

ΕΘΝΙΚΗ ΣΧΟΛΗ ΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΛΕΙΤΟΥΡΓΩΝ

Εισήγηση Ιουλίας Αργυροπούλου, Εφέτη Θεσσαλονίκης

Θεσσαλονίκη 13-10-2016

Έμπορος - Υπαγωγή του μικρεμπόρου στην προστασία του ν. 2869/2010

Εισαγωγικά

Λογικά, η πτώχευση μπορεί να αφορά κάθε αφερέγγυο πρόσωπο, κάθε πρόσωπο δηλαδή που αδυνατεί να εκπληρώσει το σύνολο των οφειλών του, είτε λόγω υπερχρέωσης (όταν το παθητικό της περιουσίας του υπερέχει του ενεργητικού της) είτε λόγω παύσης πληρωμών (όταν ο κλονισμός της οικονομικής του υπόστασης είναι ανεπανόρθωτος, οπότε η αδυναμία του εκπλήρωσης των χρεών του είναι μόνιμη και γενική). Για το λόγο αυτό ορισμένες έννομες τάξεις επεκτείνουν την πτωχευτική ικανότητα σε οποιονδήποτε οφειλέτη, και το ζήτημα των περιπτώσεων αδυναμίας πληρωμών φυσικών προσώπων, χωρίς ή με επουσιώδη αυτοδύναμη οικονομική δραστηριότητα, υπάγεται στις διατάξεις του πτωχευτικού δικαίου (Σπ. Ψυχομάνη, *Πτωχευτικό Δίκαιο και Δίκαιο ρύθμισης οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων*, έκδ. 2012, σελ. 508). Ωστόσο, τόσο ο εμπορικός μας νόμος όσο και το νέο Πτωχευτικό Δίκαιο προβλέπουν πτωχευτική ικανότητα μόνο των εμπόρων φυσικών και νομικών προσώπων, με μόνη εξαίρεση (του ΠτΚ) τις ενώσεις προσώπων με νομική προσωπικότητα που επιδιώκουν οικονομικό σκοπό (συνεπώς όχι υποχρεωτικά εμπορικό), εξαίρεση η οποία ελάχιστα απομειώνει τη σημασία της εμπορικής ιδιότητας. Μάλιστα το νέο Πτωχευτικό Δίκαιο κράτησε και την προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης για τους εμπόρους. Δικαιολογητικό λόγο της παραπάνω αντιμετώπισης του εμπόρου αποτελεί το γεγονός ότι οι κίνδυνοι και οι επιπτώσεις από την αφερέγγυότητα ενός εμπόρου, η οποία μπορεί να οφείλεται σε ποικίλους

παράγοντες, όπως π.χ. στη γενικότερη οικονομική κρίση, στην απώλεια ενός σημαντικού πελάτη, στην αύξηση του κόστους των πρώτων υλών, στην αύξηση στις τιμές των τραπεζικών επιτοκίων, στη μείωση της ζήτησης για τα συγκεκριμένα προϊόντα ή υπηρεσίες, στην απώλεια μεριδίου αγοράς, στην ανεπάρκεια της διαχείρισης ή της κεφαλαιοδότησης ή της οργάνωσης της επιχείρησης, στην ανεπάρκεια του χρησιμοποιούμενου know how, στις ατυχίες, στις καταστροφές κ.λπ., είναι σοβαρότερες και εντονότερες από ό,τι όταν πρόκειται για κάποιον μη έμπορο. Τούτο διότι, πέραν της βίωσης από τον ίδιο τον οφειλέτη έμπορο δυσμενών συνεπειών (νομικών, οικονομικών, κοινωνικών) και της εξώθησής του συχνά σε δόλιες μεθοδεύσεις προς αντιμετώπιση της κατάστασης με ριψοκίνδυνη διαχείριση, απόκρυψη ή μεταβίβαση περιουσιακών του στοιχείων, ικανοποίηση των πιεστικότερων πιστωτών του, εξαφάνιση εγγράφων και βιβλίων, δραματικές μπορεί να είναι οι επιπτώσεις της αφερεγγυότητας και σε τρίτους, όπως είναι οι εργαζόμενοι, οι πελάτες, οι προμηθευτές, τα μέλη του δικτύου διανομής, και σοβαρός είναι ο κίνδυνος μετάδοσης της κρίσης σε άλλες επιχειρήσεις, αφού η μη πληρωμή ενός χρέους οδηγεί συχνά σε αδυναμία του δανειστή να είναι ενήμερος στις δικές του υποχρεώσεις. Ένα αποτέλεσμα “ντόμινο” μπορεί να πλήξει μια σειρά επιχειρήσεων, έναν ολόκληρο κλάδο, μία περιφέρεια ή και μία ολόκληρη οικονομία (“συστημικός κίνδυνος”), (Ε. Περράκη, *Πτωχευτικό Δίκαιο*, έκδ. 2010, σελ. 2).

Το κενό της ανυπαρξίας συλλογικής διαδικασίας για τα φυσικά πρόσωπα που δεν έχουν την εμπορική ιδιότητα και τελούν σε αδυναμία πληρωμών γενική και μόνιμη, καλύπτει ο ν. 3869/2010 για τη ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων, κατά το άρθρο 1 παρ. 1 του οποίου, ουσιαστική προϋπόθεση για τη δυνατότητα υπαγωγής του οφειλέτη στις διατάξεις του είναι η έλλειψη πτωχευτικής ικανότητάς του.

Με βάση τα παραπάνω, όλα τα φυσικά πρόσωπα πλέον μπορούν να υπαχθούν σε κάποια συλλογική διαδικασία : Οι μεν έμποροι στη διαδικασία της εξυγίανσης πριν κηρυχθεί η πτώχευσή τους, κατ' άρθρα 99 επόμε. του ΠτΚ, ή μέσω της επικύρωσης σχεδίου αναδιοργάνωσης μετά την κήρυξη της πτώχευσης, κατ' άρθρα 107 επόμε. του ΠτΚ και επί αποτυχίας των ρυθμιστικών αυτών προσπαθειών και συνέχισης της πτωχευτικής διαδικασίας παρέχεται εντέλει στον πτωχεύσαντα η δυνατότητα της αποκατάστασής του με δικαστική απόφαση μετά την πάροδο δεκαετίας από την κήρυξη της πτώχευσής του, της κήρυξής του ως συγγνωστού και της εν μέρει ή εν όλω απαλλαγής του, επιπρόσθετα, από το υπόλοιπο των απαιτήσεων των πιστωτών, που δεν ικανοποιήθηκαν από την πτωχευτική περιουσία (άρθρο 170 παρ. 5 του ΠτΚ), οι δε μη έμποροι στη διαδικασία του ν. 3869/2010. Όποιος δεν έχει τη μία διαδικασία θα έχει υποχρεωτικά την άλλη (*Ε. Περάκη, Πτωχευτικό Δίκαιο, έκδ. 2010, σελ. 64-65, 412*). Και η μεν πτώχευση αποσκοπεί στη συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών του οφειλέτη με τη ρευστοποίηση της περιουσίας του ή με άλλο τρόπο που προβλέπεται από σχέδιο αναδιοργάνωσης και ιδίως με τη διατήρηση της επιχείρησής του, η δε διαδικασία που εισάγει ο ν. 3869/2010 στόχο έχει την επανένταξη του υπερχρεωμένου πολίτη στην οικονομική και κοινωνική ζωή με την επανάκτηση της οικονομικής ελευθερίας, που συνεπάγεται η εξάλειψη των χρεών που αδυνατεί να αποπληρώσει. Η επιείκεια απέναντι στον μη έμπορο οφειλέτη δικαιολογείται, μεταξύ άλλων, και από τη μειονεκτική θέση αυτού έναντι των πιστωτών του, ιδίως τραπεζών, από πλευράς πληροφόρησης και διαπραγματευτικής ισχύος και από το βαθμό της ηθικής απαξίας και την ένταση της κοινωνικής επικινδυνότητας της μη πληρωμής του χρέους του, που δεν έχει την ίδια βαρύτητα με την υπερημερία του εμπόρου και τις εντεύθεν προεκτεθείσες αλυσιδωτές συνέπειες στην αγορά (*Ε. Περάκη, Η διαδικασία του ν. 3869/2010 ως συλλογική διαδικασία, στον Τιμητικό Τόμο Νικολάου Κ. Ρόκα, έκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σ. 803*).

