

PSARAKIS || KEFALAS
COMMERCIAL LITIGATION

|| NOMIKA ΔΕΛΤΙΑ - ΕΚΔΟΣΗ 2022

ΨΑΡΑΚΗΣ - ΚΕΦΑΛΑΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΝΟΜΙΚΑ ΔΕΛΤΙΑ – ΕΚΔΟΣΗ 2022

Το αντικείμενο ενασχόλησης της εταιρείας μας συνδέεται με τον χώρο της επιχειρηματικής αντιδικίας, αναλαμβάνοντας υποθέσεις εμπορικής και ποινικής φύσεως. Έχουμε υποστηρίξει εντολείς μας σε εκατοντάδες κερδισμένες υποθέσεις, πάντοτε με γνώμονα την άρτια νομική τεκμηρίωση, σε συνδυασμό με τον απαραίτητο πρακτικό προσανατολισμό και τη σε βάθος γνώση της κάθε υπόθεσης. Οι λόγοι για τους οποίους μας εμπιστεύονται οι εντολείς μας είναι απλοί και ξεκάθαροι:

- Επειδή μας χαρακτηρίζει η μαχητική τεκμηριωμένη υποστήριξη των υποθέσεων.
- Επειδή γνωρίζουν τα υψηλά ποσοστά επιτυχίας που έχουμε στις υποθέσεις που μας αναθέτουν.
- Επειδή επιθυμούν δικηγόρους που όχι μόνο να γνωρίζουν την επιστήμη τους και τις διαρκείς νομοθετικές μεταβολές αλλά και να είναι σε θέση να υποδείξουν και να υλοποιήσουν τη βέλτιστη στρατηγική στις υποθέσεις τους.
- Επειδή κατανοούμε ότι η ανησυχία του εντολέα καθίσταται ακόμη εντονότερη όταν υπάρχει και έλλειμμα πληροφόρησης. Για τον λόγο αυτό θεωρούμε ύψιστης σημασίας τη συνεχή ενημέρωση του εντολέα για την πορεία της υπόθεσής του.

Κάθε χρόνο παρουσιάζονται με χρονολογική σειρά και σε μορφή περιοδικού (βιβλιαρίου) ορισμένα από τα νομικά δελτία (legal insights) που συντάχθηκαν από συνεργάτες μας και δημοσιεύθηκαν στην ιστοσελίδα μας το οικείο έτος. Στο παρόν περιοδικό παρουσιάζονται άρθρα που αναρτήθηκαν στην ιστοσελίδα μας το 2021.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Η ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΤΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΣΤΗΝ ΠΡΑΞΗ	6
Η ΕΝΔΟΟΜΙΛΙΚΗ (ΚΑΙ ΟΧΙ ΜΟΝΟ) ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ	10
ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΣ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΕΚΤΑΚΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΣΤΗΝ Α.Ε.	15
ΠΟΤΕ ΠΡΟΣΒΑΛΛΕΤΑΙ ΤΟ ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΜΟΥ ΣΗΜΑ (TRADEMARK);	18
ΟΙ ΡΗΤΡΕΣ ΕΧΕΜΥΘΕΙΑΣ/ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟΤΗΤΑΣ (NDA/CA) ΣΤΙΣ ΕΞΑΓΟΡΕΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ	21
ΤΟ ΑΔΙΚΗΜΑ ΤΗΣ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΣΟΔΩΝ ΑΠΟ ΕΓΚΛΗΜΑΤΙΚΕΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ («ΞΕΠΛΥΜΑ ΒΡΟΜΙΚΟΥ ΧΡΗΜΑΤΟΣ») ΚΑΤΑ ΤΟ ΝΟΜΟ 4557/2018 (ΜΕΤΑ ΤΟ Ν. 4816/2021)	24
ΤΟ «ΜΩΣΑΪΚΟ» ΤΩΝ ΕΠΙΛΟΓΩΝ ΤΟΥ ΟΦΕΙΛΕΤΗ: ΠΤΩΧΕΥΣΗ, ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΟΣ ΜΗΧΑΝΙΣΜΟΣ, ΕΞΥΓΙΑΝΣΗ ή ΚΩΔΙΚΑΣ ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ;	30
ΟΙ ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΚΑΤΑΣΧΕΤΗΡΙΑΣ ΕΚΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΤΟΥ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΟΥ ΑΚΙΝΗΤΟΥ – ΑΜΥΝΑ ΑΠΕΝΑΝΤΙ ΣΕ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΣ ΠΡΑΞΕΙΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ	32
Η ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΜΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥ ΜΕΤΑ ΤΗ ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ	36
Η ΑΠΑΛΛΑΓΗ ΤΩΝ ΝΟΜΙΜΩΝ ΕΚΠΡΟΣΩΠΩΝ ΚΑΙ ΔΙΟΙΚΟΥΝΤΩΝ ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ ΣΤΗΝ ΠΤΩΧΕΥΣΗ: ΜΙΑ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΗ ΔΕΥΤΕΡΗ ΕΥΚΑΙΡΙΑ;	38
ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΕΞΟΔΟΥ ΤΟΥ ΕΤΑΙΡΟΥ ΣΤΙΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΕΣ ΕΤΑΙΡΕΙΕΣ	41
Η ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΔΙΑΓΡΑΦΗΣ ΧΡΕΩΝ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΝΕΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΗΣ ΕΞΥΓΙΑΝΣΗΣ ΜΕΣΑ ΑΠΟ 7 ΕΡΩΤΟΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ	44
ΕΝΑΣ ΑΠΛΟΣ ΤΡΟΠΟΣ ΓΙΑ ΝΑ ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΣΕΤΕ ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΤΗΣ ΙΣΤΟΣΕΛΙΔΑΣ ΣΑΣ – ΜΙΑ ΙΣΤΟΡΙΑ ΚΑΙ ΕΝΑ ΔΙΔΑΓΜΑ	47
Η «ΔΕΥΤΕΡΗ ΕΥΚΑΙΡΙΑ» ΤΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΩΝ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΟΝ ΝΕΟ ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟ ΝΟΜΟ	49

Η ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΤΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΣΤΗΝ ΠΡΑΞΗ

**Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert**

Δεκέμβριος 2021
(αναδημοσίευση από taxheaven.gr)

Ένα θέμα που ανακύπτει όχι τόσο σπάνια στην πράξη είναι αυτό του δικαστικού διορισμού προσωρινής διοίκησης Ανώνυμης Εταιρείας βάσει του άρθρου 69 του Αστικού Κώδικα. Στο παρόν άρθρο θα αναφέρουμε ορισμένα από τα πιο σοβαρά ζητήματα που τίθενται κατά την εφαρμογή των κείμενων διατάξεων.

Ενίστε και για διάφορους λόγους οι εταιρείες στερούνται διοίκησης. Λ.χ. τα μέλη του ΔΣ παραιτούνται ή η θητεία του ΔΣ έχει λήξει κοκ. Σε αυτή την περίπτωση δεν υπάρχει διοίκηση με αποτέλεσμα όχι μόνο να μην μπορεί η Α.Ε. να διαχειριστεί τραπεζικούς λογαριασμούς, διενεργήσει πωλήσεις και αγορές, ασκήσει ένδικα βοηθήματα κτλ. αλλά να μην είναι δυνατή και η διενέργεια επιθετικών ενεργειών σε βάρος της από τρίτους πιστωτές της κτλ. Κλασικό παράδειγμα είναι αυτό της κατάσχεσης εκ μέρους πιστωτικού ιδρύματος σε βάρος Α.Ε. που στερείται διοίκησης: σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει το πιστωτικό ίδρυμα να έχει αντιληφθεί την έλλειψη διοίκησης (τούτο δεν είναι αυτονόητο) και να προχωρήσει πριν την κατάσχεση σε αίτημα διορισμού προσωρινής διοίκησης στο αρμόδιο Πρωτοδικείο ώστε να μπορεί να λάβει χώρα η επίδοση της κατασχετήριας έκθεσης. Αντίστοιχα και η ΑΑΔΕ, εφόσον επιθυμεί να διενεργήσει φορολογικό έλεγχο θα πρέπει να αιτηθεί τον διορισμό προσωρινής διοίκησης ώστε να υπάρχει διοικητικό συμβούλιο για να παραλάβει την εντολή ελέγχου και τις τυχόν καταλογιστικές πράξεις που θα εκδοθούν κατόπιν. Ποια είναι όμως τα ζητήματα που συνήθως ανακύπτουν στην πράξη;

1. Ποιοι διορίζονται μέλη της προσωρινής διοίκησης;

Το δικαστήριο είναι αρμόδιο να διορίσει τα μέλη της προσωρινής διοίκησης βάσει των ρυθμίσεων του νόμου και του καταστατικού. Π.χ. αν σε ένα καταστατικό μιας ΑΕ προβλέπεται 5μελές διοικητικό συμβούλιο, το Δικαστήριο θα πρέπει να διορίσει πέντε άτομα στην προσωρινή διοίκηση. Επίσης, το δικαστήριο είναι ελεύθερο να επιλέξει τα πρόσωπα που θα απαρτίσουν τα μέλη του ΔΣ και δεν δεσμεύεται από τις τυχόν προτάσεις του αιτούντος και εν γένει των διαδίκων. Αποφασίζει με βάση την καταλληλότητα των προσώπων και ενίστε βάσει της μέχρι σήμερα ενασχόλησής τους με τα εταιρικά ζητήματα. Είναι πιθανό λ.χ. σε μια λειτουργούσα επιχείρηση, να κριθεί σκόπιμο να επιλεγούν πρόσωπα που κατείχαν θέσεις διοίκησης, διευθυντικές κτλ. ώστε να μην απαιτηθεί

μεγάλο χρονικό διάστημα προσαρμογής. Συνήθως όταν η αίτηση διορισμού προσωρινής διοίκησης υποβάλλεται από εταίρο/μέτοχο τότε θα προτείνεται ο διορισμός μελών δικής του αποδοχής. Αντίστοιχα όταν ζητείται ο διορισμός εκ μέρους τρίτου δανειστή (π.χ. τράπεζας) προτείνονται μέλη διοίκησης που είναι υπάλληλοι του τελευταίου ή συνεργαζόμενοι με αυτόν. Τούτο λαμβάνει χώρα για να καταστεί λιγότερο πιθανή η άρνηση αποδοχής της θέσης του μέλους της προσωρινής διοίκησης. Αντίθετα, όταν την αίτηση ασκεί η ΑΑΔΕ, προτείνει συνήθως το διορισμό μελών από την προηγούμενη διοίκηση της εταιρείας. Αυτό όμως έχει ως συνέπεια ότι τα διορισθέντα μέλη μπορούν απλά να μην αποδεχτούν τη θέση αυτή και άρα να μείνει πάλι η εταιρεία χωρίς διοίκηση.

Εξάλλου το δικαστήριο σε κάθε περίπτωση δεν είναι υποχρεωμένο να ακολουθήσει τις προτάσεις των αιτούντων αλλά μπορεί να διορίσει μέλη από τους οικείους καταλόγους πραγματογνωμόνων. Εκεί, φυσικά, είναι που διαπιστώνονται ακόμα μεγαλύτερα προβλήματα καθότι είναι άκρως δυσχερές να εντοπίσεις πραγματογνώμονα που να επιθυμεί να είναι μέλος προσωρινής διοίκησης. Τούτο διότι αφενός τίθενται συχνά ζητήματα προσωπικής ευθύνης για τυχόν οφειλές του νομικού προσώπου κτλ., αφετέρου ο διορισμός που λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο ενδοεταιρικών συγκρούσεων αρκετές φορές οδηγεί σε υποβολή μηνύσεων κατά των μελών της προσωρινής διοίκησης (για διάφορα αδικήματα του ποινικού κώδικα ή και του ν. 4548/2018).

2. Είναι υποχρεωμένα τα διορισθέντα από το δικαστήριο μέλη να αποδεχτούν τη θέση τους;

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία των δικαστηρίων μας, δεν μπορεί να λάβει χώρα ο διορισμός προσώπων ως προσωρινών διοικητών, αν τα ίδια τα πρόσωπα δεν αποδεχτούν τη θέση αυτή. Σύμφωνα και με άποψη γνωστού συγγραφέα «Η δικαστική απόφαση παράγει τα αποτελέσματά της από το διορισμό, αλλά τα διορισθέντα μέλη οφείλουν να αποδεχθούν το διορισμό τους, αφού ουδείς μπορεί να αναλάβει υποχρεώσεις χωρίς τη θέλη-

σή του. Χωρίς τη μονομερή δικαιοπραξία της αποδοχής η οργανική σχέση που συνδέει τα μέλη του ΔΣ με την εταιρία δεν είναι δυνατή» (Μαρίνος). **Αναγκαστικός διορισμός, δηλαδή, διοικητή Νομικού Προσώπου δεν είναι εφικτός με βάση το ισχύον δίκαιο.** Η αποδοχή δε του διορισμού από το μέλος της προσωρινής διοίκησης μπορεί να λάβει χώρα είτε ρητώς (με τη σχετική δημοσίευση και στο ΓΕΜΗ), είτε και σιωπηρώς συναγόμενη από τις περιστάσεις. Π.χ. η συμμετοχή σε συνεδρίαση ΔΣ αποτελεί ένδειξη αποδοχής της Θέσης. Επομένως σε περίπτωση που κάποιο διορισθέν μέλος προσωρινής διοίκησης δεν επιθυμεί την αποδοχή της Θέσης αυτής, θα πρέπει, προς αποφυγή παρερμηνειών και αμφισβητήσεων, να το δηλώσει ρητά είτε στους μετόχους της Α.Ε., είτε στο ΓΕΜΗ, είτε στον αιτούντα το διορισμό κοκ.

3. Ποιες οι εξουσίες των μελών της προσωρινής διοίκησης;

Οι εξουσίες της προσωρινής διοίκησης καθορίζονται από την δικαστική απόφαση που τη διορίζει. Στην περίπτωση κατά την οποία δεν καθορίζονται ειδικώς, η διορίζομενη προσωρινή διοίκηση έχει όλες τις εξουσίες του τακτικού διοικητικού συμβουλίου. Συνήθως όμως καθορίζονται οι εξουσίες ως εξής: α) όταν ο διορισμός λαμβάνει χώρα λόγω έλλειψης διοίκησης τότε κύρια αποστολή του θα είναι η σύγκληση ΓΣ για εκλογή νέου ΔΣ με τον χειρισμό των μέχρι τότε επειγουσών υποθέσεων ενώ β) όταν ο διορισμός λαμβάνει χώρα λόγω σύγκρουσης συμφερόντων η κύρια αποστολή του θα είναι η λήψη της συγκεκριμένης απόφασης για την οποία προέκυψε η σύγκρουση. Σημασία έχει να τονιστεί ότι στην τελευταία αυτή περίπτωση, το αιρετό ΔΣ συνεχίζει να ασκεί τα καθήκοντά του ως προς τις λοιπές υποθέσεις της εταιρείας που δεν συνδέονται με το ζήτημα για το οποίο έχει προκύψει η σύγκρουση συμφερόντων (δηλ. συμβαίνει το εξαιρετικό, να υπάρχουν δύο διοικητικά όργανα της ΑΕ την ίδια χρονική στιγμή ασκώντας διοίκηση παράλληλα για διαφορετικά όμως θέματα).

