. Συνεπώς η κρίση, εάν κάποιος πρόσωπο έχει την εμπορική ιδιότητα, δύναται να εξαχθεί μόνο μετά από περιπτωσιολογική εξέταση της υπ' αυτού ασκούμενης επαγγελματικής δραστηριότητας, ως και των συνθηκών άσκησης αυτής.

Περαιτέρω γίνεται δεκτό, ότι οι πράξεις τόσο των ελευθέρων επαγγελματιών, δηλαδή δικηγόρων, ιατρών, αρχιτεκτόνων κλπ, όσο και η εν γένει επιστημονική και καλλιτεχνική δράση δεν έχουν εμπορικό χαρακτήρα. Ως αιτιολογία δε αποκλεισμού της εμπορικότητας προβάλλεται, κατ' ουσίαν, ο ιδιαίτερα στενός προσωπικός δεσμός των προσώπων αυτών που υπάρχει με την πελατεία των, σε αντίθεση με εκείνη των εμπόρων. Ο αποκλεισμός, όμως, αυτός της εμπορικότητας δεν μπορεί να είναι απερίοριστος. Τούτο διότι δεν αποκλείεται η μη εμπορική επαγγελματική δράση του φυσικού προσώπου να γίνει εμπορική, εάν αποτελέσει το σκοπό εμπορικής εταιρείας και εν γένει οργανωμένης επιχείρησης (βλ. σχετ. Περάκη ο.π. σελ. 189 και 201 επ., βλ. επίσης Σταυρόπουλου «Ερμηνεία Εμπορικού και Ναυτικού Δικαίου», Δ' εκδ. σελ. 16 και 40, Ρόκα ο.π. σελ. 53).

III. Στο προκείμενο δίδεται ότι υπάλληλος της ερωτώσας Υπηρεσίας έχει ζητήσει την χορήγηση άδειας άσκησης ιδιωτικού έργου παροχής υπηρεσιών ψυχολόγου σε ιδιωτικό γραφείο που θα διατηρεί εκτός ωραρίου της υπηρεσίας. Κατά την ομόφωνη γνώμη του



τμήματος και σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά ανωτέρω, η ενασχόληση τούτου, κατ' αρχάς, δεν εμπίπτει στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 31 παρ. 3 του ν. 3528/2007 περί άσκησης εμπορίας, υπό την απαραίτητη προϋπόθεση ότι η προσφορά των υπηρεσιών του ενδιαφερομένου δεν θα λαμβάνει χώρα εντός των πλαισίων της λειτουργίας εμπορικής εταιρείας και εν γένει οργανωμένης επιχείρησης, στη Διοίκηση δε εναπόκειται να κρίνει αν το έργο αυτό συνάδει με το αντικείμενο της αρμοδιότητας που ασκεί, δεν μειώνεται το κύρος της Υπηρεσίας και δεν παρεμποδίζεται η άσκηση των καθηκόντων του.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 6-12-2010

Ο Πρόεδρος του Τμήματος

Δημήτριος Β. Αναστασόπουλος
Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Ο Εισηγητής

Περικλής Αγγέλου

Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.