Πτωχευτική ικανότητα

Πτωχευτική ικανότητα, κατά τα προβλεπόμενα στη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 του ΠτΚ, έχουν οι έμποροι, καθώς και οι ενώσεις προσώπων με νομική προσωπικότητα που επιδιώκουν οικονομικό σκοπό. Συνεπώς, στη ρύθμιση του ν. 3869/2010 υπάγονται τα φυσικά πρόσωπα που δεν έχουν την ιδιότητα του εμπόρου, καθώς και τα φυσικά πρόσωπα, τα οποία ήταν έμποροι, αλλά απέβαλαν την εμπορική ιδιότητα, αρκεί μέχρι την απώλεια της εμπορικής τους ιδιότητας να μην είχαν παύσει τις πληρωμές τους.

Την εμπορική, εξάλλου, ιδιότητα, με την οποία το εμπορικό δίκαιο συνδέει πολλές συνέπειες, αποκτά το φυσικό πρόσωπο :

α) είτε κατά το ουσιαστικό σύστημα, σύμφωνα με το άρθρο 1 του ΕμπΝ, που ορίζει ότι "έμποροι είναι όσοι μετέρχονται πράξεις εμπορικής και κύριον επάγγελμα έχουν την εμπορίαν", όταν δηλαδή, το φυσικό πρόσωπο, που ενδιαφέρει εν προκειμένω, επιδιώκοντας να αποκομίσει κέρδος ο ίδιος προσωπικώς, επιχειρεί κατά σύνηθες (και όχι "κύριο", σύμφωνα με την ορθή απόδοση του γαλλικού κειμένου του άρθρου 1 του code de commerce του 1807) επάγγελμα εμπορικές πράξεις στο δικό του όνομα και για δικό του λογαριασμό, οι πράξεις δε αυτές ορίζονται στα άρθρα 2, 3 και 8 του β.δ. της 2/14.5.1835 "περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων". Ενόψει του ότι ο κατάλογος των πράξεων που περιλήφθηκαν στις παραπάνω διατάξεις, με βάση τα οικονομικά δεδομένα που ίσχυαν κατά το χρόνο έκδοσής τους (1835), δεν επαρκεί πλέον για την κάλυψη των σύγχρονων αναγκών του εμπορίου και των συναλλαγών, κάποιες εμπορικές πράξεις προβλέπονται και σε άλλες ειδικές διατάξεις (π.χ. ανάληψη υποχρέωσης από επιταγή, σύμβαση τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης,

χρηματιστηριακές συναλλαγές, πράξεις πρωτότυπα εμπορικές του

θαλάσσιου εμπορίου, συναλλάγματα που αφορούν τη ναυτική εμπορία (ΟΛΑΠ 5/1996, ΑΠ 768/2014, ΑΠ 916/2012, Σπ. Ψυχομάνη, *Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος*, έκδ. 2004, σελ. 225-230), ενώ κάποιες εθιμικά, διασταλτικά ή αναλογικά εντάχθηκαν στις παραπάνω κατηγορίες (Γ. Τριανταφυλλάκης – Γ. Γκρίτζαλης, *Εφαρμογές Εμπορικού Δικαίου*, 3Α, 2007, σελ. 14, Κ. Παμπούκη- Π. Παπαδρόσου/ Αρχανιωτάκη, *Εμπορικό δίκαιο – Εισαγωγή, Θεμελιώδεις Έννοιες*, έκδ. 2001, σελ. 119). Έτσι, για την απόκτηση από κάποιον της εμπορικής ιδιότητας, κατ' άρθρο 1 του ΕμπΝ, δεν είναι ανάγκη η άσκηση αντικειμενικά ή πρωτότυπα εμπορικών πράξεων ν' αποτελεί το μοναδικό ούτε καν το κύριο επάγγελμά του. Αρκεί να είναι το σύνηθες. Κατά μίαν άποψη, αφού το επάγγελμα κυριολεκτείται στα φυσικά πρόσωπα ως συστηματική βιοποριστική απασχόληση, η ενέργεια εμπορικών πράξεων από φυσικό πρόσωπο δημιουργεί τότε μόνον ιδιότητα εμπόρου, όταν με τις πράξεις αυτές επιδιώκεται κατά συνήθεια συστηματικός βιοπορισμός. Και επειδή συστηματική είναι η επιδίωξη βιοπορισμού όταν γίνεται με διάρκεια και με προσωπική τάξη και οργάνωση, από την άποψη αυτή το επάγγελμα ή είναι σύνηθες ή δεν είναι επάγγελμα, οπότε ο προσδιορισμός "σύνηθες" μπορεί να λείπει από τον ορισμό (Α. Γεωργακόπουλου, *Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, Τόμος Α'*, έκδ. 1984, σ. 78). Η απλή συνεπώς τέλεση εμπορικών πράξεων που γίνεται μεμονωμένα και ευκαιριακά δεν προσδίδει από μόνη της την εμπορική ιδιότητα, αλλά απαιτείται η τέλεση να γίνεται σταθερά και να έχει διάρκεια (χωρίς να είναι αναγκαίο πάντως να γίνεται συνεχώς και χωρίς διακοπές), και με πρόθεση απόκτησης επαγγέλματος, ήτοι με συστηματική επιδίωξη βιοπορισμού.

β) (την εμπορική ιδιότητα αποκτά το φυσικό πρόσωπο) είτε κατά το τυπικό σύστημα, σύμφωνα με το οποίο έμποροι είναι όσοι ασκούν ή διορίσθηκαν να ασκούν επάγγελμα, που από το νόμο χαρακτηρίζεται εμπορικό, π.χ. παραγγελιοδόχος, μεταφορέας, προμηθευτής, πράκτορας, οι ασκούντες τραπεζικές εργασίες, χρηματιστές, που χαρακτηρίζει εμπόρους ο νόμος χωρίς άλλες προϋποθέσεις (Γ. Τριανταφυλλάκης – Γ. Γκρίτζαλης, *ό.π.*, σελ. 81).

Εκτός από τα παραπάνω συστήματα την εμπορική ιδιότητα αποκτά και ο ομόρρυθμος εταίρος της ομόρρυθμης ή ετερόρρυθμης εταιρίας μόνο γιατί συμμετέχει σ' αυτές, ανεξαρτήτως δηλαδή, αν μετέρχεται ή όχι και ατομικά εμπορικές πράξεις κατά σύνηθες επάγγελμα.

Εξάλλου, κριτήρια της εμπορικότητας των πράξεων έχουν ορισθεί πολλά, όπως :

1ο κριτήριο) Η ριψοκίνδυνη, υπό την έννοια του εμπορικού κινδύνου (αβεβαιότητα) απώλειας κέρδους ή επέλευσης ζημίας, “διαμεσολάβηση” στην κυκλοφορία των οικονομικών αγαθών, στην παροχή υπηρεσιών, στην κατανομή των κινδύνων, στην πίστη (Σπ. Ψυχομάνη, *Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό μέρος, έκδ. 2004, σελ. 11*). Βέβαια η διαμεσολάβηση, όσο ευρεία έννοια και αν προσλάβει, δεν καλύπτει ολόκληρο το φάσμα της εμπορικής δραστηριότητας, ενώ το ριψοκίνδυνο ενυπάρχει, με περισσότερη ή λιγότερη ένταση, σε κάθε οικονομική δραστηριότητα και όχι μόνο στην εμπορική (Κ. Παμπούκη, *ΕπισκΕμπΔ 2003, σελ. 194*).

2ο κριτήριο) Η απλή διαμεσολάβηση, η οποία εκδηλώνεται ιδίως με την ανάληψη του ενυπάρχοντος στις εμπορικές πράξεις κινδύνου με την παροχή οικονομικής πίστης και με την έμμεση διαμεσολάβηση (βοηθητικές πράξεις), (Κ. Ρόκα, *Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος 1972, σελ. 5*).

3ο κριτήριο) Ο τύπος της επιχείρησης, χαρακτηριστικό γνώρισμα της οποίας είναι η επένδυση κεφαλαίου σε αγαθά, πιστώσεις κ.λπ., που λειτουργεί και αποδίδει χάριν αυτού, στηριζόμενη περαιτέρω στην εργασία τρίτων και όχι σ' αυτήν του επιχειρηματία και των μελών της οικογένειάς του (Κ. Παμπούκη- Π. Παπαδρόσου/Αρχανιωτάκη, *Εμπορικό δίκαιο – Εισαγωγή, Θεμελιώδεις Έννοιες, έκδ. 2001, σελ. 34 επόμε.*).