Επομένως αν το εύρος των εξουσιών περιορίζεται στα επείγοντα και ανεπίδεκτα αναβολής θέματα, το προσωρινό ΔΣ δεν θα μπορεί να προχωράει σε κατάρτιση μακροχρόνιων συμβάσεων, σε παραγωγικές επενδύσεις, σε πωλήσεις περιουσιακών στοιχείων, σε προσλήψεις υπαλλήλων κτλ.

Η δε απόφαση του δικαστηρίου δεν φτάνει μέχρι την απονομή εξουσιών στα μέλη του ΔΣ όπως είναι εκείνες του

διευθύνοντος συμβούλου και του αντιπροέδρου. Το διορισθέν ωστόσο προσωρινό ΔΣ μπορεί να αναθέσει εξουσίες υποκατάστατου οργάνου σε συγκεκριμένο μέλος του –το οποίο αποκτά άρα την ιδιότητα του Διευθύνοντος Συμβούλου– και απαραίτητα αναθέτει εξουσίες Προέδρου ΔΣ σε συγκεκριμένο μέλος του ώστε να καταστεί δυνατή η λειτουργία του (για να μπορεί να συγκαλείται το ΔΣ σε συνεδρίαση κοκ).

4. Πότε λήγει η θητεία της προσωρινής διοίκησης;

Η απάντηση στο ερώτημα αυτό εξαρτάται από το διατακτικό της οικείας δικαστικής απόφασης. Η τελευταία συνήθως ορίζει προθεσμία ορισμένων μηνών εντός της οποίας θα πρέπει η προσωρινή διοίκηση να συγκαλέσει ΓΣ, στις περιπτώσεις διορισμού λόγω έλλειψης διοίκησης. Ενδέχεται, ωστόσο, εφόσον η προσωρινή διοίκηση διορίστηκε λόγω προσβολής προγενέστερης απόφασης εκλογής αιρετού ΔΣ, να ορισθεί η θητεία έως την τελεσιδικία της εκεί αντιδικίας (το οποίο μπορεί να διαρκέσει και αρκετά χρόνια!). Η πάροδος του χρόνου για το οποίο διορίστηκε το προσωρινό ΔΣ επιφέρει αυτομάτως τη λήξη της θητείας του, με αποτέλεσμα να πρέπει να υποβληθεί νέα αίτηση διορισμού, εφόσον δεν είναι δυνατή η εκλογή τακτικού ΔΣ. **Φυσικά υπάρχει και η δυνατότητα της ΓΣ να εκλέξει τακτικό ΔΣ, γεγονός που επιφέρει αυτόματα τη λήξη της θητείας του προσωρινού ΔΣ έστω κι αν δεν έχει παρέλθει ο χρόνος διορισμού του** (αμφ. – βλ. Αστρογέρακας, Έλλειψη Διοίκησης Ν.Π., σελ. 179: «Σημειώνω δε, ότι το λειτουργημα της προσωρινής διοίκησης περατούται αυτοδικαίως, ανεξαρτήτως διαφορετικής αναφοράς στην απόφαση διορισμού του, ευθύς ως το νομικό πρόσωπο αποκτήσει τακτική διοίκηση». Ομοίως Μάρκου, Το Δ.Σ. της Α.Ε., 2014, σελ. 140: «Η εξουσία του προσωρινού Δ.Σ. παύει αυτοδικαία όταν η ΓΣ εκλέξει ΔΣ, ακόμη και όταν η διορίσασα απόφαση δεν προβλέπει σχετικά»). Μάλιστα η τελευταία δυνατότητα μπορεί να αδρανοποιήσει και αποφάσεις διορισμού προσωρινής διοίκησης εκ μέρους πιστωτών, καθότι το διορισθέν προσωρινό ΔΣ αντικαθίσταται αυτομάτως με το αιρετό τακτικό ΔΣ, πληροφορία που ενδεχομένως δεν έχει περιέλθει σε γνώση του δανειστή με αποτέλεσμα την ακυρότητα τυχόν επιδόσεων κτλ..

5. Πώς αμείβονται τα μέλη της προσωρινής διοίκησης;

Τα μέλη του προσωρινού ΔΣ αμείβονται όπως και τα μέλη του τακτικού αιρετού ΔΣ. Δηλαδή με βάση από-

φαση της Γενικής Συνέλευσης της εταιρείας. Προφανώς για το αρχικό διάστημα του διορισμού τους είναι πιθανή η λήψη προκαταβολής αλλά η οριστική έγκριση θα λάβει χώρα με απόφαση της Γενικής Συνέλευσης της Α.Ε.. (βλ. άρθρα 117 και 109 του νόμου 4548/2018). **Επομένως, ούτε ο αιτών τον διορισμό τους είναι υπεύθυνος στην καταβολή της αμοιβής τους αλλά ούτε το δημόσιο.** Φυσικά εδώ ανακύπτει συχνά ένα πρακτικό ζήτημα που συνδέεται με το γεγονός ότι σε αρκετές περιπτώσεις οι εταιρείες των οποίων η διοίκηση διορίζεται προσωρινά, δεν έχουν την οικονομική δυνατότητα να ανταποκριθούν στις οικονομικές απαιτήσεις των διορισθέντων με αποτέλεσμα οι τελευταίοι να μην αποδέχονται το διορισμό τους (στην πράξη θα πρέπει οι αιτούντες τον διορισμό να επωμισθούν την ικανοποίηση των χρηματικών αξιώσεων των διορισθέντων, αποκτώντας αξίωση κατόπιν κατά της εταιρείας εκ των διατάξεων περί διοίκησης αλλοτρίων κοκ).

6. Ποια η ευθύνη των μελών της προσωρινής διοίκησης;
Ένα από τα πιο κρίσιμα ζητήματα είναι αυτό της ευθύνης των μελών της προσωρινής διοίκησης απέναντι στο Δημόσιο-ΕΦΚΑ και στους τρίτους. Σαν βασική αρχή ισχύει φυσικά ότι η ευθύνη των διορισμένων μελών της προσωρινής διοίκησης περιορίζεται στις πράξεις ή παραλείψεις αυτών κατά τη διάρκεια της θητείας τους (πρβλ. άρθρο 786 παρ. 3 ΚΠολΔ). **Το κύριο ζητούμενο, ωστόσο, είναι αφενός η ευθύνη των μελών όσον αφορά στις φορολογικές και ασφαλιστικές οφειλές της εταιρείας, αφετέρου η πιθανή ποινική ευθύνη των μελών για τα εγκλήματα φοροδιαφυγής, φοροϋπερημερίας και εισφοροδιαφυγής.** Μετά από παλινδρομήσεις της ελληνικής νομολογίας, πλέον μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι η ευθύνη των μελών της προσωρινής διοίκησης είναι αρκετά περιορισμένη. Φυσικά σημασία έχει και το εύρος των διαχειριστικών καθηκόντων που της έχουν ανατεθεί από το αρμόδιο δικαστήριο.

Ειδικότερα:

Α. Σε σχέση με τις οφειλές προς το Δημόσιο, η απόφαση υπ' αριθμ. 2030/2004 του ΣτΕ έκρινε ότι οι διατάξεις περί της αλληλέγγυας με το νομικό πρόσωπο ευθύνης των νομίμων εκπροσώπων, ως στενών ερμηνευτέες, δεν εφαρμόζονται προκειμένου περί προσωρινής διοίκησης που διορίστηκε με δικαστική απόφαση κατά το άρθρο 69 ΑΚ. Αντίστοιχα, προσφάτως, με την υπ' αριθμ. 163/2021 απόφαση του Διοικητικού Πρωτοδικείου Ρόδου

κρίθηκε ότι: «Περαιτέρω, οι εν λόγω διατάξεις περί της ευθύνης των νομίμων εκπροσώπων, οι οποίες από τη φύση τους είναι στενών ερμηνευτέες (πρβλ. ΣτΕ 2816/2020 7μ., 498/2020 7μ., 1213/2019 7μ., 2030/2004 7μ.), δεν έχουν εφαρμογή προκειμένου περί προσωρινής διοίκησης, η οποία διορίζεται με δικαστική απόφαση κατά το άρθρο 69 του ΑΚ (πρβλ. ΣτΕ 2030/2004 7μ., 1183-1187/2018 7μ., 1180/2018)». Επίσης, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθμ. 1026/2021 απόφασή του έκρινε ότι τα διορισμένα στην προσωρινή διοίκηση ανώνυμης εταιρείας μέλη, βάσει δικαστικής απόφασης, δεν ευθύνονται για την καταβολή των οφειλόμενων εκ μέρους ανώνυμης εταιρείας προς το Ι.Κ.Α.-Ε.Τ.Α.Μ. ασφαλιστικών εισφορών.

Μάλιστα ήδη το οικείο άρθρο 50 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας τροποποιήθηκε το 2019 ως εξής: «Οι διατάξεις του άρθρου 50 του ν. 4174/2013 (Α` 170) εφαρμόζονται και στην περίπτωση ορισμού ή εκλογής προσωρινής διοίκησης σύμφωνα με την παρ. 2, με την προϋπόθεση ότι οι οφειλές της παρ. 1 του άρθρου 50 του ν. 4174/2013 γεννήθηκαν και κατέστησαν ληξιπρόθεσμες κατά τη διάρκεια της θητείας των ανωτέρω προσώπων και δεν καταβλήθηκαν ή δεν αποδόθηκαν στο Δημόσιο από δόλο ή βαρεία αμέλεια τους». Επομένως βλέπουμε ότι πλέον, και σε αντίθεση με τα μέλη της τακτικής διοίκησης, τα μέλη της προσωρινής διοίκησης ευθύνονται μόνο εφόσον α) τα χρέη γεννήθηκαν και β) κατέστησαν ληξιπρόθεσμα κατά τη διάρκεια της θητείας τους.

Η περιορισμένη αυτή ευθύνη των μελών της προσωρινής διοίκησης απαλλάσσει τα τελευταία από ενδεχόμενα βάρη που θα τα απέτρεπταν εν τέλει να αποδεχτούν τον διορισμό τους με συνέπεια την πρόκληση ιδιαίτερων προβλημάτων και εμπλοκών. **Φυσικά, τα μέλη της προσωρινής διοίκησης πριν την αποδοχή του διορισμού τους θα κάνουν έναν έλεγχο της οικονομικής κατάστασης στην οποία βρίσκεται η εταιρεία, ώστε να μην βρεθούν στη δύσκολη θέση της αδυναμίας εξόφλησης φορολογικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων και απαιτηθεί κατόπιν να αποδείξουν την έλλειψη δόλου ή βαριάς αμέλειας στο πρόσωπό τους.**

Β. Σύμφωνα με το άρθρο 67 παρ. 1 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας: «Στα νομικά πρόσωπα, ως αυτουργοί των εγκλημάτων του παρόντος νόμου θεωρούνται, εφόσον με οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη συντέλεσαν στην τέλεσή τους: α) Στις ημεδαπές ανώνυμες εταιρίες, οι πρόεδροι των Δ.Σ., οι διευθύνοντες, εντεταλμένοι ή συ-

μπράττοντες σύμβουλοι, οι διοικητές, οι γενικοί διευθυντές ή διευθυντές, ως και εν γένει κάθε πρόσωπο εντεταλμένο είτε άμεσα από το νόμο είτε από ιδιωτική βούληση είτε με δικαστική απόφαση στη διοίκηση ή διαχείριση ή εκπροσώπηση αυτών. Αν ελλείπουν όλα τα παραπάνω πρόσωπα, ως αυτουργοί θεωρούνται τα μέλη των διοικητικών συμβουλίων των εταιριών αυτών, εφόσον ασκούν πράγματι προσωρινά ή διαρκώς ένα από τα καθήκοντα που αναφέρονται πιο πάνω».

Επομένως εφόσον δεν έχει η δικαστική απόφαση ή τα ίδια τα μέλη ορίσουν Προέδρο ΔΣ ή Διευθύνοντα Σύμβουλο, όλα τα μέλη θα δύνανται να βρεθούν ποινικά υπεύθυνα για το αδίκημα της φοροδιαφυγής (ομοίως και για το αδίκημα της εισφοροδιαφυγής του α.ν. 86/1967 καθότι έχει γίνει δεκτό ότι αν δεν έχει οριστεί Προέδρος ή Διευθύνων Σύμβουλος, θεμελιώνεται επικουρική ευθύνη όλων των μελών ΔΣ - βλ. λ.χ. ΑΠ 360/2013). Ωστόσο δυσχερώς θα πληρούται η υποκειμενική υπόσταση του αδικήματος λόγω του περιορισμένου των καθηκόντων βάσει της απόφασης διορισμού.

Το συμπέρασμα άρα που προκύπτει από τα ανωτέρω είναι ότι όσο πιο περιορισμένη είναι η διατύπωση των καθηκόντων της προσωρινής διοίκησης από τη δικαστική απόφαση, τόσο πιο προστατευμένα είναι τα τελευταία ως προς τυχόν ευθύνες τους. Το ίδιο ισχύει φυσικά και για το χρονικό διάστημα που βρίσκονται στη διοίκηση της εταιρείας: είναι διαφορετικό το εύρος της ευθύνης μιας προσωρινής διοίκησης που λειτούργησε για ορισμένους μόνο μήνες από αυτή που βρέθηκε στο «τιμόνι» της εταιρείας για 2 ή 3 χρόνια (γεγονός πιθανόν ιδίως όταν ο διορισμός λαμβάνει χώρα μέχρι την έκδοση τελεσίδικης απόφασης επί αγωγής ακύρωσης απόφασης ΓΣ περί διορισμού αιρετού ΔΣ).