-4-

4ο κριτήριο) Η πρόθεση επίτευξης κέρδους (Κ. Βούτση, *Γενικό Εμπορικό Δίκαιο, έκδ. 2000, σελ. 212 επόμε.*).

5ο κριτήριο) Η δράση σε αγορά, δηλαδή σε χώρο δυνητικό, όπου μπορεί να συναντηθεί η προσφορά με τη ζήτηση και να συναφθούν

συναλλακτικές πράξεις (Ε. Περάκης, *Γενικό Μέρος του Εμπορικού δικαίου*, έκδ. 2011, σελ. 6-19).

Συνεπώς, τα κριτήρια εμπορικότητας είναι πολλά και μόνον ο συνδυασμός τους μπορεί να οδηγήσει σε ασφαλή συμπεράσματα περί εμπορικότητας.

Έμπορος, κατ' ακολουθίαν, είναι το πρόσωπο, φυσικό ή νομικό, το οποίο έχει καταστεί με κάποιον από τους προβλεπόμενους τρόπους φορέας της εμπορικής ιδιότητας, και γύρω από το πρόσωπό του λειτουργεί η εμπορική επιχείρηση με οργάνωση των μέσων παραγωγής που διαθέτει, με επένδυση κεφαλαίων και εκμετάλλευση και οργάνωση αυτών, συνήθως και της εργασίας τρίτων, στο πλαίσιο μιας διαρκούς επιδίωξης οικονομικού αποτελέσματος ως απότοκου του επενδυόμενου κεφαλαίου και προϊόντος της οργάνωσης της εργασίας του απασχολούμενου προσωπικού (Γ. Τριανταφυλλάκης – Γ. Γκρίτζαλης, *ό.π.*, σελ. 81).

Αναλύοντας τις παραπάνω προϋποθέσεις της εμπορικής ιδιότητας των ουσιαστικά εμπόρων, θα πρέπει να τονίσουμε ότι μπορεί να υπάρξει εμπορικό επάγγελμα ή δραστηριότητα ακόμη και όταν αυτή περιορίζεται σε μία μόνον συναλλαγή ή ένα έργο, όταν η σημασία της αντισταθμίζεται από τον όγκο αυτής της μόνης συναλλαγής ή έργου, π.χ. αγορά με σκοπό μεταπώλησης μεγάλης ποσότητας τροφίμων, ανάληψη εκτέλεσης ενός και μόνον τεχνικού έργου. Μπορεί επίσης η εμπορική δραστηριότητα να ασκείται περιοδικά, όπως π.χ. οι εποχικές της εκμετάλλευσης τουριστικών μονάδων, χιονοδρομικού κέντρου κ.λπ. Μπορεί επίσης το εμπορικό επάγγελμα να είναι ισότιμο με κάποιο άλλο, ασκούμενο από το ίδιο πρόσωπο (π.χ. το ελευθέριο επάγγελμα) ή ακόμα και πάρεργο, ασκούμενο για τη συμπλήρωση του εισοδήματος από κάποιο άλλο κύριο επάγγελμα που δεν είναι εμπορικό. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, όταν η πάρεργη δραστηριότητα ασκείται για να υποβοηθήσει απλώς την άσκηση κάποιας άλλης, μη εμπορικής ή αναπτύσσεται στα πλαίσια αυτής, χωρίς να υπάρχει το στοιχείο της αυτοτελούς επιδίωξης βιοποριστικού

οφέλους, δεν θα πρόκειται πράγματι για επαγγελματική δραστηριότητα, που ενδιαφέρει το εμπορικό δίκαιο, π.χ. ο γιατρός ορεινού χωριού που κατά την κάθοδό του στην πόλη αγοράζει συχνά φάρμακα για να τα διαθέτει (μεταπωλεί) στους ασθενείς του, που αδυνατούν να ταξιδέψουν, δεν ασκεί παράλληλη (εμπορική) δραστηριότητα, επειδή ο κύριος σκοπός του σε κάθε περίπτωση δεν είναι το εισόδημα, αλλά η υποβοήθηση του ιατρικού του έργου, από το οποίο απορρέει και το εισόδημά του, (Σπ. Ψυχομάνη, *ό.π.*, σελ. 229-230). Σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να γίνεται στάθμιση των παράλληλα ασκουμένων επαγγελματιών ή δραστηριοτήτων και, αν η άσκηση εμπορίας είναι σαφώς υποβαθμισμένη, δεν θα πρέπει να γίνεται δεκτή η ύπαρξη εμπορικής ιδιότητας στο μέτρο που οι απορρέουσες από αυτήν έννομες συνέπειες ερμηνευόμενες τελολογικά είναι αδικαιολόγητες (Ε. Περάκη, *Παρατηρήσεις κάτω από την ΕφΠατρ 857/1995, ΔΕΕ 2/1996, σ. 151*).

Η έναρξη της εμπορικής ιδιότητας του ουσιαστικά εμπόρου τοποθετείται στο χρονικό σημείο της εκδήλωσης, με οποιονδήποτε τρόπο, στο πεδίο των συναλλαγών της πρόθεσής του ν' ασκήσει εμπορικές πράξεις κατ' επάγγελμα. Έτσι, με την πρώτη προπαρα-σκευαστική πράξη, π.χ. διαφήμιση, μίσθωση καταστήματος, εκδηλώνεται εμπράκτως το βουλευτικό στοιχείο και αφετηριάζεται μία εμπορική κοινωνική συμπεριφορά, οπότε επέρχονται και οι έννομες συνέπειες που ο νόμος συνδέει με αυτήν. Δεν έχει καμία απολύτως σημασία το γεγονός ότι το φυσικό πρόσωπο δεν έχει προβεί σε δήλωση έναρξης επαγγέλματος στην αρμόδια οικονομική υπηρεσία (Δ.Ο.Υ.), καθώς αυτό

-5-

αποτελεί φορολογική παράβαση (*ΓνωμΟλΝΣΚ 90/2008*), ούτε η ένταξή του ή μη σε συγκεκριμένο ασφαλιστικό φορέα, ούτε η μη δηλωτική αναγγελία του σε κάποιο εμπορικό ή άλλο επιμελητήριο. Στο σημείο αυτό να τονίσουμε ότι με το ν. 3419/2005 "Περί του Γενικού Εμπορικού Μητρώου (ΓΕ.ΜΗ.), που άρχισε να ισχύει από τις 4-4-2011, προβλέπεται στο

άρθρο 1 παρ. 1 εδ. α' αυτού ότι εγγράφονται στο ΓΕ.ΜΗ. υποχρεωτικά τα φυσικά πρόσωπα που είναι έμποροι και διαθέτουν επαγγελματική κατοικία ή εγκατάσταση ή ασκούν εμπορία μέσω κύριας ή δευτερεύουσας εγκατάστασης στην ημεδαπή, ενώ στην παράγραφο 2 αυτού ορίζεται ότι προαιρετικά εγγράφονται, μεταξύ άλλων, τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις προσώπων που ασκούν ή προτίθενται να ασκήσουν οικονομική ή επαγγελματική δραστηριότητα, χωρίς να έχουν καταστεί έμποροι από την άσκηση της δραστηριότητας αυτής. Σύμφωνα με το άρθρο 15 παρ. 2 του άνω νόμου, με την καταχώρηση σε αυτό των νομικών γεγονότων, δηλώσεων, εγγράφων και λοιπών στοιχείων, δημιουργείται μαχητό τεκμήριο εμπορικής ιδιότητας. Με τον τρόπο αυτό, θα μπορούν να εγγράφονται τόσο οι μικρέμποροι, για τους οποίους θα γίνει λόγος παρακάτω, που επιθυμούν να θεωρούνται έμποροι, όσο και οι ελεύθεροι επαγγελματίες, για τους οποίους δεν γίνεται καταρχήν δεκτό ότι έχουν εμπορική ιδιότητα. Έτσι, η εν λόγω διάταξη, θα δούμε πώς θα λειτουργήσει, θεσπίσθηκε υπέρ της ασφάλειας του δικαίου σε ό,τι αφορά τις αμφισβητούμενες περιπτώσεις, ενώ θα δώσει το δικαίωμα σε όσους το επιθυμούν, αλλά δεν πληρούν τις προϋποθέσεις, να υπάγονται στους κανόνες περί εμπόρων. Το τεκμήριο αυτό λογικά μπορεί ν' ανατραπεί μόνον από τρίτους και όχι από τον ίδιο τον εγγεγραμμένο, ο οποίος εκούσια προέβη στην εγγραφή του *(Διβαδά Χ., Νεότερες αντιλήψεις για την εμπορική ιδιότητα στο παράδειγμα του ν. 3869/2010 για τη ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων, στον Τιμητικό Τόμο Νικολάου Κ. Ρόκα, έκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σ. 435-436)*. Στις περιπτώσεις που χρειάζεται άδεια ή εγγραφή σε επιμελητήριο ή διορισμός για ν' ασκήσει κάποιος συγκεκριμένες εμπορικές πράξεις κατ' επάγγελμα, η εμπορική ιδιότητα αποκτάται από το χρόνο πλήρωσης των νόμιμων προϋποθέσεων, έστω και αν το πρόσωπο δεν προβαίνει σε πραγματική έναρξη της επαγγελματικής του δραστηριότητας. Χωρίς την πλήρωση των τελευταίων, η άσκηση των εμπορικών πράξεων συνεπάγεται μεν την απόκτηση της εμπορικής