7. Τι συμβαίνει αν τα μέλη της προσωρινής διοίκησης αρνούνται να συγκαλέσουν Γενική Συνέλευση για την εκλογή αιρετής διοίκησης όταν τούτη είναι δυνατή;

Στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να ζητηθεί αναγκαστικώς η σύγκληση Γενικής Συνέλευσης από τους μετόχους με βάση το δικαιώμα μειοψηφίας του άρθρου 141 του νόμου 4548/2018. Αν τα μέλη του ΔΣ εμμένουν στη μη σύγκληση της ΓΣ, τότε θα πρέπει να υποβληθεί η αντίστοιχη αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ώστε να διαταχθεί η σύγκληση από το αρμόδιο δικαστήριο. Σημαντικό είναι επίσης να λεχθεί ότι η μη σύγκληση Γενικής Συνέλευσης από τα μέλη της προσωρινής διοίκησης κατόπιν αιτήματος μετόχου, αποτελεί ποινικό αδίκημα (του άρθρου 180 παρ. 1 ν. 4548/2018 με χρηματική ποινή από 5.000 μέχρι 15.000 ευρώ). Μάλιστα, σύμφωνα με σχετική γνωμοδότηση για το ζήτημα του δικαιώματος σύγκλησης Γ.Σ. του ισχύσαντος άρθρου 39 του νόμου 2190/1920 (αντίστοιχου του άρθρου 141 του νέου νόμου 4548/2018) του Προέδρου της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής του ν. 4548/2018, καθηγητή Ε. Περάκη: «Για την προστασία των μετόχων, ιδίως της μειοψηφίας, ο ελληνικός εταιρικός νόμος (όπως και πολλές άλλες νομοθεσίες, ευρωπαϊκές και μη) παρέχει δικαιώμα σε μειοψηφία μετόχων που εκπροσωπεί το 1/20 του κεφαλαίου να ζητήσει από το διοικητικό συμβούλιο τη σύγκληση γενικής συνέλευσης (άρθρο 39 παρ. 1 ΚΝ 2190/1920). ... Επίσης, αν και το άρθρο 39 ρυθμίζει δικαιώματα «μειοψηφίας», δεν αποκλείεται να γίνει χρήση των δικαιωμάτων αυτών και από την πλειοψηφία, αν π.χ. το ΔΣ έχει αυτονομηθεί και δεν συγκατατίθεται στα αιτήματά της, ή αν το ΔΣ έχει διορισθεί κατά το άρθρο 69 ΑΚ». Δεν θα μπορούσε άλλωστε να ισχύει κάτι διαφορετικό, γιατί τότε θα έπρεπε να δεχτούμε ότι οι μέτοχοι στερούνται των δικαιωμάτων τους, μόνο και μόνο επειδή αντί της τακτικής διοίκησης, έχει διοριστεί προσωρινή.

Η ΕΝΔΟΟΜΙΛΙΚΗ (ΚΑΙ ΟΧΙ ΜΟΝΟ) ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ

Γιάννης Ψαράκης
Υπ. Δ.Ν., ΜΔΕ (mult.)

Δεκέμβριος 2021

Η θεματική της χρηματοδότησης αποτελεί ένα από τα σημαντικότερα και επαναλαμβανόμενα ζητήματα που απασχολούν τις επιχειρήσεις σε παγκόσμιο επίπεδο. Έτσι, σκοπός του σημειώματος (Μέρος Α' και Μέρος Β') είναι να αποτελέσει τον οδικό χάρτη στον οποίο θα μπορεί να βασιστεί ο επιχειρηματίας προκειμένου να αποκτήσει μια πολύ καλή πρώτη εικόνα για τις διαθέσιμες επιλογές, τόσο από τη σκοπιά του εταιρικού, όσο και από εκείνη του φορολογικού δικαίου.

1. Η χρησιμότητα

Η θεματική της χρηματοδότησης αποτελεί ένα από τα σημαντικότερα και επαναλαμβανόμενα ζητήματα που απασχολούν τις επιχειρήσεις σε παγκόσμιο επίπεδο. Ιδέες και επιχειρηματικές ευκαιρίες θα προβάλλουν συνεχώς πάντοτε όμως θα χρειάζονται τα αναγκαία κεφάλαια προκειμένου όλα αυτά να περάσουν από το χώρο των ιδεών στην πράξη. Επίσης, πολλές φορές η ρευστότητα θα υπάρχει, για παράδειγμα, εντός του Ομίλου, αλλά όχι και στις ίδιες τις οντότητες οι οποίες την έχουν ανάγκη. Τι γίνεται σε αυτές τις περιπτώσεις; Ποιες οι δυνατότητες και ποια είναι τελικά η «οικονομικά» περισσότερο ανώδυνη;

Σκοπός του σημειώματος (Μέρος Α' και Μέρος Β') είναι να αποτελέσει τον οδικό χάρτη στον οποίο θα μπορεί να βασιστεί ο επιχειρηματίας προκειμένου να αποκτήσει μια πολύ καλή πρώτη εικόνα για τις διαθέσιμες επιλογές, τόσο από τη σκοπιά του εταιρικού, όσο και από εκείνη του φορολογικού δικαίου. Όπως θα παρατηρήσουμε, η τελευταία δεν είναι καθόλου αδιάφορη αφού μπορεί να επιβαρύνει το όλο εγχείρημα με σημαντικά συναλλακτικά κόστη (transactional costs). Κάθε περίπτωση είναι διαφορετική, οι ανάγκες ποικίλουν και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά κάθε οντότητας διαφέρουν· παρ' όλα αυτά, η ανάπτυξη που ακολουθεί μπορεί να αποτελέσει μια πολύ καλή αφετηρία για την επιλογή του τρόπου χρηματοδότησης μιας επιχείρησης, επιλέγοντας ανάμεσα σε μερικές από τους πλέον δημοφιλείς στον χώρο των επιχειρήσεων τρόπους χρηματοδότησης. **Θα αναλύσουμε, συγκεκριμένα, το απλό και το ομολογιακό δάνειο, την παραλλαγή του cash-pooling, την ταμειακή διευκόλυνση και την καταβολή έναντι μελλοντικής αύξησης μετοχικού κεφαλαίου.** Επίσης, ενόσω το άρθρο γράφεται με την προοπτική της ενδοομιλικής χρηματοδότησης, πολλά από τα θέματα που αναλύει μπορούν να εφαρμοστούν και στο σύνηθες περιβάλλον της δραστηριότητας εκτός κάποιου Ομίλου.

Στο σημερινό άρθρο (Μέρος Α') θα παρακολουθήσουμε την περίπτωση του δανείου, την περίπτωση της ταμειακής διευκόλυνσης, αλλά και την παραλλαγή του cash pooling, όλα υπό το πρίσμα και σχετικά πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας αναφορικά με την επιβολή φορολογίας χαρτοσήμου επί συμβάσεων με τα στοιχεία δανείου.

2. Η επιλογή του απλού δανείου

Επί απλού δανείου μεταξύ θυγατρικής και μητρικής εμπορικής εταιρείας (και εφόσον δεν τηρείται δοσοληπτικός λογαριασμός – Θα δούμε στη συνέχεια ποια είναι τα χαρακτηριστικά του) επιβάλλεται φορολογία χαρτοσήμου 2,4% επί κάθε πράξης δανείσματος.

Εφόσον όμως τηρείται δοσοληπτικός (δηλ. αλληλόχρεος) λογαριασμός, επιβάλλεται φορολογία χαρτοσήμου 2,4% στο μεγαλύτερο υπόλοιπο κάθε χρήσης. Το ποσό το οποίο μεταφέρεται στην επόμενη χρήση, αν δεν κινθεί καθόλου (ή κινθεί μόνο ελάχιστα - π.χ. 5.000€ σε συνολική μεταφερόμενη οφειλή 2.000.000€), επιβάλλεται χαρτόσημο απλής κατάθεσης 1,2%. Παράλληλα, σε κάθε (μεθ)επόμενη χρήση, δεν επιβάλλεται φορολογία χαρτοσήμου (αυτά κρίθηκαν για παράδειγμα στη ΔΕΔ Αθήνας 891/2020).

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι πολλές φορές η παροχή δανείου μέσω δοσοληπτικού λογαριασμού (2,4% στο υψηλότερο υπόλοιπο της χρήσης) θα αποτελεί ελκυστική λύση.

Επί των τυπολογικών χαρακτηριστικών ενός δοσοληπτικού λογαριασμού, με τη βοήθεια ενός αρνητικού αλλά και ενός θετικού ορισμού, λεκτέα τα ακόλουθα: σύμφωνα με τη θέση της ΔΕΔ ο λογαριασμός δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί ως δοσοληπτικός όταν, συνεχώς, κατά τη διάρκεια της χρήσης, μόνο πιστώνεται ή μόνο χρεώνεται (ΔΕΔ Αθήνας 743/2019 – Έτσι και ο Ρέπτας, Φορολογία χαρτοσήμου: «[Δ]εν είναι αναγκαίο ο δοσοληπτικός λογα-

ριασμός να μεταβάλλεται μία φορά, τουλάχιστον, εντός της χρήσης από χρεωστικός σε πιστωτικό ή το αντίστροφο [...] ο δοσοληπτικός αρκεί να εμφανίζει συνεχή κίνηση καταθέσεων και αναλήψεων, έστω και αν το υπόλοιπο του καθόλη τη χρήση παραμένει χρεωστικό ή πιστωτικό»). Επομένως, αν ο λογαριασμός δεν εμφανίζει καταθέσεις και αναλήψεις, δεν είναι δοσοληπτικός. Με τα παραπάνω συμφωνεί και η νομολογία.

Προσοχή όμως στο εξής: σε ορισμένες περιπτώσεις οι απαιτήσεις για το χαρακτηρισμό του λογαριασμού ως δοσοληπτικού (και άρα την επιβολή χαρτοσήμου μόνο στο μεγαλύτερο υπόλοιπο της χρήσης) είναι αυστηρότερες. Για παράδειγμα, στη ΔΕΔ Αθήνας 1458/2020 κρίθηκε ότι ο λογαριασμός δεν είναι δοσοληπτικός (και άρα επιβάλλεται χαρτόσημο 2,4% σε κάθε ξεχωριστή κίνηση) εφόσον πάντοτε το υπόλοιπο είναι χρεωστικό ή πιστωτικό ανεξαρτήτως του εάν υπάρχουν κινήσεις και προς τις δύο κατευθύνσεις. Σημειώνουμε ότι αυτή η θέση έχει υποστηριχθεί σε αρθρογραφία και από ελεγκτή της ΑΑΔΕ σε νομικό περιοδικό.

Αξίζει να αναφερθεί και το εξής: σύμφωνα με τη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων – η σχετική νομολογία του Αρείου Πάγου είναι πάγια – για το χαρακτηρισμό ενός λογαριασμού ως αλληλόχρεου αρκεί (αλλά και απαιτείται) να υφίσταται η πραγματική δυνατότητα να βρεθεί οποιοδήποτε από τα δύο μέρη στη θέση του δανειστή και του οφειλέτη. Η θέση αυτή είναι ενδιάμεση των θέσεων που προαναφέρθηκαν, στο μέτρο που ναι μεν δεν αρκείται στην εμφάνιση καταθέσεων και αναλήψεων (απαιτείται να υπάρχει η δυνατότητα να βρεθεί οποιοδήποτε μέρος σε θέση δανειστή ή οφειλέτη οποιαδήποτε στιγμή), πλην όμως δεν απαιτεί και την πραγματική διαμόρφωση της κατάστασης έτσι ώστε αμφότερα τα μέρη να έχουν πραγματικά υπάρξει και στις δύο θέσεις. Αρκεί η δυνατότητα. Αυτή η θέση είναι, κατά τη γνώμη μας, και εκείνη που θα πρέπει να επικρατήσει, αποτελώντας άλλωστε και έναν ενδιάμεσο συμβιβασμό των εκατέρωθεν απόψεων σε επίπεδο φορολογικού ελέγχου και ΔΕΔ.

3. Η περίπτωση της ταμειακής διευκόλυνσης

Όπως θα δούμε και στη συνέχεια, ο χαρακτηρισμός μιας κίνησης ως δάνειο έρχεται με ορισμένες προϋποθέσεις. Αν αυτές δεν πληρούνται –αν δηλ. δεν μιλάμε για δάνειο– το πιθανότερο είναι ο έλεγχος να χαρακτηρίσει την κίνηση ως ταμειακή διευκόλυνση. Ποια η διαφορά;

Αν λοιπόν η μεταφορά ρευστότητας μεταξύ των εμπορικών εταιρειών χαρακτηρισθεί ως ταμειακή διευκόλυνση, τότε επιβάλλεται φορολογία χαρτοσήμου 1,2% σε κάθε μεμονωμένη πράξη (βλ. π.χ. 73/2020 ΔΕΔ ΑΘΗΝΑΣ).

Άρα ανάλογα με την περίπτωση –πλέον γνωρίζουμε και το καθεστώς επί παροχής δανείου σε περιβάλλον δοσοληπτικού λογαριασμού (ή όχι) και το καθεστώς της απλής κατάθεσης (ταμειακής διευκόλυνσης)– μπορεί να καταλήγει συμφερότερη η διαμόρφωση δοσοληπτικού λογαριασμού (χαρτόσημο 2,4% στο υψηλότερο υπόλοιπο), αντί για απλή κατάθεση (1,2% σε κάθε πράξη –μη δοσοληπτικός λογαριασμός). Αυτό θα συμβεί, για παράδειγμα, εάν γίνουν μερικότερες μεταφορές από τη μητρική στη θυγατρική, αλλά και με ενδιάμεσες εξοφλήσεις (ανακυκλούμενη πίστωση), ώστε το μέγιστο υπόλοιπο να είναι μικρότερο από το το άθροισμα των καταβολών.

Εάν όμως γίνουν καταβολές στη χρήση χωρίς ενδιάμεσες εξοφλήσεις, συμφερότερη κρίνεται η λύση των ταμειακών διευκολύνσεων (χαρτόσημο 1,2%).

4. Δάνειο ή απλή κατάθεση;

Πώς όμως θα ξέρουμε αν η κίνηση θα αντιμετωπιστεί ως δάνειο ή ως ταμειακή διευκόλυνση; Το πώς θα χαρακτηριστεί η συγκεκριμένη κίνηση έχει πολύ μεγάλη σημασία για σκοπούς φορολογίας χαρτοσήμου. Η διαφορά του 1,2% (απλή κατάθεση - ταμειακή διευκόλυνση) με το 2,4% (δάνειο), όταν τα ποσά είναι πραγματικά μεγάλα, μπορεί να διαμορφώνει ως απαγορευτική την επιλογή για την επιχείρηση. Το πότε μιλάμε για δάνειο, είναι ζήτημα απόδειξης· το δε βάρος απόδειξης βρίσκεται στο φορολογικό έλεγχο.

Προσπαθώντας με συντομία να καταλάβουμε μεγάλο όγκο των περιπτώσεων, συνήθως ο έλεγχος δεν θα έχει περιθώρια να στοιχειοθετήσει την ύπαρξη δανείου (η εάν κρίνει περί τέτοιας, η πράξη διορθωτικού προσδιορισμού θα είναι ακυρωτέα) εάν:

A) Υπάρχει έγγραφο (ακόμα και εγγραφή στα βιβλία της επιχείρησης περί καταθέσεως χρημάτων από τους εταίρους, μετόχους κ.λπ. – ως έγγραφο κάποιες αποφάσεις θεωρούν και το βιβλιάριο), με ρητή αναγραφή της λέξης «κατάθεση» και όχι «δάνειο» ή

B) Δεν υπάρχουν έγγραφα ή

Γ) Εάν υπάρχουν έγγραφα, δεν γίνεται όμως αναφορά σε υποχρέωση επιστροφής ποσού.

Προσοχή: το ότι το ποσό επεστράφη δεν σημαίνει απαραίτητα και ότι πρόκειται για σύμβαση δανείου –το ποσό που «επεστράφη» δεν αποκλείεται να δόθηκε στο πλαίσιο άλλης έννομης σχέσης (έτσι η ΔΕΦΑΘ 3771/2017)– το βάρος απόδειξης βρίσκεται όπως είπαμε στη φορολογική Αρχή.