ιδιότητας, επέρχονται όμως οι συνέπειες της αθέμιτης άσκησης επαγγέλματος, που τουλάχιστον, ως προς την εμπορικότητα, συνεπάγεται την αδυναμία του προσώπου να επικαλείται τις ευνοϊκές συνέπειες που η νομοθεσία συναρτά προς την εμπορική ιδιότητα.

Η λήξη της εμπορικής ιδιότητας, πέραν του θανάτου του εμπόρου ή της θέσης αυτού υπό δικαστική συμπαράσταση, επέρχεται και με την οριστική παύση άσκησης του επαγγέλματός του, την οποία σηματοδοτεί συνήθως η τελευταία πράξη διάλυσης της επιχείρησής του, π.χ. η παράδοση του μισθίου καταστήματος στον εκμισθωτή του. Η απλή δήλωση του εμπόρου στη Δ.Ο.Υ. ότι διακόπτει την άσκηση εμπορίας δεν συνεπάγεται και την άρση της εμπορικής του ιδιότητας αν στην πράξη συνεχίζει τη δραστηριότητά του. Αν η εμπορική ιδιότητα αποκτήθηκε με την έκδοση άδειας ή με διορισμό ή με εγγραφή σε επιμε-λητήριο, η λήξη της επέρχεται με την ανάκληση ή ακύρωση ή λήξη της άδειας ή διορισμού ή με τη διαγραφή από το επιμελητήριο (Σπ. Ψυχομάνη, *ό.π.*, σελ. 237-239, Κ. Παμπούκη, *Εισηγήσεις Εμπορικού Δικαίου*, έκδ. 1990, σελ. 116).

Ειδικές περιπτώσεις κτήσης της εμπορικής ιδιότητας αποτελούν οι παρακάτω:

α) Ο φαινόμενος έμπορος και η άσκηση εμπορίας με παρένθετο πρόσωπο, οπότε έναντι των καλόπιστων τρίτων έμποροι καθίστανται και ο κρυπτόμενος και ο φαινόμενος, δηλαδή το παρένθετο πρόσωπο, ο αχυράνθρωπος, διότι το φαινόμενο, η πλαστή εντύπωση που δημι-

-6-

ουργείται ότι ο φαινόμενος είναι έμπορος, είναι δίκαιο να καταλογισθεί σε βάρος του τελευταίου, ο οποίος πρέπει να τύχει της νομικής μεταχείρισης που αρμόζει στην εμφάνισή του αυτή έναντι των καλόπιστων τρίτων. Για το λόγο αυτό υποστηρίζεται ότι υπόκειται ο φαινόμενος έμπορος μόνο στις δυσμενείς συνέπειες της εμπορικής του ιδιότητας και δεν μπορεί να επικαλεστεί και να αντιτάξει έναντι των καλόπιστων τρίτων τις ευμενείς συνέπειες και τα ωφελήματα αυτής (Σπ. Ψυχομάνης, *ό.π.*, σελ. 256-257).

Συνήθως αποκρύπτεται αυτός που θέλει να πετύχει απαλλαγή ή μείωση φορολογικών υποχρεώσεων, αυτός που εμποδίζεται ν' ασκήσει εμπορία λόγω ασυμβίβαστων ή άλλων περιορισμών ή απαγορεύσεων, και παλαιότερα εκείνος που είχε κηρυχθεί σε πτώχευση, δεδομένου ότι πλέον με τον ΠτΚ ο πτωχός δεν χάνει την ικανότητα να είναι έμπορος και μπορεί να αρχίσει νέα εμπορική δραστηριότητα, αφού το άρθρο 15 αυτού προβλέπει ότι ο πτωχεύσας από την κήρυξη της πτώχευσης στερείται μόνο εκείνων των δικαιωμάτων του προσωπικής φύσης, που προβλέπουν ειδικές διατάξεις νόμων", δηλαδή ο ΠτΚ άφησε το νομοθέτη ελεύθερο να κρίνει μήπως σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, ιδιαίτερα όταν η φερεγγυότητα του επιχειρηματία είναι απαραίτητη, η μη πτώχευση πρέπει ν' αποτελεί προϋπόθεση ανάληψης κάποιας συγκεκριμένης δράσης, άδειας, ανάληψης έργου κ.λπ., όχι για την τιμωρία του οφειλέτη, αλλά για την προστασία της αγοράς, π.χ. για τους αναδόχους κατασκευής δημοσίων έργων, για τους ασφαλιστικούς διαμεσολαβητές, για τη λειτουργία εργαστηρίων ελευθέρων σπουδών, κ.λπ., (*Ε. Περάκης, Πτωχευτικό Δίκαιο, έκδ. 2010, σελ. 144*).

β) Άσκηση αθέμιτης (παράνομης ή ανήθικης) εμπορίας, π.χ. εκμετάλλευση χαρτοπαιχτικής λέσχης, λαθρεμπόριο όπλων, εμπόριο ναρκωτικών, οπότε ο ασκών αυτήν αποκτά την εμπορική ιδιότητα, διότι διαφορετικά εκείνος που παρανομεί θα ήταν σε καλύτερη μοίρα από εκείνον που ενεργεί νόμιμα, αφού θ' απέφευγε τις βαρειές συνέπειες της εμπορικότητας, ωστόσο, δεν μπορεί να επικαλεσθεί την εμπορική του ιδιότητα επωφελούμενος από τις ευνοϊκές συνέπειες αυτής, διότι τότε το δίκαιο θα έθαλπε αυτό που έχει αποστολή να καταπολεμά (*Κ. Παμπούκης – Π. Παπαδρόμου/Αρχανιωτάκη, ό.π., σελ. 118-119*),

γ) Άσκηση εμπορίας παρά τη θέσπιση ασυμβίβαστου. Άσκηση δηλαδή εμπορίας από πρόσωπο που ασκεί παράλληλα επάγγελμα με έντονο τον χαρακτήρα της κοινωνικής προσφοράς, οπότε συντρέχει η ανάγκη διαφύλαξης της αξιοπιστίας αυτού του επαγγέλματος ή της

αξιοπρέπειας του φορέα του (π.χ. δικηγόροι, κληρικοί, δικαστικοί, δημόσιοι υπάλληλοι, κ.λπ.). Στις περιπτώσεις αυτές αποκτάται η εμπορική ιδιότητα και επέρχονται όλες οι σχετικές με αυτήν συνέπειες, ευνοϊκές και μη, ωστόσο, επιφέρει η εμπορική ιδιότητα τις κυρώσεις που η σχετική με το προστατευόμενο επάγγελμα νομοθεσία επιβάλλει, όπως υποβιβασμό, προσωρινή παύση, απόλυση, αφαίρεση άδειας κ.λπ. Εδώ να σημειώσουμε ότι σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 174 Α.Κ. θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι το ασυμβίβαστο οδηγεί σε ακυρότητα των επιχειρούμενων κατ' επάγγελμα εμπορικών πράξεων λόγω εμπορικής ανικανότητας, ωστόσο, επειδή η απαγόρευση επιβλήθηκε εκτός των πλαισίων του εμπορικού δικαίου, δεν άπτεται της άσκησης των εμπορικών πράξεων και εφόσον “συνάγεται άλλο τι”, κατά την άνω διάταξη, έχουμε απλώς τις προαναφερθείσες κυρώσεις (Σπ. Ψυχομάνης, *Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, έκδ. 2004, σ. 258-259*).