Ως γενική παρατήρηση θα μπορούσαμε να συγκρατήσουμε το συμπέρασμα ότι οι προϋποθέσεις για την στοιχειοθέτηση δανείου είναι πολύ αυστηρότερες από εκείνες της απλής ταμειακής διευκόλυνσης. Σε πολλές περιπτώσεις ενδικοφανών προσφυγών ενώπιον της ΔΕΔ, η απόφαση θα «υποβιβάζει» τη συναλλαγή από δάνειο σε απλή ταμειακή διευκόλυνση, ακριβώς διότι θα έχει κριθεί ότι δεν εντοπίστηκαν τα στοιχεία τα οποία προϋποτίθενται προκειμένου να θεωρηθεί ότι υπάρχει δάνειο. Συνέπεια αυτού θα είναι φυσικά η μείωση του ποσού της πράξης διορθωτικού προσδιορισμού.

5. Το ζήτημα της εκπειριμότητας των τόκων

Πάντοτε σε περιβάλλον Ομίλου θα μας απασχολεί και το ζήτημα της εκπειριμότητας των τόκων. Αυτό, ειδικότερα, ερευνάται σε δύο επίπεδα:

A. Σε επίπεδο Μητρικής η οποία ενδεχομένως δανείζεται κεφάλαια για τη χρηματοδότηση των θυγατρικών της (και από αυτό το δανεισμό προκύπτουν δαπάνες τόκων).

B. Σε επίπεδο Θυγατρικής, η οποία δανειζόμενη από τη μητρική, θα οφείλει τόκους για το λαμβανόμενο δάνεισμα.

5.1. Εκπειριμότητα των τόκων σε επίπεδο Μητρικής

Στην πρώτη περίπτωση πρέπει να προσεχθεί το εξής: τίθεται ζήτημα σχετικά με την έκπτωση δαπανών που συνδέονται με χρηματοδότηση συνδεδεμένης επιχείρησης (σχετικές οι ΔΕΔ Αθήνας 588/2020 και ΔΕΔ Αθήνας 2982/2019). Συγκεκριμένα, ενώ τα ενδοομιλικά μερίσματα σύμφωνα με το ά. 49 παρ. 1 ΚΦΕ απαλλάσσονται από τη φορολογία εισοδήματος (ισχύει και μεταξύ ημεδαπών), στο ά. 49 παρ. 4 του ΚΦΕ σημειώνεται ότι: «Εάν η διανομή κερδών που αναφέρεται στην παράγραφο 1 και 2 προκύπτει από συμμετοχή σε άλλο νομικό πρόσωπο, ο φορολογούμενος δεν μπορεί να εκπέσει τις επιχειρηματικές δαπάνες που συνδέονται με τη συμμετοχή αυτή».

Η διάταξη αυτή έχει ερμηνευθεί από την ΔΕΑΦ Β 1131644 ΕΞ 2016/7.9.2016 ως εξής: «[...] καταλαμβάνονται περιπτώσεις που οι σχετικές δαπάνες (π.χ. τόκοι

δανείων) πραγματοποιούνται όχι μόνο για την απόκτηση της συμμετοχής, αλλά και για τη χρηματοδότηση μίας ήδη υφιστάμενης θυγατρικής εταιρείας, και μάλιστα ανεξάρτητα από το εάν η χρηματοδότηση αυτή διευρύνει τη δυνατότητα κτήσης αφορολόγητου εσόδου (ενδοομιλικού μερίσματος) ή όχι» και μάλιστα «ανεξάρτητα αν στο έτος αυτό λαμβάνει χώρα διανομή κερδών από το νομικό πρόσωπο στο οποίο αυτό συμμετέχει».

Ως παραδείγματα δαπανών που δεν εκπίπτουν μπορούμε να αναφέρουμε τα συμβολαιογραφικά έξοδα, φόροι, αμοιβές τρίτων, κλπ., καθώς βεβαίως και τα τυχόν χρηματοοικονομικά έξοδα (τόκοι δανείων), κλπ.

5.2. Εκπειριμότητα των τόκων σε επίπεδο Θυγατρικής

Σε επίπεδο Θυγατρικής, η οποία λαμβάνει το δάνειο και αποδίδει τόκους στη Μητρική, καθοδήγηση παρέχεται από την ΠΟΛ.1113/2.6.2015: «Ειδικά στην περίπτωση δανείων μεταξύ συνδεδεμένων προσώπων κατά την έννοια των διατάξεων της περ. ζ' του άρθρου 2 του ν. 4172/2013 και με την προϋπόθεση ότι αθροιστικά πληρούνται τα κριτήρια του άρθρου 22 εφαρμόζονται αποκλειστικά οι ειδικότερες διατάξεις του άρθρου 50 του Κ.Φ.Ε., περί εφαρμογής της αρχής των ίσων αποστάσεων και των κατευθυντήριων γραμμών του ΟΟΣΑ για τις ενδοομιλικές συναλλαγές και όχι οι διατάξεις της περ. α' της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού. Επιπλέον, σύμφωνα με την ΠΟΛ.1037/2.2.2015 εγκύλιο στην περίπτωση των συνδεδεμένων επιχειρήσεων μετά την εφαρμογή του άρθρου 50 εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 49 περί υποκεφαλαιοδότησης». Επομένως, κρίσιμη για την έκπτωση των τόκων είναι η λήψη του δανείου σε περιβάλλον ίσων αποστάσεων (για την έννοια της αρχής των ίσων αποστάσεων βλ. αιμέσως στη συνέχεια).

Για τις ανάγκες εφαρμογής του ά. 49 ΚΦΕ καθοδήγηση παρέχεται από την ΠΟΛ.1037/2.2.2015. Στη συνήθη περίπτωση (στην ανάλυση της οποίας και θα περιοριστούμε) στην οποία οι δαπάνες τόκων από ενδοομιλικό δανεισμό θα είναι μικρότερες από € 3.000.000€ αυτές εκπίπτουν από τα ακαθάριστα έσοδα των επιχειρήσεων, κατά το μέτρο που έχουν ένα δίκαιο (fair) επιτόκιο.

Άρα καταλήγουμε στο εξής συμπέρασμα: απολύτως κρίσιμη είναι η συμφωνία τόκου σε αρχή ίσων αποστάσεων (με πολύ απλά λόγια ρωτάμε τι επιτόκιο θα είχε συμφωνήσει η δανείστρια εάν η οφειλέτις ήταν τρίτη και όχι συνδεδεμένη εταιρεία – Καθοδήγηση παρέχεται βάσει κυρίως των Οδηγιών του ΟΟΣΑ - OECD Transfer Pricing

Guidance on Financial Transactions [ed. 2020]). Σημειώνουμε ότι σε περίπτωση τραπεζικών και ομολογιακών δανείων ο χειρισμός διαφέρει (υπενθυμίζουμε ότι στην περίπτωσή μας μιλάμε για ενδοομιλικό δανεισμό).

6. Οι νομολογιακές εξελίξεις σε επίπεδο χαρτοσήμου σε δάνεια: μια μεγάλη ευκαιρία;

Σύμφωνα με το ά. 63 παρ. 1 περ. β' του ν. 2859/2000 (Κώδικας ΦΠΑ - ΚΦΠΑ), «[...] καταργούνται οι διατάξεις [...] για την επιβολή τελών χαρτοσήμου στις πράξεις τις οποίες προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 2 του παρόντος νόμου και στα παρεπόμενα τους σύμφωνα». Αυτό έχει ως συνέπεια τη διαμόρφωση ενός βασικού «κανόνα του δακτύλου»: ότι εμπίπτει στον ΚΦΠΑ – ακόμα και αν βάσει τελικά του ίδιου του ΚΦΠΑ απαλλάσσεται από την επιβολή του φόρου (ΦΠΑ) – δεν υπόκειται σε φορολογία χαρτοσήμου.

Πράγματι, αναφορικά με τη χορήγηση δανείων, σύμφωνα με άρθρο 22 παρ. 1 περ. κγ' του ΚΦΠΑ «απαλλάσσεται από το φόρο [...] κγ] η χορήγηση και η διαπραγμάτευση πιστώσεων, καθώς και η διαχείριση τους από το πρόσωπο που τις χορηγεί».

Μέχρι σήμερα επικρατούσε (για να είμαστε ειλικρινείς, ίσως ακόμα και σήμερα) έντονη αμφισβήτηση για το εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις εντάσσεται το δάνειο σε καθεστώς ΦΠΑ, αν σε καθεστώς ΦΠΑ εντάσσεται μόνο ο τόκος ή η συνολική οφειλή (άρα επιβάλλεται χαρτόσημο για το κεφάλαιο), αν απαλλασσόμενος ήταν μόνο ο δανειστής και όχι κι ο λήπτης. Το αν εντάσσεται, όπως εξηγήσαμε, ήταν και είναι κρίσιμο: θα σημαίνει την μη επιβολή φορολογίας χαρτοσήμου.

Εκείνο που συμβαίνει στην πράξη είναι το εξής: εισπράττεται τέλος χαρτοσήμου και επί της παροχής του δανεισμάτος από τον δανειστή στον οφειλέτη, κατά το χρόνο κατάρτισης της σχετικής δανειακής σύμβασης και επί των εκ των δανείων αυτών απορρεόντων τόκων (αντιπαροχής), που αποδίδονται από τον οφειλέτη στον δανειστή. Φερόμαστε δηλαδή σαν να υπάγονται στο καθεστώς της περί τελών χαρτοσήμου νομοθεσίας.

Με δύο αποφάσεις του όμως το Συμβούλιο της Επικρατείας μοιάζει να παρέχει τη δογματική θεμελίωση για έναν διαφορετικό φορολογικό χειρισμό, ο οποίος τρέπει την επιλογή του δανείου σε μια πολύ ελκυστική λύση χρηματοδότησης (πρόκειται συγκεκριμένα για τις ΣτΕ 2163/2020 και ΣΤΕ 2323/2020).

Συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι «**Η χορήγηση έντοκου χρηματικού δανείου έναντι του οποίου (κεφαλαίου) καταβάλλεται η δέουσα αμοιβή υπό μορφή τόκων, συνιστά παροχή υπηρεσιών από επαχθή αιτία περιλαμβάνεται κατ' αρχήν μεταξύ των πράξεων του άρθρου 2 του Κώδικα Φ.Π.Α. ως παροχή υπηρεσιών υποκείμενη στον φόρο προστιθεμένης αξίας, πλην απαλλασσόμενη αυτού κατά το άρθρο 22 παρ. 1 περ. κγ'.** Όταν πρόκειται για πρόσωπα που υπόκεινται ήδη σε φ.π.α. για τις κύριες οικονομικές δραστηριότητές τους αρκεί η χορήγηση κεφαλαίου να πρόκειται για δραστηριότητα που ασκείται μόνο ευκαιριακά».

Από την νέα νομολογία του ΣΤΕ μπορούμε να συγκρατήσουμε τα εξής:

— **Η παροχή δανείου εμπίπτει στον ν. 2859/2000 (ΚΦΠΑ) ανεξαρτήτως του εάν η χορήγηση της πίστωσης έχει ευκαιριακό χαρακτήρα και αδιαφόρως του αν αποτελεί την κύρια οικονομική δραστηριότητα του υποκειμένου.**

— **Μόνη η ιδιότητα του προσώπου ως υποκειμένου σε ΦΠΑ για την κύρια δραστηριότητά του σε συνδυασμό με το γεγονός ότι αυτό προβαίνει έστω και ευκαιριακά στη διάθεση κεφαλαίων με σκοπό την άντληση κερδών μέσω των τόκων αρκεί προκειμένου να θεωρηθεί η χορήγηση έντοκου δανείου υπαγόμενη σε ΦΠΑ παροχής υπηρεσίας.**

— **Ισχύει για το σύνολο (κεφάλαιο και τόκοι).** Συγκεκριμένα, το ΣΤΕ έκρινε ότι αντικείμενο του ΦΠΑ αποτελεί η χορήγηση του δανείου συνολικά, ως ενιαία παροχή, τονίζοντας ότι δε θα πρέπει να γίνεται διάκριση σε κεφάλαιο και τόκους (θέση που υποστηριζόταν μέχρι πρότινος).

— **Η έλλειψη υποχρέωσης καταβολής φορολογίας χαρτοσήμου ισχύει τόσο για το δανειστή όσο και για τον οφειλέτη.**

Συμπερασματικά, υπό το πρίσμα της ως άνω κρίσης του Συμβουλίου της Επικρατείας, είναι προφανές ότι παρέχεται πλέον ένα σημαντικό πλεονέκτημα στις επιχειρήσεις ως προς τη δυνατότητα χρηματοδότησής τους εκτός τραπεζικού συστήματος, ώστε να καθίσταται πιο ευέλικτη η ενίσχυση της ρευστότητάς τους.

7. Η αρχή των «ίσων αποστάσεων» (arm's length principle) ως κοινός παρονομαστής

Η αρχή των ίσων αποστάσεων είναι έννοια κεντρική όχι μόνο για την εφαρμογή της ευνοϊκής νομολογίας του ΣΤΕ

(προϋποτίθεται συμφωνία δέοντος επιτοκίου, διαφορετικά ελλοχεύει ο κίνδυνος να μη θεωρηθεί επαχθής κι ως εκ τούτου να μην εμπίπτει στη νομοθεσία για τον ΦΠΑ· άρα να επιβληθεί χαρτόσημο), αλλά και για την έκπτωση τόκων της θυγατρικής (η οφειλέτις δεν θα μπορεί να εκπέσει τόκο ο οποίος δεν είναι σύμφωνος με την αρχή των ίσων αποστάσεων –αποτελεί προϋπόθεση για την έκπτωση του τόκου– άρα ιδανικά δεν θα πρέπει να δοθεί δάνειο με επιτόκιο υψηλότερο του κανονικού).

Η τήρηση της αρχής των ίσων αποστάσεων όμως είναι σημαντική και για την φορολόγηση της μητρικής. Συγκεκριμένα, σε περίπτωση ελέγχου, θα επιβληθεί φορολογία εισοδήματος στη δανείστρια με βάση το arm's length επιτόκιο ακόμα κι αν εισέπραξε λιγότερους τόκους (ΔΕΔ Αθήνας 1780/2019), άρα και η συμφωνία για δάνειο με τόκο χαμηλότερο εκείνου «της αγοράς», δεν θα ευνοήσει τελικά τον Όμιλο, αφού και η Μητρική θα φορολογηθεί σαν να είχε εισπράξει τους τόκους στο δέον επιτόκιο, αλλά και η θυγατρική θα εκπέσει λιγότερους τόκους συγκριτικά με εκείνους για τους οποίους τελικά φορολογήθηκε η Μητρική.

Αν και η νομολογία του ΣτΕ φαίνεται να θέτει σαφείς προϋποθέσεις για την μη επιβολή φορολογίας χαρτοσήμου σε εξωτραπεζικά δάνεια, θα μπορούσαμε βάσει της νομολογίας του ΔΕΕ (τότε ΔΕΚ, C-77/01 (EDM), σκ. 67) να προτείνουμε και την εξής πρόσθετη διασφάλιση: προσθήκη καταστατικού σκοπού παροχής πιστώσεων με σκοπό την κερδοφορία από τα επενδυθέντα κεφάλαια.