Τη νομολογία μας, ως προς την εμπορική ιδιότητα, έχουν απασχολήσει ιδιαίτερα και τα εξής ζητήματα :

i) Της εγγύησης, η οποία καταρχήν αποτελεί αστική πράξη, αφού παρέχεται χαριστικά για εξυπηρέτηση ξένου συμφέροντος. Όμως μπορεί να γίνει παραγώγως εμπορική αν εκτελείται χάριν της εμπορίας του παρέχοντος αυτήν (παράγωγα εξ υποκειμένου εμπορική) είτε χάριν

-7-

άλλης (αντικειμενικά) εμπορικής πράξης. Αν δε, αυτή δίνεται από τον εγγυητή κατ' εκμετάλλευση της πίστης που παρέχει το όνομά του και η οικονομική του επιφάνεια, με την είσπραξη απ' αυτόν αμοιβής ή άλλης χρηματικής ωφέλειας ή με οποιοδήποτε άλλο, άμεσο ή έμμεσο οικονομικό όφελος, που αντλείται από το λόγο για τον οποίο δόθηκε η εγγύηση και με την ανάληψη του σχετικού κινδύνου, τότε αυτή είναι εμπορική πράξη για τον εγγυητή και, μάλιστα, ανεξάρτητα από τον εμπορικό χαρακτήρα της κύριας οφειλής ή της εμπορικής ιδιότητας του

εγγυητή, δηλαδή, αντικειμενικά εμπορική πράξη, κατ' αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 2 β.δ/τος 2/14-5-1835 "περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων", διότι συντρέχουν τα προσδιοριστικά στοιχεία της εξ αντικειμένου εμπορικότητας, δηλαδή η διαμεσολάβηση στην παροχή πίστης με την ανάληψη του κινδύνου, προς το σκοπό απόλαυσης οικονομικού οφέλους. Επομένως, η κατά σύνηθες επάγγελμα παροχή τέτοιων εγγυήσεων προσδίδει σ' αυτόν που τις παρέχει, κατά την έννοια του άρθρου 1 ΕμπΝ, την ιδιότητα του εμπόρου (*ΟλομΑΠ 1513/1980, ΑΠ 1692/1998, ΑΠ 48/1996, ΕφΘεσ 1903/2003, ΕφΙωαν 73/2003*), συνεπώς και πτωχευτική ικανότητα, ενώ η μεμονωμένη παροχή εγγύησης, έστω και με την κτήση ή προσδοκία κτήσης οφέλους, δεν αρκεί για να προσδώσει στον εγγυητή την ιδιότητα του εμπόρου, αλλά θα πρέπει αυτή να είναι συστηματική και κατά σύνηθες επάγγελμα. Να το αναλύσουμε λίγο αυτό : Ακόμη και αν αποδοθεί εμπορικός χαρακτήρας σε πράξεις χορήγησης εγγυήσεων, αυτό δεν αποτελεί επαρκές κριτήριο για τον αποκλεισμό του εγγυητή από την υπαγωγή στις διατάξεις του ν. 3869/2010. Δεδομένου ότι κριτήριο για την υπαγωγή στο νόμο αυτόν αποτελεί μόνο ο χαρακτηρισμός του προσώπου ως εμπόρου ή μη, είναι αναγκαίο να γίνει σαφής η διάκριση μεταξύ του εμπορικού χαρακτήρα μιας πράξης από την κτήση ή μη της εμπορικής ιδιότητας του προσώπου που την τελεί. Στις ρυθμίσεις του ν. 3869/2010 υπάγονται και οφειλέτες που, μολονότι έχουν ενεργήσει αντικειμενικά εμπορικές πράξεις, εντούτοις δεν έχουν αποκτήσει την ιδιότητα του εμπόρου. Ως εκ τούτου, για τον αποκλεισμό της υπαγωγής ενός εγγυητή στις διατάξεις του ν. 3869/2010 δεν αρκεί η τυχόν αξιολόγηση των εγγυήσεων που χορήγησε αυτός ως εμπορικών πράξεων, αλλά θα πρέπει επιπλέον η παροχή εγγυήσεων να γίνεται κατά σύνηθες επάγγελμα, δηλαδή, θα πρέπει να αποδειχθεί ότι η παροχή των εν λόγω εγγυήσεων έγινε με τρόπο που μαρτυρεί συστηματική επιδίωξη βιοπορισμού (*Ι. Ρόκα, ΕΕμπΔ 2013, 142*).

ii) Του εταίρου και διαχειριστή Ε.Π.Ε., ο οποίος δεν γίνεται έμπορος,

έστω και αν κατέχει το μεγαλύτερο μέρος ή και το σύνολο των εταιρικών μεριδίων και μπορεί έτσι να επιδρά στην οικονομική της ζωή, αφού το μεν περιστατικό αυτό δεν συνιστά αντικειμενικώς εμπορική πράξη, οι δε εμπορικές πράξεις που επιχειρεί ως διαχειριστής ενεργούνται όχι στο δικό του όνομα αλλά στο όνομα και για λογαριασμό της εταιρίας (*ΟΛΑΠ 5/1996, ΑΠ 330/2010, ΑΠ 905/2010*),

iii) Της ευθύνης και της εμπορικής ιδιότητας του εταίρου που κατέχει το σύνολο των εταιρικών μεριδίων της Ε.Π.Ε. ή το σύνολο των μετοχών μιας Α.Ε. βάσει της θεωρίας περί άρσης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, όταν πληρούνται οι αυστηρές προϋποθέσεις που τίθενται. Η αρχή της οικονομικής αυτοτέλειας και ευθύνης του νομικού προσώπου της εταιρίας έναντι των μετόχων ή των εταίρων υποχωρεί όταν η επίκληση της διαφορετικής προσωπικότητας χρησιμεύει, για να νομιμοποιηθεί αποτέλεσμα αντίθετο προς τους κανόνες της καλής πίστης, δηλαδή όταν γίνεται κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας της εταιρίας, η οποία εκδηλώνεται κυρίως στις περιπτώσεις που ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος χρησιμοποιεί την νομική προσωπικότητα της εταιρίας για να καταστρατηγήσει το νόμο ή για να προκαλέσει δολίως ζημία σε τρίτον ή για να αποφύγει εκπλήρωση υποχρεώσεών του. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις ως κύρωση επιβαλλόμενη προς

-8-

αποφυγή της κατάχρησης προβάλλει η άρση ή η κάμψη της νομικής προσωπικότητας της εταιρείας και η μετακύλιση από την εταιρεία στους μετόχους ή εταίρους των συνεπειών που την αφορούν ή αντιστρόφως η μετακύλιση των αντίστοιχων συνεπειών από τους μετόχους ή εταίρους στην εταιρεία και ο καταλογισμός της εμπορικής ιδιότητας στον παραπάνω μέτοχο ή εταίρο (*ΑΠ 330/2010, ΑΠ 149/2013, ΑΠ 689/2013*). Υποστηρίζεται σθεναρά από τη θεωρία ότι ελλοχεύει σοβαρός κίνδυνος αλλοίωσης του θεσμού των κεφαλαιουχικών εταιριών, η επιλογή ίδρυσης των οποίων για την εξασφάλιση στα μέλη τους ανυπαρξίας ευθύνης για

τις υποχρεώσεις της εταιρίας έναντι τρίτων, είναι απολύτως θεμιτή, οπότε δεν συνάδει με το δίκαιό μας η απόδοση εμπορικής ιδιότητας και ευθύνης στα μέλη της εταιρίας που κατέχουν το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος των μετοχών της α.ε. ή των εταιρικών μεριδίων της ε.π.ε., ακόμη και αν εξαρτάται από τη συμμετοχή αυτή η ύπαρξη ή η εξακολούθηση των εργασιών της εταιρίας, λαμβανομένου επιπλέον υπόψη ότι ο νόμος αναγνωρίζει ρητά τόσο τη μονοπρόσωπη α.ε., όσο και τη μονοπρόσωπη ε.π.ε., αναγνωρίζει συνεπώς ρητά το χωρισμό μεταξύ μετόχου ή εταίρου και εταιρίας παρά την επί της ουσίας μεταξύ τους ταύτιση (*N. Ρόκα, Εμπορικές Εταιρίες, έκδ. 2008, σ. 572*).