Διαφορετικά, θα οφείλει η επιχείρηση να ισχυριστεί ότι πρόκειται για (ναι μεν ευκαιριακή αλλά και) άμεση, διαρκή και αναγκαία προέκταση της ήδη εμπίπτουσας σε ΦΠΑ δραστηριότητας, χωρίς όμως να είναι παρεπόμενη αυτής. Τέτοια για παράδειγμα κρίθηκε (άμεση, διαρκής, αναγκαία και μη παρεπόμενη) «η εκ μέρους διαχειριστή είσπραξη τόκων από τοποθετήσεις ποσών που εισπράττει από τους πελάτες του στο πλαίσιο διαχειρίσεως των ακινήτων τους συνιστά την άμεση, διαρκή και αναγκαία προέκταση της φορολογούμενης δραστηριότητας» στην

υπόθεση που δικάστηκε ενώπιον του ΔΕΚ, C-306/94 (Régie dauphinoise - σκ. 18).

8. Η περίπτωση του Cash-Pooling

Στην περίπτωση του Cash-Pooling ισχύουν όσα αναφέρθηκαν επί των απλών δανείων. Θα μπορούσε δηλ. να υποστηριχθεί, βάσει της προαναφερθείσας νομολογίας του ΣτΕ, ότι εμπίπτει σε ΦΠΑ πλην όμως απαλλάσσεται· και αφού εμπίπτει στη νομοθεσία περί ΦΠΑ (αλλά τελικά απαλλάσσεται, αφού η απαλλαγή προέρχεται από ειδική διάταξη του ν. 2859/2000) δεν επιβάλλεται φορολογία χαρτοσήμου.

Εντοπίζουμε όμως, ειδικά στην περίπτωση του Cash Pooling, ένα πρόσθετο επιχείρημα για την μη επιβολή φορολογίας χαρτοσήμου. Σύμφωνα με την Επιτροπή ΦΠΑ της ΕΕ (Guidelines Resulting From Meetings of the VAT Committee - 5 March 2021) για την εφαρμογή της νομοθεσίας ΦΠΑ: «*In the case of a cash pooling agreement involving actual transfers of funds between its participants, the VAT Committee almost unanimously agrees that in accordance with settled case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) a cash pooling participant in a credit position transferring funds to the consolidated account and receiving remuneration in the form of interest shall be regarded as carrying out an economic activity with the meaning of Article 9(1) of the VAT Directive. The VAT Committee almost unanimously confirms that such an activity shall qualify as a taxable supply of services in accordance with Article 2(1)(c) of the VAT Directive [...] The VAT Committee further almost unanimously agrees that such a supply of services shall be exempted in accordance with Article 135(1)(b) of the VAT Directive because of it being a transaction concerning credit*».

Τέλος, αναφέρουμε ότι για το ειδικό ζήτημα των τόκων και την αμοιβή του pool leader σε περίπτωση Cash Pooling και την αρχή των ίσων αποστάσεων αφιερώνεται ιδιαίτερο κεφάλαιο στις Οδηγίες του ΟΟΣΑ (OECD Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions - ed. 2020).

ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΣ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΕΚΤΑΚΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΣΤΗΝ Α.Ε.

Γιώργος Κεφαλάς,
ΜΔΕ mult., Msc.

ΔΕΚΕΜΒΡΙΟΣ 2021
(αναδημοσίευση από capital.gr)

Με τον ν. 4548/2018 για την ανώνυμη εταιρεία (όπως και με τον προηγούμενο κ.ν. 2190/1920), παρέχεται στη μειοψηφία της εταιρείας ένα πλήθος δικαιωμάτων, μέσω των οποίων μπορεί να επιτευχθεί ο έλεγχος των πράξεων της εταιρικής διοίκησης και κατ' επέκταση της πλειοψηφίας. Από τα σημαντικότερα δικαιώματα μειοψηφίας είναι το δικαίωμα ελέγχου, το οποίο, παράλληλα με το δικαίωμα πληροφόρησης, μπορούν να δώσουν στην μειοψηφία το αναγκαίο υλικό για την άσκηση εταιρικών αξιώσεων σε βάρος της εκάστοτε διοίκησης.

1. Εισαγωγή

Στο πλαίσιο λειτουργίας μίας ανώνυμης εταιρείας, διαμορφώνονται συχνά δύο ή και περισσότερες αντιτιθέμενες ομάδες συμφερόντων. Από τη μία πλευρά βρίσκεται η πλειοψηφία, η οποία διορίζει την διοίκηση της ανώνυμης εταιρείας, που υπακούει κατά κανόνα στις εντολές της πλειοψηφικής ομάδας, και από την άλλη πλευρά η μειοψηφία, μία ή περισσότερες μειοψηφικές ομάδες. Για την προστασία της εκάστοτε μειοψηφίας, παρέχεται από το δίκαιο της ανώνυμης εταιρείας μία σειρά από δικαιώματα, ώστε να εξασφαλίζεται η δυνατότητα ελέγχου της πλειοψηφίας και της εταιρικής διοίκησης από τις εκάστοτε μειοψηφίες. Ιδιαίτερη σημασία στο πλαίσιο των δικαιωμάτων αυτών κατέχουν το δικαίωμα ενημέρωσης των μετόχων που προβλέπεται στις παρ. 6 και 7 του άρθρου 141 του ν. 4548/2018, καθώς και το δικαίωμα της μειοψηφίας να ζητήσει τον έκτακτο έλεγχο της ανώνυμης εταιρείας, όπως διαρθρώνεται στα άρθρα 142 και 143 του ν. 4548/2018.

2. Το δικαίωμα για διενέργεια έκτακτου ελέγχου

2.1 Το δικαίωμα της μικρής μειοψηφίας

Το δικαίωμα για διενέργεια έκτακτου ελέγχου, που προβλέπεται στο άρθρο 142 του ν. 4548/2018, διακρίνεται περαιτέρω σε δύο υποκατηγορίες. Έτσι, μία μικρή μειοψηφία (που αντιπροσωπεύει τουλάχιστον το 1/20 του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας) μπορεί να ζητήσει από το δικαστήριο να διατάξει τον έκτακτο έλεγχο της εταιρείας, εφόσον πιθανολογούνται πράξεις των εταιρικών οργάνων –ιδίως της διοίκησης της εταιρείας– που παραβιάζουν διατάξεις του νόμου ή του καταστατικού της εταιρείας ή αποφάσεις της γενικής συνέλευσης (Γ.Σ.) (έλεγχος της μικρής μειοψηφίας).

Στην πράξη, οι μέτοχοι της μειοψηφίας θα πρέπει να ασκήσουν μία αίτηση ενώπιον του δικαστηρίου, στην οποία θα αναφέρουν συγκεκριμένες πράξεις των οργάνων

της εταιρείας που παραβιάζουν συγκεκριμένες διατάξεις του νόμου ή του καταστατικού ή αποφάσεις της Γ.Σ. και, εφόσον το δικαστήριο πιθανολογήσει ότι πράγματι έλαβαν χώρα τέτοιες πράξεις, θα διατάξει τον έλεγχο. Η έννοια της πιθανολόγησης συνίσταται στο ότι δεν απαιτείται ο δικαστής να πεισθεί πλήρως ούτε να είναι απολύτως βέβαιος για την τέλεση των καταγγελλόμενων πράξεων, αλλά αρκεί να θεωρήσει αυτές ως πιθανές. Έτσι λ.χ. με την υπ' αριθμ. 29/2015 απόφαση του Ειρηνοδικείου Λαμίας διατάχθηκε έλεγχος, καθώς το δικαστήριο πιθανολόγησε ότι ο Πρόεδρος του Δ.Σ. δεν είχε συγκαλέσει τακτική ή έκτακτη Γ.Σ., στην οποία, μεταξύ άλλων, θα ενημέρωνε τους μετόχους και για την είσπραξη της ασφαλιστικής αποζημίωσης κατόπιν πυρκαγιάς που κατέστρεψε ολοσχερώς το σύνολο των εγκαταστάσεων της εταιρείας, παρά το γεγονός, μάλιστα, ότι μέτοχος της μειοψηφίας είχε ζητήσει με σχετική εξώδικη δήλωση ενημέρωση για τα οικονομικά ζητήματα της εταιρείας.

Εφόσον διαταχθεί ο έλεγχος, στις ως άνω περιπτώσεις, ο έλεγχος αυτός θα είναι μόνον έλεγχος νομιμότητας, θα εξεταστεί δηλαδή κατά πόσον πράγματι έχουν παραβιασθεί από τα εταιρικά όργανα οι διατάξεις του νόμου ή του καταστατικού ή κάποια απόφαση της Γ.Σ.. δεν εξετάζεται εν προκειμένω η σκοπιμότητα των πράξεων της εταιρικής διοίκησης και κατά πόσον αυτές συντείνουν στην κερδοφορία ή ζημιώνουν την εταιρεία.

Ο έλεγχος της μικρής μειοψηφίας περιορίζεται χρονικά, καθώς η σχετική αίτηση πρέπει να υποβληθεί εντός τριών ετών από την έγκριση των χρηματοοικονομικών καταστάσεων της χρήσης εντός της οποίας έλαβαν χώρα οι καταγγελλόμενες πράξεις.

Συνήθως οι πράξεις που πιθανολογούνται και οδηγούν σε έλεγχο της μικρής μειοψηφίας σχετίζονται με τη διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων από το Δ.Σ., όπως λ.χ. σύναψη συμβάσεων μεταξύ εταιρείας και μελών του Δ.Σ. κατά παράβαση του άρθρου 100 του ν. 4548/2018, παροχή αμοιβών στα μέλη του Δ.Σ. κατά παράβαση των άρ-

θρων 109 επ., παράλειψη επιδίωξης νόμιμων αξιώσεων της εταιρείας κλπ.

2.2 Το δικαίωμα της μεγάλης μειοψηφίας

Από την άλλη πλευρά, μειοψηφία του 1/5 του μετοχικού κεφαλαίου μπορεί να ζητήσει από το δικαστήριο να διατάξει τον έλεγχο της εταιρείας, εφόσον με βάση συγκεκριμένες ενδείξεις προκύπτει ότι η διοίκηση της εταιρείας δεν ασκείται όπως επιβάλλει η χρηστή και συνετή διοίκηση. Εν προκειμένω, ο δικαστής δεν αρκεί να πιθανολογήσει τα ως άνω περιστατικά, αλλά πρέπει αυτά να αποδειχθούν πλήρως. Προϋποτίθεται δηλαδή ένας αυστηρότερος βαθμός απόδειξης. **Το ερώτημα που προκύπτει είναι, ωστόσο, πότε μπορεί να θεωρηθεί ότι η διοίκηση δεν ασκείται όπως επιβάλλει η χρηστή και συνετή διοίκηση;** Η προϋπόθεση αυτή θα συντρέχει όταν η διαχείριση ασκείται κατά τρόπο αντίθετο προς το συμφέρον της εταιρείας, όπως λ.χ. όταν εξυπηρετεί τα συμφέροντα των ίδιων των διαχειριστών ή ορισμένων μόνον μετόχων ή τρίτων. Γίνεται δε δεκτό ότι για να γίνει λόγος για μη συνετή και επιμελή διαχείριση θα πρέπει από τις ενέργειες της διοίκησης να προκαλείται ζημία στην εταιρεία. Έτσι, μεταξύ άλλων, διατάχθηκε ο έκτακτος έλεγχος της μεγάλης μειοψηφίας στις ακόλουθες περιπτώσεις:

- **Μεγάλο χρηματικό ποσό ύψους περίπου 1.000.000,00 ευρώ παρέμενε στο ταμείο της εταιρείας, παρά το γεγονός ότι θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για την εξόφληση δανείων ή να τοποθετηθεί επικερδώς, ώστε να αποφέρει κάποια απόδοση στην εταιρεία.** Παράλληλα, εμφανιζόταν σημαντικό χρηματικό υπόλοιπο στους λογαριασμούς που τηρούσε η εταιρεία στο όνομα του προέδρου του Δ.Σ., το οποίο πιθανολογήθηκε ότι συνιστά άτοκο δάνειο της εταιρείας προς αυτόν, που χορηγήθηκε κατά παράβαση του τότε άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 (ΜΕΦΑθ 2197/2015).

- **Εταιρεία προμηθευόταν καύσιμα από πετρελαιϊκή εταιρεία με απευθείας ανάθεση, χωρίς να προβαίνει σε αναζήτηση έτερου πιο φθηνού προμηθευτή,** ενώ παράλληλα γίνονταν εικονικές καταχωρίσεις στις καταστάσεις αμοιβών εργαζομένων και, τέλος, η διοίκηση προχώρησε στη μίσθωση χώρου «για αθλητικούς ή παρεμφερείς σκοπούς», ο οποίος ουδέποτε χρησιμοποιήθηκε (ΑΠ 1484/2019).

- **Η εταιρεία είχε προχωρήσει σε ανακριβείς καταχωρήσεις στις οικονομικές της καταστάσεις.** Ειδικότερα, υπήρχαν καταχωρήσεις σημαντικού ύψους στο κονδύλι

«χρεώστες διάφοροι», τη στιγμή που οι εμπορικές της απαιτήσεις ήταν σημαντικά χαμηλότερες. Επίσης, δεν είχε γίνει ορθή διενέργεια των αποσβέσεων για σειρά ετών, ενώ ο λογαριασμός «Ταμείο» μέσα σε ένα έτος μειώθηκε κατά ποσό περίπου 300.000,00, χωρίς να υπάρχουν συναλλαγές που να δικαιολογούν την εν λόγω μείωση. Από τις ανωτέρω ενδείξεις προέκυψε ότι η διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων ασκούταν με τρόπο που ζημίωνε την εταιρεία (ΜΕΦΑθ 1280/2019).

- **Η διοίκηση είχε προχωρήσει σε παραβιάσεις επί του ισολογισμού, ενώ παράλληλα αρνούταν να ενημερώσει τη μειοψηφία για την οικονομική πορεία της εταιρείας, δεδομένα από τα οποία προέκυψε ότι η διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων δεν ασκούταν όπως επιβάλλει η χρηστή και συνετή διοίκηση (ΜΕΦΛαρ 263/2014).**

- **Η εταιρεία είχε εκμισθώσει επιμέρους χώρους του ξενοδοχείου που λειτουργούσε στον υιό της Προέδρου του Δ.Σ. και Διευθύνουσας Συμβούλου με μίσθωμα που κατά την κρίση του δικαστηρίου ήταν μικρότερο από αυτό που συνηθίζεται σε όμοιες συναλλαγές και, επομένως, από την πρακτική αυτή προέκυπτε ζημία για την εταιρεία (ΜΠρηακλ 129/2020).**

- **Η εταιρεία είχε προχωρήσει σε σωρεία λογιστικών παραβάσεων, όπως μη διενέργεια των αποσβέσεων, μη ορθή αποτίμηση των συμμετοχών σε συνδεδεμένες επιχειρήσεις με αποτέλεσμα η αξία τους να εμφανίζεται αυξημένη, μη σχηματισμός προβλέψεων παρά την υποχρέωση προς σχηματισμό τους, με αποτέλεσμα οι ζημίες της εταιρείας να εμφανίζονται μειωμένες (ΜΕΦΑθ 4942/2020).**

Όπως δε αναφέρθηκε και ανωτέρω, για τον έλεγχο της μεγάλης μειοψηφίας δεν αρκεί η μη συνετή και χρηστή διοίκηση, αλλά πρέπει περαιτέρω να αποδειχθεί ότι υπάρχει τάση χειροτέρευσης της κατάστασης της εταιρείας, πράγμα που μπορεί να συμβαίνει είτε λόγω της ύπαρξης ή μεγέθυνσης των ζημιών είτε διότι τα κέρδη μειώνονται ή είναι λιγότερα από τα προσδοκώμενα. Έτσι, η απόφαση υπ' αριθμ. 273/2014 του Μονομελούς Εφετείου Λάρισας, αφού δέχθηκε ότι έχουν πραγματοποιηθεί ανακριβείς εγγραφές στους ισολογισμούς της εταιρείας για τις χρήσεις 2007-2009, διέλαβε στο σκεπτικό της ότι: **«Οι παραπάνω πράξεις δεν αποδείχτηκε ότι ευθύνονται για την μείωση των κερδών της 1ης καθής εταιρείας, ενόψει και της οικονομικής κρίσης που έπληξε τη χώρα και ιδιαίτερα τις τεχνικές εταιρείες».**

Ο έλεγχος που διατάσσεται κατόπιν αιτήματος της μεγά-

λης μειοψηφίας είναι, σε αντίθεση με τον έλεγχο της μικρής μειοψηφίας, έλεγχος σκοπιμότητας, συνίσταται δηλαδή στην εξέταση του εάν οι ελεγχόμενες διαχειριστικές πράξεις ωφελούν ή ζημιώνουν την εταιρεία. Ενώ δηλαδή στον έλεγχο της μικρής μειοψηφίας ελέγχεται μόνον η αντίθεση της καταγγελλόμενης πράξης στον νόμο, το καταστατικό ή απόφαση της Γ.Σ., εν προκειμένω, στον έλεγχος της μεγάλης πλειοψηφίας, η καταγγελλόμενη πράξη για να οδηγήσει στον έλεγχο πρέπει να επιφέρει κάποιας μορφής ζημία στην εταιρεία με την παραπάνω εκτιθέμενη έννοια.

Συνεπώς, η άμυνα που μπορεί να αντιτάξει το Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.) σε τυχόν σε βάρος του αίτηση για διενέργεια ελέγχου, πέραν της άρνησης των πράξεων που τυχόν επικαλείται η αιτούσα μειοψηφία, είναι το γεγονός ότι οι καταγγελλόμενες πράξεις, ακόμη και αληθείς, δεν επέφεραν κανενός είδους ζημία στην εταιρεία ή ακόμη και ότι ήταν προς το συμφέρον της εταιρείας (βλ. ΜΠρΠειρ 1848/2017: «Όλες οι παραπάνω αναφερόμενες διαχειριστικές επιλογές, ήτοι η απόκτηση και η μετασκευή του «...», έστω και καθ' υπέρβαση του αρχικού προϋπολογισμού, καθώς και η γενική επισκευή/αναβάθμιση των πλοίων «...» και «...» κρίνεται ότι υπαγορεύθηκαν από την ανάγκη ενδυνάμωσης της εμπορικής παρουσίας της εταιρείας και με αυτές επιδιώχθηκε το συμφέρον της εταιρείας και η επίτευξη του εταιρικού σκοπού, με την ενίσχυση του στόλου της εταιρείας έναντι των ανταγωνιστών της»).

Τέλος, αναφορικά με το δικαίωμα της μεγάλης μειοψηφίας να αιτηθεί τον έλεγχο της εταιρείας δεν τίθεται από τον νόμο κάποιος χρονικός περιορισμός. Ωστόσο, τυχόν αίτημα που υποβάλλεται αρκετά χρόνια μετά τα καταγγελλόμενα περιστατικά και ενώ ήδη γνώριζε αυτά προηγουμένως η αιτούσα μειοψηφία, θα μπορεί να απορριφθεί ως καταχρηστικώς υποβληθέν.

3. Η εκπροσώπηση της αιτούσας μειοψηφίας στο διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας

Η παρ. 4 του άρθρου 142 του ν. 4548/2018 προβλέπει ότι το δικαστήριο μπορεί να κρίνει ότι η εκπροσώπηση των αιτούντων μετόχων στο διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας δεν δικαιολογεί την αίτηση ελέγχου. Με άλλα λόγια, μπορεί να απορριφθεί η τυχόν υποβληθείσα αίτηση ελέγχου, επειδή υπάρχει εκπροσώπηση της μειοψηφίας στο Δ.Σ.. Μόνη πάντως η συμμετοχή του μειοψηφούντος μετόχου στο Δ.Σ. κατά κανόνα δεν θα αρκεί

για την απόρριψη της αίτησης ως καταχρηστικής, αλλά συνήθως θα απαιτείται η συνδρομή και άλλων περιστατικών. Ο αιτών μέτοχος της μειοψηφίας θα πρέπει να συμπράττει ή τουλάχιστον να ανέχεται εν γνώσει του τις πράξεις που στη συνέχεια καταγγέλλει με την αίτησή του, ώστε να θεωρηθεί ότι καταχρηστικώς ασκεί το δικαίωμά του. Έτσι, σε περίπτωση που ο μέτοχος δεν παρίσταται κατά την κρίσιμη συνεδρίαση που λήφθηκε μία απόφαση ή αντιτάχθηκε σε αυτή, δεν θα μπορεί μετά να προταθεί σε βάρος του η συμμετοχή του στο Δ.Σ. της εταιρείας.

4. Η διενέργεια του ελέγχου

Η διενέργεια του ελέγχου ανατίθεται από το δικαστήριο σε ορκωτό ελεγκτή λογιστή ή σε ελεγκτική εταιρεία, ενώ, ανάλογα με το μέγεθος της εταιρείας, μπορεί να ανατεθεί και σε λογιστή φοροτεχνικό α' τάξης. Η αμοιβή του καθορίζεται από το δικαστήριο, το οποίο μπορεί να τάξει και χρονικό διάστημα για την περάτωση του έργου τους. Οι διάδικοι μπορούν να προτείνουν το πρόσωπο του ελεγκτή, το δικαστήριο όμως δεν δεσμεύεται από τις προτάσεις τους και μπορεί να διορίσει άλλο τρίτο πρόσωπο. Οι διοριζόμενοι ελεγκτές αποκτούν τα δικαιώματα πληροφόρησης που έχουν και οι τακτικοί ελεγκτές. Έτσι, έχουν δικαίωμα αυτοπρόσωπης λήψης των αναγκαίων πληροφοριών και πρόσβασης, εξέτασης και έρευνας των βιβλίων και λοιπών εγγράφων της εταιρείας.

5. Αντί επιλόγου

Το δικαίωμα ελέγχου, και δη αυτό της μεγάλης πλειοψηφίας, αποτελεί ένα από τα πλέον καταλυτικά δικαιώματα της μειοψηφίας. Παράλληλα με το δικαίωμα πληροφόρησης παρέχουν στη μειοψηφία το αναγκαίο υλικό για την άσκηση τυχόν εταιρικών αξιώσεων σε βάρος της διοίκησης της εταιρείας. Ωστόσο, τόσο στην αίτηση της μικρής όσο και της μεγάλης μειοψηφίας πρέπει να αναφέρονται συγκεκριμένες πράξεις των εταιρικών οργάνων που να θεμελιώνουν είτε παράβαση του νόμου, του καταστατικού ή απόφασης Γ.Σ. ή να συνιστούν ενδείξεις μη χρηστής και συνετής διαχείρισης, άλλως η αίτηση κινδυνεύει να απορριφθεί ως αόριστη (βλ. την ΜΠρΑθ 1211/2020 που απέρριψε ως αόριστη αίτηση μετόχου της μεγάλης μειοψηφίας που ανέφερε ότι η διοίκηση παράνομα και καταχρηστικά απέρριψε αίτημά του για αναβολή σύγκλησης της Γ.Σ., αρνείται την πρόσβασή του στα βιβλία και στοιχεία της εταιρείας και ότι υπάρχουν διαχειριστικές αταξίες και εσφαλμένες εγγραφές στα βιβλία της εταιρείας).

ΠΟΤΕ ΠΡΟΣΒΑΛΛΕΤΑΙ ΤΟ ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΜΟΥ ΣΗΜΑ (TRADEMARK);

Γιάννης Ψαράκης,
ΜΔΕ (mult.)

Νοέμβριος 2021
(αναδημοσίευση από lawspot.gr)

Οι περιπτώσεις χρήσης του σήματος αποτελεί κομβική θεματική για την προστασία των trademarks (αλλά και των απλών διακριτικών γνωρισμάτων). Ο νέος νόμος 4679/2020 για τα εμπορικά σήματα απαριθμεί ενδεικτικά τις χαρακτηριστικότερες περιπτώσεις στο πλαίσιο των οποίων, εφόσον εντοπίζεται προσβολή σήματος (κίνδυνος σύγχυσης, συσχέτισης ή προσβολή σήματος φήμης), προσβάλλεται το εμπορικό σήμα και άρα παρέχεται προστασία. Αυτές τις περιπτώσεις είναι χρήσιμο να τις γνωρίζει ο επιχειρηματίας αφού καθορίζουν σε μεγάλο βαθμό την περιοχή προστασίας του. Παράλληλα, αποτελούν έναν καλό πρώτο προϊδεασμό για τις ενέργειες πριν τις οποίες οφείλει να είναι διπλά προσεκτικός και να προνοήσει για έναν έλεγχο αναφορικά με την ύπαρξη δικαιωμάτων τρίτων, τα οποία ενδέχεται να παραβιάζουμε με τη χρήση συγκεκριμένης ένδειξης.

I. Για ακόμα μια φορά: η σημασία της καταχώρισης εμπορικού σήματος

Έχουμε πολλές φορές τονίσει τη χρησιμότητα της κατοχύρωσης εμπορικού σήματος (trademark) από εκείνον ο οποίος δραστηριοποιείται (ή ακόμα και απλώς σκοπεύει να δραστηριοποιηθεί) στις συναλλαγές. Έχουμε αναλύσει του λόγους για τους οποίους μια τέτοια επιχειρηματική επιλογή «τον συμφέρει» και έχουμε θεμελιώσει αυτή μας τη θέση σε αριθμούς. Αν μάλιστα προβεί κανείς στο βήμα παραπάνω και συνυπολογίσει το χαμηλό σχετικά κόστος του νομικού (προ)ελέγχου και της καταχώρισης και κατόπιν αντιπαραβάλει όλα αυτά με το κέρδος και την ασφάλεια για επενδύσεις και δαπάνες για την οικοδόμηση ενός brand που παρέχει η –κατόπιν μελέτης και προελέγχου– καταχώριση εμπορικού σήματος, η επιλογή της κατοχύρωσης σήματος διαμορφώνεται ως μια εμπορικά απολύτως επιβεβλημένη επιλογή. Η καταχώριση εμπορικού σήματος παράγει πλεονεκτήματα σε πολλά επίπεδα τους (πολλούς) λόγους για τους οποίους αυτό είναι αλήθεια τους έχουμε ήδη αναλύσει σε προηγούμενη αρθρογραφία μας.

Με το σημερινό newsletter θα επικεντρωθούμε στις λεγόμενες «αρνητικές εξουσίες» του σήματος. Με άλλα λόγια, θα αναφερθούμε στις ενέργειες εκείνες τις οποίες ο σηματούχος δικαιούται να απαγορεύει στους τρίτους (ενν. εφόσον καταχωρισθεί η ένδειξή του στο Μητρώο Σημάτων – τότε μόνο μιλάμε, κατ' ακριβολογία, για σήμα).

Αν αυτό όμως το δούμε αντίστροφα, με την ολοκλήρωση της ανάγνωσης του άρθρου που ήδη διαβάζετε θα έχετε πάρει και μια πολύ καλή γεύση σχετικά με το ποιες ενέργειες και δραστηριότητες στις συναλλαγές μπορούν να αποτελέσουν χαρακτηριστικές περιπτώσεις προσβολής εμπορικού σήματος· κι ως εκ τούτου οφείλετε να αποφεύγετε.

II. Κύριο μέρος

Δεν θα μπορούσε να υπάρχει βέβαια καλύτερη αφετηρία από την προσεκτική μελέτη του γράμματος του νόμου. Εν αρχή ην ο νόμος· αυτόν εφαρμόζουμε και αυτόν ερμηνεύουμε, τόσο οι δικαστές όσο και οι δικηγόροι. Επομένως, στη συνέχεια θα εκθέσουμε κάθε περίπτωση προσβολής εμπορικού σήματος (από εκείνες που, πάντως, ενδεικτικά αναφέρει ο νόμος – βλ. στη συνέχεια) με μια σύντομη ανάπτυξη ώστε να θίξουμε αναγκαία και ενδιαφέροντα ζητήματα.

Ο νέος νόμος για τα εμπορικά σήματα (v. 4679/2020) στην παράγραφο 4 του άρθρου 7 αναφέρει περιπτώσεις στις οποίες προσβάλλεται το δικαίωμα στο σήμα. Σημαντική παρατήρηση ότι: αυτό θα συμβεί μόνο εφόσον, μέσα από τις ενέργειες που ακολουθούν, προκύπτει κίνδυνος σύγχυσης, κίνδυνος συσχέτισης ή περίπτωση προσβολής σήματος φήμης.

Έτσι, σύμφωνα με το νέο νόμο, [...] μπορεί ιδίως, να απαγορεύεται:

α) η επίθεση του σημείου επί των προϊόντων ή της συσκευασίας τους,

— Πρόκειται για την κλασική περίπτωση στην οποία, εφόσον π.χ. συντρέχει κίνδυνος σύγχυσης μεταξύ σημείου και καταχωρισμένου σήματος, μπορεί να απαγορευθεί σε τρίτο πρόσωπο να χρησιμοποιεί το συγκεκριμένο σήμα για επίθεση στη συσκευασία ή και στα ίδια τα προϊόντα του. Για παράδειγμα, ράβονται από τρίτη μη δικαιούχο εταιρεία μπλούζες, όμως με το σήμα της Nike.

β) η επίθεση του σήματος σε γνήσια προϊόντα παραγωγής του σηματούχου, που προόριζε να τα κυκλοφορήσει ως ανώνυμα ή με άλλο σήμα,

— Το ενδιαφέρον στην περίπτωση αυτή είναι ότι ο παρα-

βιάζων το δικαίωμα στο σήμα, το επιθέτει σε γνήσια προϊόντα. Για εμπορικούς όμως λόγους, ενδέχεται ο δικαιούχος να επιθυμεί την κυκλοφορία χωρίς το εμπορικό σήμα του. Σύμφωνα με τη διατύπωση του νόμου και αυτή η επιθυμία προστατεύεται.