ΣΥΝΑΦΩΣ με τα παραπάνω υπό στοιχ. i, ii, iii, ένας συναλλακτικά έμπειρος εταίρος ή και μέλος της διοίκησης της δανειολήπτριας επιχείρησης, ο οποίος παρέχει εγγύηση, γνωρίζοντας τις δυνατότητες πληρωμής της πρωτοφειλέτιδος και τον κίνδυνο που αναλαμβάνει, προσδοκά συνήθως, σε αντιστάθμισμα του κινδύνου αυτού, και δικό του οικονομικό όφελος από την ευόδωση των εργασιών της (*ΕφΘεσ 317/2009, ΔΕΕ 2009, 819*), για την κατάφαση όμως της εμπορικής του ιδιότητας και της εντεύθεν πτωχευτικής του ικανότητας θα πρέπει είτε να υπάρχει συχνή επανάληψη των πράξεων παροχής εγγύησης, εντασσόμενη στο πλαίσιο συστηματικής επιδίωξης αποκομιδής ατομικού οφέλους του εγγυητή από τη θετική επίδραση των πράξεων αυτών στην πιστοληπτική ικανότητα της υπέρ ης επιχείρησης είτε να υπάρχει μεθοδευμένη προσπάθεια του εγγυητή για καταχρηστική εκμετάλλευση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου υπέρ του οποίου αυτός εγγυάται σε βάρος των δανειστών του νομικού προσώπου (*Γ. Δέλλιου, ΕπισκΕμπΔ 2014, σελ. 13 επόμε.*).

Περαιτέρω, συναφώς με τα παραπάνω υπό στοιχ. i, θα πρέπει να διακρίνουμε τις περιπτώσεις που χρήζουν προστασίας, τις περιπτώσεις δηλαδή όπου η εγγύηση για τα εμπορικά χρέη του πρωτοφειλέτη παρέχεται από στενό συγγενή αυτού. Ειδικότερα, στις περιπτώσεις αυτές, όπου επιδρούν διαβρωτικά στη δικαιοπρακτική αυτοδιάθεση του

συγγενούς εγγυητή αφενός μεν η έλλειψη πληροφόρησης, λόγω της περιορισμένης διάθεσης αναζήτησής της, αναφορικά με τα επενδυτικά σχέδια του δανειολήπτη, την αξία των εξασφαλίσεων, που αυτός είναι σε θέση να προσφέρει, και τις προοπτικές αποπληρωμής του δανείου εκ μέρους του, αφετέρου δε ο ηθικός εγκλωβισμός αυτού, ο οποίος γνωρίζει ότι η άρνησή του παροχής εγγύησης συνέπεια θα έχει τη ματαίωση χορήγησης του δανείου και την οικονομική καταστροφή του πατέρα ή συζύγου ή αδελφού, θα πρέπει ν' απαιτούμε συχνή επανάληψη παροχής της εγγύησης για να του προσδώσουμε την εμπορική ιδιότητα και να τον αποκλείσουμε από τις προστατευτικές διατάξεις του ν. 3869/2010 (*Γ. Δέλλιος, ΕπισκΕμπΔ 2014, σελ. 17 επόμε.*). Έτσι, στην περίπτωση που η χορήγηση της χρηματοδότησης σε στενό συγγενή, από την οποία εξαρτάται η εξακολούθηση των εργασιών και η καθόλου ύπαρξη της επιχείρησης, επαναλαμβάνεται συχνά και με συστηματική επιδίωξη ατομικού οφέλους, άμεσου ή έμμεσου του χρηματοδότη από την ευόδωση των εργασιών του υπέρ ου η χρηματοδότηση (έστω και με τη μορφή της διατήρησης ή βελτίωσης του δικού του βιοτικού επιπέδου, π.χ. σύζυγοι, πατέρας και τέκνο, κ.λπ.), προφανώς οδηγούμαστε στην κρίση περί κτήσης από τον χρηματοδότη

-9-

της εμπορικής ιδιότητας, διότι αποκλείεται η εκδοχή της παροχής προς εκπλήρωση ηθικής υποχρέωσης προς τον στενό συγγενή κι επομένως αποκλείεται και η δυνατότητα προβολής του ισχυρισμού περί διάβρωσης της δικαιοπρακτικής του αυτοδιάθεσης.

Πολύ εμπειριστατωμένες αποφάσεις του Ειρηνοδικείου, που ασχολήθηκαν με υποθέσεις :

α) Της αιτούσας δημοσίας υπαλλήλου που είχε τριτεγγυηθεί συναλλαγματική αποδοχής ανώνυμης εταιρίας, της οποίας μέτοχος και αντιπρόεδρος του Δ.Σ. ήταν η ίδια, και δέχθηκε ότι η ιδιότητα της μετόχου ακόμη και της αντιπροέδρου ανώνυμης εταιρίας δεν προσδίδει στην

αιτούσα την εμπορική ιδιότητα, ούτε όμως και η μεμονωμένη παροχή εγγύησης, έστω και με την κτήση ή προσδοκία οφέλους, αρκεί για να προσδώσει στην εγγυήτρια την ιδιότητα του εμπόρου, και ως εκ τούτου δεν της στερεί το δικαίωμα να υπαχθεί στη ρύθμιση του ν. 3869/2010.

β) Της αιτούσας συζύγου που εγγυήθηκε για χρηματοδότηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συζύγου, και δέχθηκε την αίτηση έστω και αν υπάρχει προσδοκία έμμεσου οφέλους εκ μέρους της, δηλαδή προσδοκία επαύξησης της συμμετοχής του συζύγου της στην κάλυψη των οικογενειακών αναγκών, διότι δεν παρείχε τις εγγυήσεις αυτές συστηματικά και κατά σύνηθες επάγγελμα, δηλαδή με τρόπο που να μαρτυρεί συστηματική επιδίωξη βιοπορισμού, οπότε δεν ήταν έμπορος.

γ) Της συνταξιούχου υπαλλήλου, η οποία ήταν συγχρόνως μέλος του Δ.Σ. και συμμετείχε στο κεφάλαιο της πρωτοφειλέτιδος α.ε., που ήταν οικογενειακή επιχείρηση, υπέρ της οποίας η αιτούσα είχε παράσχει κατ' επανάληψη πληθώρα προσωπικών εγγυήσεων της στα πλαίσια των αλληλόχρεων λογαριασμών, που τηρούσε η α.ε. σε πιστωτικά ιδρύματα, και οι οποίες εγγυήσεις αφορούσαν αποκλειστικά τη χρηματοδότηση της ως άνω εταιρίας. Οπότε δέχθηκε τη σχετική ένσταση της πιστώτριας τράπεζας και απέρριψε ως ουσιαστικά αβάσιμη την αίτηση υπαγωγής στον άνω νόμο.

Οι “μικροέμποροι”

Η επιστήμη και η νομολογία μας βλέπουν πως είναι άδικο να υποβάλλουν στις συνέπειες της εμπορικότητας τον μικρέμπορο. Για την κατηγορία των “μικρεμπόρων” δεν συναντούμε καμία ρύθμιση στο δίκαιό μας. Μόνο το Σχέδιο του Εμπορικού Κώδικα στο άρθρο 3 παρ. 2 όριζε σχετικά ότι : “δεν είναι έμπορος όποιος ασκεί επαγγελματικά εμπορική δραστηριότητα ή επιχείρηση, εφόσον έχουν περιορισμένη σημασία και το εισόδημα εμφανίζεται ως αμοιβή σωματικής καταπόνησης”. Το Σχέδιο επομένως είχε υιοθετήσει την άποψη ότι η περιορισμένη σε έκταση

εμπορία δεν κάνει έμπορο το πρόσωπο που την ασκεί. Είχε υιοθετήσει επίσης σαν κριτήριο τη φύση του εισοδήματος που πετυχαίνει το πρόσωπο αυτό. Αντίθετα ορισμένες ξένες νομοθεσίες περιέχουν ειδικές διατάξεις, με τις οποίες οι μικρέμποροι εξαιρούνται από ορισμένες συνέπειες της εμπορικής ιδιότητας. Έτσι ο ΙταλΑΚ κάνει λόγο για μικροεπιχειρηματίες στους οποίους περιλαμβάνονται οι μικρέμποροι, οι οποίοι απαλλάσσονται από την υποχρέωση εγγραφής στο Μητρώο των επιχειρήσεων, της τήρησης εμπορικών βιβλίων και δεν υπόκεινται σε πτώχευση. Αλλά και ο Γερμανικός εμπορικός κώδικας, πριν από την τροποποίησή του από 1-7-1998, προέβλεπε την κατηγορία των μικρεμπόρων, που ήταν πρόσωπα που ασκούσαν κάποια από τις δραστηριότητες που συγκέντρωναν τα χαρακτηριστικά της εμπορικής δραστηριότητας, *[δηλαδή δεν ασκούσαν ελεύθερο επάγγελμα, η παροχή τους δεν είχε προεχόντως καλλιτεχνικό ή επιστημονικό κ.λπ. χαρακτήρα, και συνέτρεχαν τα στοιχεία της ανεξαρτησίας, της πρόθεσης διάρκειας (ώστε μία ευκαιριακή δραστηριότητα να μην αρκεί), του ανταποδοτικού χαρακτήρα ή της πρόθεσης επίτευξης κέρδους]*, ωστόσο, ο μικρέμπορος ασκούσε τη δρα-