γ) η αφαίρεση του σήματος από γνήσια προϊόντα του σηματούχου και η διάθεσή τους στην αγορά ως ανώνυμων ή με άλλο σήμα,

— Πρόκειται για την αντίστροφη εκδοχή της 2ης περίπτωσης.

δ) η προσφορά ή εμπορία των προϊόντων ή η κατοχή τους προς εμπορία ή η προσφορά ή παροχή των υπηρεσιών με τη χρήση του σημείου,

— Πρόκειται, προφανώς, για το «επόμενο στάδιο» της 1ης περίπτωσης: εκεί απαγορεύεται η απλή επίθεση, ενώ εδώ ο σκοπός εμπορίας/προσφοράς τους και κατά μείζονα λόγο και η ίδια η εμπορία. Από κοινού, τα δύο αυτά «στάδια» θέτουν τις βάσεις για μία διαρκή παραβίαση του απόλυτου δικαιώματος στο σήμα, από τη στιγμή της επίθεσης του σήματος και της κατοχής του αγαθού μέχρι τη διάθεση, τελικά, στην αγορά. Σχετική είναι η σκέψη 86 της απόφασης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (τότε Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων) στην υπόθεση C 558/08 (Portakabin), η οποία αφορούσε τοποθέτηση ετικετών σε λυόμενα κτίσματα. Στην περίπτωση εκείνη το Δικαστήριο έκρινε ότι «σε μια τέτοια περίπτωση, θίγεται η ουσιώδης λειτουργία του σήματος που είναι να δείχνει και να εγγυάται την καταγωγή του προϊόντος, ο δε καταναλωτής εμποδίζεται να διακρίνει τα προϊόντα που προέρχονται από τον κάτοχο του σήματος από εκείνα που προέρχονται από τον μεταπωλητή ή από άλλους τρίτους». Ενδιαφέρουσα αντίθετη περίπτωση σύμφωνα με τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Campos Sanchez-Bordona επί της ΔΕΕ, C 129/17 (Mitsubishi forklifts - ιδίως σκ. 71), είναι εκείνη στην οποία παρά την αφαίρεση του σήματος της Mitsubishi και την επίθεση άλλου σημείου, το κοινό εξακολουθεί να αντιλαμβάνεται την προέλευση των προϊόντων από τη Mitsubishi, λόγω λοιπών εξωτερικών χαρακτηριστικών που την προδίδουν. Επομένως, μη υπάρχοντος κινδύνου σύγχυσης, δεν μπορεί να παρασχεθεί η αιτούμενη προστασία.

ε) η εισαγωγή ή η εξαγωγή των προϊόντων με τη χρήση του σημείου,

— Σύμφωνα με την 5η περίπτωση, μπορεί να απαγορευθεί η εισαγωγή ή η εξαγωγή των προϊόντων με τη χρήση

σημείου το οποίο προκαλεί π.χ. κίνδυνο σύγχυσης με το καταχωρισμένο σήμα. Η απαγόρευση των εισαγωγών σκοπεί να προστατεύσει τα εμπορικά συμφέροντα του σηματούχου με τον εξής τρόπο: **εκείνος θα πρέπει να έχει τον πρώτο (και μοναδικό) λόγο για την «πρώτη κυκλοφορία» των αγαθών του εντός της Ένωσης.** Μιλάμε, έτσι, για την ισχύ της «ευωσιακής» ανάλωσης του δικαιώματος του σηματούχου αναφορικά με την πρώτη κυκλοφορία· όχι όμως και για «παγκόσμια» ανάλωση. Έτσι, η κυκλοφορία του αγαθού εντός ΕΕ από το σηματούχο (ή έστω με τη συγκατάθεσή του) επιτρέπει εφεξής την κυκλοφορία αυτού και από οποιονδήποτε τρίτο (έχει αναλωθεί το δικαίωμα). Αντίθετα, αυτό δεν θα συμβεί δηλαδή δεν θα μπορεί το αγαθό να εισαχθεί εντός ΕΕ από οποιονδήποτε τρίτο – εάν κυκλοφορήσει εκτός ΕΕ, έστω κι αν αυτό (δηλ. η κυκλοφορία εκτός ΕΕ) γίνεται από το σηματούχο ή με τη συγκατάθεσή του. Κάπως έτσι περιγράφουμε και το ζήτημα των «παράλληλων εισαγωγών».

— Ενδιαφέρουσα είναι και η πρακτική σημασία αυτής της διαφοράς, η οποία φωτίζει και το λόγο για τον οποίο θεωρείται ότι η αρχή της μόνο ευωσιακής –δηλαδή όχι και παγκόσμιας– ανάλωσης προστατεύει τα εμπορικά συμφέροντα του σηματούχου: με τον τρόπο αυτό ο σηματούχος μπορεί να απαγορεύει την εισαγωγή στην ΕΕ αγαθών που αγοράστηκαν σε πολύ χαμηλό κόστος εκτός ΕΕ.

— Με το ζήτημα των παράλληλων εισαγωγών ασχολήθηκε η υπ' αριθμόν 32/2019 απόφαση του Τριμελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης: «Οι εν λόγω εισαγωγές λέγονται «παράλληλες» γιατί βαίνουν παράλληλα και ανταγωνίζονται αυτές, που γίνονται από τον ίδιο τον σηματούχο ή τα εξουσιοδοτημένα από αυτόν πρόσωπα. Κατά το ισχύον δίκαιο, η νομιμότητα των παράλληλων εισαγωγών εξαρτάται από το αν έχει αναλωθεί (εξαντληθεί) ή όχι το επί του σήματος δικαίωμα του σηματούχου».

σ) η χρησιμοποίηση του σημείου ως εμπορικής ή εταιρικής επωνυμίας ή ως μέρους εμπορικής ή εταιρικής επωνυμίας,

— Νομοθετικός λόγος της περίπτωσης είναι ότι και με τον τρόπο αυτό ενδέχεται να οδηγηθούμε π.χ. σε κίνδυνο σύγχυσης σχετικά με την προέλευση αγαθών.

ζ) η χρησιμοποίηση του σημείου σε επαγγελματικό έντυπο υλικό και στη διαφήμιση, συμπεριλαμβανομένων των μέσων κοινωνικής δικτύωσης,

— Πρόσφορο για την κατανόηση της συγκεκριμένης περίπτωσης είναι το παράδειγμα των συνεργείων τα οποία

ειδικεύονται στην επισκευή αυτοκινήτων συγκεκριμένων αυτοκινητοβιομηχανιών. Αυτά, κατά τη διαφήμισή τους (π.χ. με διαφημιστικά φυλλάδια ή μέσω social media) χρησιμοποιούν τα σήματα της κάθε αυτοκινητοβιομηχανίας στα αυτοκίνητα της οποίας (ισχυρίζονται ότι) εξειδικεύονται· εκείνα, μάλιστα, σχεδόν πάντα θα αποτελούν και σήματα φήμης. Η τοποθέτηση αυτών των σημάτων, αναλόγως της χρήσης που θα γίνει, είναι πιθανό να προκαλέσει π.χ. κίνδυνο σύγχυσης στο κοινό, το οποίο έτσι θα πιστεύει ότι τα εργαλεία και τα μηχανήματα τα οποία χρησιμοποιούνται αποτελούν επιλογή του σηματούχου και ότι εκείνος, πιθανότατα, θα επιλέγει και θα εκπαιδεύει τους τεχνικούς. Με άλλα λόγια, η σύγχυση θα οδηγήσει στη δημιουργία της εντύπωσης ότι πρόκειται για εξουσιοδοτημένο συνεργείο π.χ. της BMW, ενώ στην πραγματικότητα –στην καλύτερη περίπτωση– ο ιδιοκτήτης του συνεργείου θα δικαιούται, απλώς, να ισχυρίζεται ότι είναι επιδέξιος στην επισκευή αυτοκινήτων μάρκας BMW· ότι αποτελεί, δηλαδή, την ειδικότητά του. Κίνδυνος σύγχυσης, επομένως, θα είναι πιθανό να διαγνωσθεί –αναλόγως βέβαια και από τα περιστατικά της κάθε περίπτωσης– εάν για παράδειγμα το διαφημιστικό φυλλάδιο της εταιρείας αναγράφει «Συνεργείο BMW». Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός ότι στον κίνδυνο σύγχυσης περιλαμβάνεται και εκείνος της συσχέτισης, επιτείνει την όποια πιθανότητα παροχής προστασίας.

η) η χρησιμοποίηση του σημείου σε συγκριτική διαφήμιση, κατά τρόπο που αντίκειται στην παράγραφο 2 του άρθρου 9 του ν. 2251/1994».

— Η συχνότερα αναφερόμενη νομολογία σχετικά με το συγκεκριμένο ζήτημα, είναι εκείνη του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) επί της υπόθεσης C 533/06 (O2). Εκεί κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι η χρήση σημείου όμοιου με καταχωρισθέν σήμα στην επίδικη διαφήμιση δεν δημιούργησε κίνδυνο σύγχυσης στο καταναλωτικό κοινό, αφού, στο σύνολό της, δεν ήταν παραπλανητική και, ειδικότερα, δεν υπαινισσόταν ότι υπήρχε εμπορικός δεσμός μεταξύ της O2 και της H3G (βλ. ιδίως τη σκ. 63). Το υπό κρίση διαφημιστικό σποτ είναι προσβάσιμο στην ακόλουθη διεύθυνση, είναι σύντομο και είναι ενδιαφέρον να το δει κανείς: https://www.youtube.com/watch?v=U_XFVYrQbzg&ab_channel=LegalBubbles.

III. Αντί επιλόγου

Διατηρώντας κατά νου τα παραπάνω, δύο παρατηρήσεις ακόμα είναι αναγκαίες για την ολοκλήρωση της ενότητας περί περιπτώσεων προσβολής του εμπορικού σήματος:

Πρώτον, όπως ο νόμος ορίζει, «μπορεί ιδίως να απαγορεύεται [...]». Η λέξη ιδίως είναι κρίσιμη. Σε κάθε περίπτωση στην οποία κανονιστικό κείμενο περιέχει τη λέξη ιδίως, γίνεται, όπως λέμε στη νομική επιστήμη, «ενδεικτική απαρίθμηση». Αυτό, με εφαρμογή στην υπό κρίση περίπτωση, έχει με απλά λόγια την εξής έννοια: δεν απαγορεύονται μόνο αυτές οι περιπτώσεις χρήσης· απλώς ο νόμος αναφέρεται σε εκείνες τις περιπτώσει που συναντούμε συχνότερα στην πράξη. **Άλλωστε, ο νόμος δεν θα μπορούσε να περιέχει «εξαντλητική απαρίθμηση –το αντίθετο δηλαδή της ενδεικτικής» αφού το περιβάλλον των συναλλαγών βρίσκεται υπό συνεχή εξέλιξη και διαμόρφωση.** Με την ενδεικτική απαρίθμηση, ο νομοθέτης αφήνει εσκεμμένα «την πόρτα ανοιχτή» ώστε, για παράδειγμα, να μην αποκλείσει περιπτώσεις που ενδεχομένως προκύψουν στο μέλλον και τις οποίες εάν γνώριζε, θα είχε συλλάβει.

Δεύτερον, είναι χρήσιμο να υπενθυμίσουμε ότι τόσο για τις περιπτώσεις προσβολής σήματος όσο και γενικότερα για τις ειδικότερες προϋποθέσεις προστασίας, είναι αναγκαία η καλή γνώση και η συνεχής ενημέρωση αναφορικά με τις εξελίξεις σε διοικητική πρακτική και νομολογία, ιδίως των οργάνων της ΕΕ.

Αυτό συμβαίνει για τον εξής απλό λόγο: όπως και το σύνολο του νέου νόμου 4679/2020, έτσι και οι υπό κρίση διατάξεις, αποτελούν μεταφορά της Οδηγίας 2015/2436 ΕΕ στο εθνικό δίκαιο. Επίσης, από τη περιεχόμενο των διατάξεων της Οδηγίας 2015/2436 ΕΕ για το εθνικό σήμα δεν αποκλίνει (σχεδόν καθόλου) ο Κανονισμός 2017/ 1001 ΕΕ για το σήμα της ΕΕ. **Επομένως, η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι αποφάσεις του EUIPO αλλά και τα προοίμια των ενωσιακών κειμένων είναι απολύτως χρήσιμα για την ερμηνεία και των εθνικών διατάξεων· πραγματικότητα την οποία αναγνωρίζουν τόσο τα εθνικά Δικαστήρια όσο και η Διοίκηση (Διεύθυνση Σημάτων - Διοικητική Επιτροπή Σημάτων).**

ΟΙ ΡΗΤΡΕΣ ΕΧΕΜΥΘΕΙΑΣ/ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟΤΗΤΑΣ (NDA/CA) ΣΤΙΣ ΕΞΑΓΟΡΕΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Νοέμβριος 2021

Πριν λάβει χώρα μια εξαγορά επιχείρησης (η οποία μπορεί να πάρει πολλές μορφές), ο αγοραστής θα χρειαστεί να διενεργήσει ένα αναλυτικό και επιστάμενο νομικό, τεχνικό και οικονομικό έλεγχο (due diligence) όπου τα επιχειρηματικά απόρρητα της πωλούμενης επιχείρησης θα αποκαλυφθούν. Στην περίπτωση αυτή, πριν λάβει χώρα η εξαγορά και πριν ακόμα λάβει χώρα ο έλεγχος αυτός, απαραίτητο είναι τα μέρη να υπογράψουν ένα συμφωνητικό εχεμύθειας. Στο παρόν άρθρο απαντάμε με απλά λόγια στα πιο συνηθισμένα ερωτήματα σε σχέση με την εν λόγω συμφωνία.

Τους τελευταίους μήνες συναντάμε όλο και περισσότερο περιπτώσεις εξαγορών ελληνικών επιχειρήσεων. Η διαδικασία της εξαγοράς μπορεί να είναι αρκετά πολύπλοκη με βασικά σημεία αναφοράς το νομικό και οικονομικό έλεγχο της εξαγοραζόμενης επιχείρησης, τη ρύθμιση των επιμέρους ευθυνών των συμβαλλόμενων μερών και τη διαμόρφωση των ρητρών προσδιορισμού του τιμήματος. **Ωστόσο το πρώτο βήμα σε κάθε σκοπούμενη εξαγορά γίνεται με ένα συμφωνητικό εχεμύθειας και αποκλειστικότητας (το λεγόμενο "NDA & EA").**

Ο υποψήφιος πωλητής θα νιώθει πάντα την ανάγκη να προστατεύσει τα μυστικά της επιχείρησής του (τα επιχειρηματικά του απόρρητα). Αυτό είναι ακόμα πιο έντονο όταν έχουμε μια επιχείρηση με δομημένη και πλούσια τεχνογνωσία. Μάλιστα, ορισμένες φορές, αν όχι σκοπίμως, ο ενδιαφερόμενος αγοραστής δεν θα καταλήξει στην εξαγορά της συγκεκριμένης επιχείρησης αλλά ανταγωνίστριας αυτής, με αποτέλεσμα να έχει λάβει γνώση κατά τη διάρκεια του νομικού και οικονομικού έλεγχου αρκετών επιχειρηματικών απορρήτων της. Πώς μπορεί λοιπόν να διασφαλιστεί ο πωλητής; Το κύριο συμβατικό εργαλείο είναι το Συμφωνητικό Εχεμύθειας και Αποκλειστικότητας. Στο παρόν άρθρο θα αναλύσουμε τη ρήτρα εχεμύθειας.