-10-

στηριότητα αυτή σε έκταση που δεν απαιτούσε επαγγελματική δράση οργανωμένη, όπως συνηθίζεται στο εμπόριο και για το λόγο αυτό δεν μπορούσαν ν' αναγνωρισθούν πλήρως ως έμποροι, και αυτό σήμαινε ότι υπάγονταν μόνον εν μέρει στις διατάξεις του εμπορικού δικαίου. Ήδη με την τροποποίηση του γερμανικού εμπορικού κώδικα, αφενός μεν καταργήθηκε ο κατάλογος των εμπορικών δραστηριοτήτων, ενοποιήθηκαν και απλοποιήθηκαν τα κριτήρια που αποφασίζουν για την απόκτηση της εμπορικής ιδιότητας και εισήχθη η γενική ρήτρα σύμφωνα με την οποία “εμπορική δραστηριότητα είναι κάθε δραστηριότητα, εκτός αν το είδος ή η έκταση της επιχείρησης δεν απαιτεί επαγγελματική δράση οργανωμένη όπως συνηθίζεται στο εμπόριο”, και δημιουργήθηκε νέα κατηγορία δυνητικού εμπόρου, δηλαδή του προσώπου, η επιχείρηση του

οποίου ανεξάρτητα από το αντικείμενό της, δεν απαιτεί λόγω της έκτασης της οργάνωση από αυτή που συνηθίζεται στο εμπόριο και έχει τη διακριτική ευχέρεια να καταχωρίσει την επωνυμία της στο μητρώο και να υπαχθεί έτσι χωρίς περιορισμούς στο εμπορικό status. Είναι κάτι ανάλογο με το ΓΕ.ΜΗ. που προαναφέραμε.

Για την έννοια και τις προϋποθέσεις χαρακτηρισμού κάποιου ως μικρεμπόρου έχουν διατυπωθεί από την επιστήμη και τη νομολογία οι απόψεις :

α) Οτι μικρέμπορος είναι το πρόσωπο που διενεργεί εμπορικές πράξεις κατά σύνηθες επάγγελμα, ωστόσο, η δράση του αυτή δεν είναι κερδοσκοπική αλλά συνίσταται κατά κύριο λόγο σε προσωπικό μόχθο του επαγγελματία, έτσι ώστε το εισόδημά του ν' αποτελεί αμοιβή της καταπόνησης αυτής και όχι επιχειρηματικό κέρδος (*Ε. Περάκης, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, έκδ. 2011, σελ. 121*).

β) Οτι, εφόσον, με βάση τα προαναφερθέντα κριτήρια εμπορικότητας, η εμπορικότητα γενικά χαρακτηρίζει την οικονομική εκείνη δράση, που έχει οικονομική βαρύτητα τέτοια, ώστε να δικαιολογεί την προσοχή του δικαίου και την πρόβλεψη ειδικών ρυθμίσεων ή την πρόσδοση ειδικών συνεπειών στη δράση αυτή (*Ε. Περάκης, Γενικό Μέρος του Εμπορικού δικαίου, έκδ. 2011, σελ. 6-19*), το εμπορικό δίκαιο φαίνεται να κατευθύνεται στη ρύθμιση της οικονομικά ουσιώδους συμπεριφοράς για το κοινωνικό σύνολο. Επομένως, η εφαρμογή των κανόνων του εμπορικού δικαίου σε περιπτώσεις συμπεριφορών ήσσονος οικονομικής σημασίας δεν μπορεί να είναι η τελολογικά ενδεικνυόμενη. Αφού λοιπόν ανήκει στους σκοπούς του εμπορικού νόμου η ρύθμιση μόνον του οικονομικά ουσιώδους, ο μικρέμπορος, ο οποίος διενεργεί εμπορικές πράξεις κατ' επάγγελμα χωρίς κοινωνικοοικονομικό αντίκτυπο και σημασία, πρέπει ν' αποκλεισθεί από τις σχετικές συνέπειες της εμπορικής ιδιότητας λόγω της οικονομικά επουσιώδους επαγγελματικής του δράσης (*Σπ. Ψυχομάνης, Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, έκδ. 2004, σελ. 245-246, Ν. Ρόκας, Στοιχεία Εμπορικού*

Δικαίου, έκδ. 1998, σελ. 27, Θ. Λιακόπουλος, Γενικό Εμπορικό Δίκαιο, έκδ. 1998, σελ. 233, Κ. Καραβάς, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, 1959, τ. 1, σελ. 47, ΑΠ 947/1995, δημοσ. ΝΟΜΟΣ).

γ) Οτι “ένα πρόσωπο δεν γίνεται έμπορος αν το εισόδημά του είναι προϊόν, κύρια, του μόχθου του δικού του ή και των μελών της οικογένειάς του”, και έτσι οριοθετείται “σωστά και δίκαια το εμπορικό δίκαιο, αφήνοντας έξω από τη σκληρότητά του αυτούς που στην ουσία είναι ελεύθεροι εργάτες ή που αυτοαπασχολούνται... αυτούς που μέσα στη χρόνια κρίση της οικονομίας ψάχνουν να βρουν και να δώσουν δουλειά στον εαυτό τους και στους δικούς τους” (*Κ. Παμπούκη – Π. Παπαδρόσου/Αρχανιωτάκη, Εμπορικό Δίκαιο – Εισαγωγή, Θεμελιώδεις Έννοιες, έκδ. 2001, σελ. 48 επόμε.,*), και, ακόμη και αν χρησιμοποιεί κάποιο προσωπικό, αρκεί να συντρέχει μία προϋπόθεση : αρκεί το εύρος της δουλειάς του να είναι τόσο που να μην του αφήνει εισόδημα αν δεν δουλέψει ο ίδιος ή και τα μέλη της οικογένειάς του (*Κ. Παμπούκη, Εισηγήσεις Εμπορικού Δικαίου, έκδ. 1990, σελ. 54-55).*

δ) Οτι μικρέμπορος είναι το πρόσωπο εκείνο που κατά σύνηθες

-11-

επάγγελμα ασκεί εμπορικές πράξεις, αλλά το κέρδος του από αυτή τη δραστηριότητα, λόγω του είδους και της έκτασής της, εμφανίζεται σαν αμοιβή της σωματικής του καταπόνησης ή των μελών της οικογένειάς του, ενώ στοιχεία που μπορούν να βοηθήσουν στη διαπίστωση του είδους και της έκτασης της δραστηριότητας είναι : ο αριθμός των εργασιών, ο τρόπος δράσης, το κεφάλαιο που χρησιμοποιείται, η συχνότητα εκτέλεσης εργασιών, η χρήση πιστώσεων, η χρησιμοποίηση ξένων εργατικών χεριών κ.λπ. (*Ε. Σκαλίδης, Εμπορικό Δίκαιο, έκδ. 1987, σελ. 143-146).*

ε) Οτι κρίσιμο στοιχείο για τον χαρακτηρισμό κάποιου ως μικρέμπορου είναι, το αντάλλαγμα από την κατ' επάγγελμα διενέργεια εμπορικών πράξεων να έχει χαρακτήρα, αποκλειστικά ή κύρια, αμοιβής σωματικής καταπόνησης (*Α. Γεωργακόπουλος, Εγχειρ. Εμπορικού Δικαίου, τόμ. 1, έκδ. 1995, σελ. 79).*

Είναι έμπορος ο μικρέμπορος;

Δεν υπάρχει ομοφωνία στην επιστήμη και τη νομολογία ως προς το αν ο μικρέμπορος είναι ή όχι έμπορος (*Ε. Περάκης, Γενικό μέρος του εμπορικού δικαίου, έκδ. 2011, σελ. 121*).

Κατά μία άποψη ο μικρέμπορος δεν είναι έμπορος, μολονότι διενεργεί εμπορικές πράξεις (*Κ. Καραβάς, ό.π., σελ. 47, Α. Τσιριντάνης, Στοιχεία Εμπορικού δικαίου, τ. Α', σελ. 97, Α. Γεωργακόπουλος, ό.π., σελ. 79, Κ. Παμπούκη – Παπαδρόσου/Αρχανιωτάκη, ό.π., 2001, σελ. 120, Ν. Ρόκας, ό.π., σελ. 97, Ι. Ρόκας, ΕΕμπΔ 1982, σελ. 206, Τριανταφυλλάκης – Γκρίτζαλης, Εφαρμογές, 3Α, 2007, σελ. 113*). Τούτο συμβαίνει για λόγους σκοπιμότητας, αφού, όπως εκθέτει ο Αναστασιάδης (*Ελληνικό Εμπορικό Δίκαιο, 1949, σελ. 80*) : "Θα ήτο εντελώς άσκοπον να θεωρηθώσι τα πρόσωπα αυτά ως έμποροι, αφού η εργασία αυτών είναι περιορισμένης σημασίας και τα υπ' αυτών διατιθέμενα κεφάλαια άνευ σπουδαιότητας", (*βλ. Ε. Περάκη, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, έκδ. 2011, σελ. 121-122*). Κατά τη γνώμη αυτή, αφού η δράση που ασκείται σε περιορισμένη έκταση, στερείται του χαρακτηριστικού της εμπορικότητας, δεν είναι εμπορική και, συνεπώς, δεν καθιστά έμπορο αυτόν που την ασκεί. Και αυτό αντιστοιχεί τέλεια στην κοινωνική θέση του προσώπου αυτού, θέση που ασφαλώς δεν ανήκει στην τάξη των εμπόρων και των βιομηχάνων. Η έκταση, εξάλλου, της εμπορίας είναι μία έννοια ποσοτική και καλείται να θεμελιώσει μία ποιοτική διάκριση, να ξεχωρίσει δηλαδή το πρόσωπο που είναι έμπορος από εκείνο που δεν είναι. Και φυσικά η έννοια αυτή δεν μπορεί να δώσει ακριβείς λύσεις. Η προσφυγή στα κριτήρια της επένδυσης ή μη κεφαλαίων από τον συγκεκριμένο επαγγελματία σε έκταση αξιόλογη από τα οποία να αναμένει κέρδη, και της φύσης του εισοδήματός του ως επιχειρηματικού κέρδους ή ως προϊόντος του προσωπικού του μόχθου ή των μελών της οικογένειάς του κρίνεται από τη θεωρία και τη νομολογία πρόσφορη (*Ε. Περάκη, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, έκδ. 2011, σελ. 121-122, Κ. Παμπούκη - Παπαδρόσου/Αρχανιωτάκη, ό.π., 2001, σελ. 119-122*).

Κατ' άλλη άποψη, επηρεασμένη από το γερμανικό, πριν από την

τελευταία τροποποίησή του, και το ιταλικό εμπορικό δίκαιο, ο μικρέμπορος είναι έμπορος, διότι αντίθετη λύση θ' αποτελούσε κατασκευή *contra legem*, από τη στιγμή που διενεργούνται κατ' επάγγελμα εμπορικές πράξεις και ο νόμος δεν διακρίνει, ωστόσο, λόγω της συνδρομής των παραπάνω περιστατικών δεν θα πρέπει να επέρχονται όλες οι συνέπειες της εμπορικότητας (*Δελούκας, Αντικείμενα και υποκείμενα, 1957, σελ. 108, Ε. Σκαλίδης, Εισαγωγή στο ΕμπΔ, σελ. 189, Βελέντζας, Επίτομο ΕμπΔ 2007, σελ. 57*), οι οποίες δεν προσδιορίζονται σαφώς, αλλά ενδεικτικά αναφέρονται η τήρηση των εμπορικών βιβλίων και η πτώχευση. Με την άποψη αυτή σχετικοποιείται η έννοια του εμπόρου, αφού μπορεί να υπάρχει έμπορος ως προς ορισμένες συνέπειες και μη έμπορος ως προς άλλες, δηλαδή υπόκειται ο μικρέμπορος όχι σε όλες τις συνέπειες της εμπορικότητας αλλά μόνον σε όσες δικαιολογούνται από τη μικρή έκταση της εμπορίας του και τη φύση της δράσης του και δεν δημιουργούν μη ανεκτές υπερβολές (π.χ. υποχρέωση του μικροπωλητή τήρησης εμπορικών βιβλίων), (*Ε. Περάκης, Γενικό μέρος του εμπορικού δικαίου, έκδ. 2011, σελ. 121-122, 166*).

Ανεξάρτητα από το ποιά άποψη θ' ακολουθήσουμε ο μικρέμπορος υπάγεται στην προστασία του ν. 3869/2010, διότι ακόμη και αν έχει την εμπορική ιδιότητα εξαιρείται των δυσμενών συνεπειών αυτής, όπως η πτώχευση, οπότε στερείται της πτωχευτικής ικανότητας. Αν δε, έχει εγγραφεί στο ΓΕ.ΜΗ. τότε λόγω της κατά μαχητό τεκμήριο εμπορικής του ιδιότητας (άρθρο 15 παρ. 2 ν. 3419/2005), θα θεωρείται έμπορος με όλες τις συνέπειες ευνοϊκές και μη που επιφέρει η ιδιότητα αυτή.

Νομολογία

Κατά τη νομολογία, μικρέμποροι, και επομένως υπαγόμενοι στο ν. 3869/2010 λόγω στέρησης της πτωχευτικής ικανότητας, θεωρούνται τα πρόσωπα που διενεργούν εμπορικές πράξεις, κατά το β.δ. της 2/14.5.1835 "περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων", καθώς και άλλες

ειδικές διατάξεις, αλλά δεν δραστηριοποιούνται σε ριψοκίνδυνη κερδοσκοπική διαμεσολάβηση, δηλαδή διαμεσολάβηση που γίνεται με κίνδυνο ν' απωλεσθεί το κέρδος ή και να επέλθει ζημία, και κατ' ουσίαν παρέχουν προσωπική εργασία με αντίτιμο κάποια αμοιβή, άλλως είναι πρόσωπα που ασκούν εμπορικές πράξεις και αποκομίζουν απ' αυτές κέρδος, το οποίο αποτελεί περισσότερο αμοιβή του σωματικού τους μόχθου και κόπου και όχι αποτέλεσμα κερδοσκοπικών συνδυασμών και άσκησης δραστηριότητας που ενέχει οργάνωση κεφαλαίου και εργασίας (βλ. ΑΠ 947/1995, ΕΕμπΔ 1996, 62, ΕφΑθ 11433/1995, ΔΕΕ 1996, 490, ΕφΑθ 11982/1989, ΑρχΝ 1991, 341, ΜονΠρΚαλαμ 61/2016, ΕιρΣικυών 11/2016, ΕιρΠάρου 1/2015, ΕιρΚουφαλίων 3/2015, ΕιρΑθ 1182/2015, ΕιρΠολυκάστρου 84/2014, ΕιρΑμαλιάδας 83/2014, ΕιρΠαμίσου 87/2014 και 2/2011, ΕιρΘεσ 1735/2014, ΕιρΚαλαμάτας 89/2014, ΜονΠρωτΠρέβεζας 48/2013, ΕιρΚαλύμνου 4/2013, ΕιρΧανίων 101/2013, ΕιρΚοζάνης 95/2013, ΕιρΚρωπίας 191/2012, ΕιρΕρινέου 2/2012, ΕιρΠατρών 16/2012, ΕιρΑθηνών 360/2012, ΕιρΧανίων 393/2012, ΕιρΑθηνών 5074/2011, ΕιρΘηβών 18/2011, ΕιρΧαλανδρίου 1/2011, ΕιρΘεσσαλονίκης 5074/2011, δημοσ. ΝΟΜΟΣ).

Να τονίσουμε ότι πρέπει ν' αποφεύγονται οι γενικεύσεις και ότι η κάθε αμφισητούμενη περίπτωση πρέπει να εξετάζεται εξατομικευμένα με βάση το συγκεκριμένο χαρακτηριστικά της και τις τυχόν ιδιαιτερότητες που εμφανίζει.

Ευχαριστώ