1. Τι είναι η ρήτρα εχεμύθειας;

Η ρήτρα εχεμύθειας είναι η συμφωνία μεταξύ του υποψήφιου αγοραστή και πωλητή περί μη ανακοίνωσης επιχειρηματικών απορρήτων σε τρίτους, η οποία καταρτίζεται συνήθως στο στάδιο πριν τον έλεγχο της εξαγοραζόμενης επιχείρησης (*due diligence*). Στόχος είναι η μη αποκάλυψη επιχειρηματικών απορρήτων σε τρίτους ή και η μη χρήση αυτών από τον υποψήφιο αγοραστή για άλλους σκοπούς πλην της εξαγοράς, που μπορούν να βλάψουν τελικά τον πωλητή αν δεν επιτευχθεί η τελευταία. Στη ρήτρα αυτή ορίζεται ποιες πληροφορίες

προστατεύονται ως εμπιστευτικές, ποια πρόσωπα έχουν δικαίωμα πρόσβασης στην πληροφορία, ποια η διάρκεια της δέσμευσης, σε ποιους τρίτους συμβούλους του υποψήφιου αγοραστή είναι δυνατή η περαιτέρω ανακοίνωση των απορρήτων κοκ. **Αν τα μέρη δεν έχουν προβεί στη σύναψη της εν λόγω ρήτρας, η προστασία από το νόμο (ιδίως άρθρα 22α έως 22κ του νόμου 1733/1987 και νόμος 146/14) δεν μπορεί να λειτουργήσει ικανοποιητικά, ιδίως ως προς το ζήτημα της κύρωσης για την παραβίαση.**

2. Τι συνιστά εμπορικό/επιχειρηματικό απόρρητο;

Βάσει πρόσφατα υιοθετηθείσας νομοθεσίας, «**α) ως «εμπορικό απόρρητο» νοούνται οι πληροφορίες οι οποίες πληρούν σωρευτικά τις εξής προϋποθέσεις: αα) είναι απόρρητες, με την έννοια ότι, είτε ως σύνολο είτε από την άποψη του ακριβούς περιεχομένου και της διάταξης των συνιστώσων τους, δεν είναι ευρέως γνωστές σε πρόσωπα που ανήκουν στους κύκλους που ασχολούνται συνήθως με αυτό το είδος πληροφοριών ούτε άμεσα προσθάσιμες στα πρόσωπα αυτά, ββ) έχουν εμπορική αξία που απορρέει από τον απόρρητο χαρακτήρα τους, γγ) το πρόσωπο, που έχει αποκτήσει νόμιμα τον έλεγχο επί των εν λόγω πληροφοριών, έχει καταβάλει εύλογες προσπάθειες, λαμβανομένων υπόψη των περιστάσεων, για την προστασία του απόρρητου χαρακτήρα τους» (βλ. άρθρο 22α νόμου 1733/1987 όπως τροποποιήθηκε με το νόμο 4605/2019). Φυσικά τα συμβαλλόμενα μέρη μπορούν να συμφωνήσουν ότι καλύπτονται και λοιπές πληροφορίες από την ρήτρα εχεμύθειας. Στην έννοια του «επιχειρηματικού απόρρητου» μπορούμε να συμπεριλάβουμε το εμπορικό απόρρητο, την εμπιστευτική πληροφόρηση (*confidential information*), το βιομηχανικό απόρρητο και την απόρρητη τεχνογνωσία (*know how*). **Παραδείγματα κρίσιμων τέτοιων απορρήτων αποτελούν: κατάλογοι πελατών, στοιχεία για αμοι-****

βές εργαζομένων, πληροφορίες που αφορούν στις πωλήσεις και ιδιαίτερες τακτικές, πληροφορίες που αφορούν το δίκτυο διανομέων ή προμηθευτών, επιχειρηματικά σχέδια, πληροφορίες σχετικές με την κοστολόγηση και την τιμολόγηση των προϊόντων, πληροφορίες σε σχέση με το marketing κοκ.

3. Ποιοι δεσμεύονται από την ρήτρα;

Η απάντηση είναι απλή: όσοι συμβάλλονται, δηλαδή συνήθως ο υποψήφιος αγοραστής και ο υποψήφιος πωλητής. Ωστόσο αν και υποχρέωση για αποζημίωση, σε περίπτωση παραβίασης, έχει ο αγοραστής απέναντι στον πωλητή, το ζητούμενο πάντα είναι αν το πρόσωπο που ανακοίνωσε κατά παραβίαση της ρήτρας το επιχειρηματικό απόρρητο συνδέεται με τέτοια σχέση με τον αγοραστή ώστε τυχόν πταίσμα του να καταλογίζεται στον τελευταίο. Π.χ. ένας εκ των δικηγόρων του αγοραστή διαρρέει σε έτερο εντολέα του μυστικά της εξαγοραζόμενης επιχείρησης. Επομένως, συνηθίζεται στη ρήτρα εχεμύθειας να καθορίζεται εκ των προτέρων ο κύκλος των προσώπων που θα αποτελέσουν παραλήπτες των απορρήτων και των οποίων η συμπεριφορά καταλογίζεται στον υποψήφιο αγοραστή. **Ο υποψήφιος αγοραστής δεσμεύεται ότι θα ενημερώσει τους υπαλλήλους και συμβούλους του περί της ύπαρξης της ρήτρας και ότι θα ευθύνεται για τυχόν παραβίαση αυτής από τους τελευταίους.**

4. Ποιες οι κυρώσεις της παραβίασης;

Οι κυρώσεις της παραβίασης είναι κυρίως οικονομικές. Προβλέπονται και σχετικά ποινικά αδικήματα (κυρίως άρθρο 17 νόμου 146/1914), ωστόσο η απειλούμενη ποινή είναι χαμηλή και οι προϋποθέσεις θεμελίωσής τους ιδιαίτερες. Στο επίπεδο, επομένως, της χρηματικής αποζημίωσης το πρόβλημα είναι ένα: πώς θα υπολογιστεί το ποσό της ζημίας. Πώς για παράδειγμα θα μπορέσει το δικαστήριο να υπολογίσει την οικονομική ζημία που έχει προκληθεί από την διαρροή συγκεκριμένου επιχειρηματικού απορρήτου; προφανώς αντίστοιχος υπολογισμός είναι ιδιαίτερα δυσχερής αν όχι αδύνατος (βλ. προσπάθεια του νομοθέτη να προσδιορίσει τη ζημία ως εξής: "Κατά τον καθορισμό της αποζημίωσης της παραγράφου 1, το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη όλους τους σχετικούς παράγοντες, όπως τις αρνητικές οικονομικές επιπτώσεις, περιλαμβανομένης της απώλειας κερδών, τις οποίες υπέστη ο ζημιωθείς διάδικος, τα αδέμιτα κέρδη που έχει αποκομίσει ο παραβάτης και, κατά περίπτωση, άλλα στοιχεία, πέραν των οικονομικών, όπως την ηθική

βλάβη που έχει προκαλέσει στον κάτοχο του εμπορικού απορρήτου η παράνομη απόκτηση, χρήση ή αποκάλυψή του" – άρθρο 22θ v. 1733/1987). Για τον λόγο αυτό σχεδόν σε όλες τις περιπτώσεις συμφωνητικών εχεμύθειας τα μέρη καταλήγουν σε ένα συγκεκριμένο ποσό ποινικής ρήτρας το οποίο και εκ των προτέρων συμφωνούν ως κύρωση για την εκάστοτε παραβίαση αυτής. Το ποσό αυτό θα συναρτάται φυσικά και με το αντικείμενο της συναλλαγής (π.χ. σε συναφή ρήτρα αποκλειστικότητας, ελληνικό δικαστήριο επιδίκαση ολόκληρη τη συμφωνηθείσα ποινική ρήτρα ύψους 2,5 εκατομμυρίων ευρώ). Ζήτημα εδώ τίθεται από σχετική διάταξη που υπάρχει στον Αστικό μας Κώδικα και προβλέπει την μείωση της ποινικής ρήτρας, εφόσον το δικάζον δικαστήριο κρίνει τούτη υπέρμετρη. Άρα ακόμα και με τη συμφωνία περί ποινικής ρήτρας, ο πωλητής δεν μπορεί να είναι σίγουρος ότι θα μπορέσει να εισπράξει ολόκληρο το ποσό αυτής (τούτο θα εξαρτηθεί από πολλούς παράγοντες, αρκετοί εκ των οποίων αναφέρονται στο ως άνω άρθρο του νόμου που παραθέσαμε). Τέλος, αξίζει να αναφερθεί ότι μετά και την ενσωμάτωση σχετικής Ευρωπαϊκής Οδηγίας το 2019 (με το νόμο 4605/2019) η παραβίαση σχετικής ρήτρας συνιστά αδικοπραξία με αποτέλεσμα να μπορεί να καταδικαστεί η παραβάτης και σε προσωπική κράτηση (ιδιαίτερα σημαντική κύρωση καθότι διακυβεύεται η προσωπική ελευθερία του παραβάτη).

5. Ποιοι λοιποί τρόποι υπάρχουν για τη διασφάλιση του πωλητή;

Εκτός του συμφωνητικού εχεμύθειας, σκόπιμο είναι να εφαρμόζονται και λοιπές τακτικές διασφάλισης των επιχειρηματικών απορρήτων. Μία αντίστοιχη λύση εντοπίζεται στην πράξη μέσω ειδικών πλατφορμών (virtual data rooms), όπου κατά ένα σημαντικό μέρος διασφαλίζεται το απόρρητο των δεδομένων, λαμβάνει χώρα έλεγχος αφενός των εγγράφων που δημοσιεύονται, αφετέρου των ατόμων που λαμβάνουν γνώση και είναι δυνατός ο περιορισμός πρόσβασης ώστε να είναι εκ των προτέρων γνωστά ποια άτομα του αγοραστή καθίστανται κοινωνοί των κρίσματων πληροφοριών. Φυσικά υπάρχει και η δυνατότητα σε ένα πρώιμο στάδιο διαπραγματεύσεων να γίνει έλεγχος από τρίτη έμπιστη εταιρεία-ελεγκτικό οίκο ο οποίος και θα συντάξει τη σχετική έκθεση Due Diligence (ο έλεγχος τότε αναφέρεται ότι γίνεται από «καθαρές ομάδες» –«clean teams»– στην περίπτωση αυτή ο αγοραστής δεν λαμβάνει γνώση των εγγράφων και του πρωτογενούς υλικού αλλά μόνο της συνταχθεί-

σας έκθεσης ελέγχου). Τέλος, ενίστε ρυθμίζεται η ροή της πληροφόρησης σε σχέση με την πορεία των διαπραγματεύσεων σε στάδια, ώστε όσο πιο πιθανή είναι η σύναψη της συμφωνίας, τόσο περισσότερο να ανοίγεται το «παράθυρο» της πληροφόρησης.

6. Ποιες οι παγίδες σε αντίστοιχα συμφωνητικά; Τι πρέπει να προσέχει ο πωλητής;

Δυστυχώς τα συμφωνητικά εχεμύθειας συνήθως ενεργούν «παιδευτικά», δηλ. ως «εκφοβιστικό» εργαλείο για τον υποψήφιο αγοραστή. Στην πράξη είναι δυσχερής η δικαστική επιβολή τους σε περίπτωση παραβίασης, ιδίως ως προς την αξίωση αποζημίωσης (αν και η παρεχόμενη προστασία έχει ενισχυθεί από το 2019 βάσει ενσωμάτωσης σχετικής ευρωπαϊκής οδηγίας στα άρθρα 22α επ. νόμου 1733/1987). Τούτο, όχι μόνο επειδή δεν μπορεί να προσδιοριστεί ευχερώς το ύψος της αποζημίωσης (αν δεν έχει συμφωνηθεί ποινική ρήτρα συγκεκριμένου ποσού), αλλά και γιατί συνήθως δεν μπορεί να αποδειχθεί η παραβίασή τους (βλ. και προοίμιο Οδηγίας 2016/943 ΕΕ: «Επίσης, στους ισχύοντες εθνικούς κανόνες

σχετικά με τον υπολογισμό των αποζημιώσεων δεν λαμβάνεται πάντοτε υπόψη ο άυλος χαρακτήρας των εμπορικών απορρήτων, πράγμα που καθιστά δύσκολο να αποδειχθούν τα πραγματικά διαφυγόντα κέρδη ή ο αδικαιολόγητος πλουτισμός του παραβάτη, εφόσον δεν μπορεί να υπολογισθεί καμία αγοραία αξία για τις επίμαχες πληροφορίες»). Η δυσκολία καθίσταται ιδιαίτερα αισθητή όταν ο αγοραστής είναι εταιρεία του εξωτερικού και έχει ορίσει ως αρμόδια δικαστήρια για επίλυση των αναφυόμενων διαφορών τα δικαστήρια της χώρας του. **Για τους λόγους αυτούς απαραίτητο είναι να δίδεται ιδιαίτερη προσοχή στη σύνταξη του εν λόγω συμφωνητικού, ώστε να παρέχεται όσο το δυνατόν μεγαλύτερο πρακτικό αντίκρισμα και προστασία στον υποψήφιο πωλητή (λ.χ. με περιγραφή ειδικών δικονομικών συμφωνιών, δικαιολογητικών βάσεων περί του ύψους της ποινικής ρήτρας κοκ).** Σε κάθε περίπτωση το συμφωνητικό εχεμύθειας αποτελεί ένα σημαντικό έγγραφο, το οποίο δεν πρέπει να παραμεληθεί θεωρούμενο ως ένα απλό «τυπικό χαρτί» στο δρόμο για την ολοκλήρωση της συναλλαγής.

ΤΟ ΑΔΙΚΗΜΑ ΤΗΣ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΣΟΔΩΝ ΑΠΟ ΕΓΚΛΗΜΑΤΙΚΕΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ («ΞΕΠΛΥΜΑ ΒΡΟΜΙΚΟΥ ΧΡΗΜΑΤΟΣ») ΚΑΤΑ ΤΟ ΝΟΜΟ 4557/2018 (ΜΕΤΑ ΤΟ Ν. 4816/2021)

Χριστίνα Καπουράνη
ΜΔΕ (mult.), PgCert

Οκτώβριος 2021
(αναδημοσίευση από lawnet.gr)

Το αδίκημα της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες (ή όπως είναι γνωστό το «ξέπλυμα βρόμικου χρήματος») προβλέπεται, μετά από σειρά νομοθετικών τροποποιήσεων, στο νόμο 4557/2018 όπως ο τελευταίος ισχύει (κατόπιν τροποποίησης με το ν. 4816/2021, ο οποίος ενσωμάτωσε την οδηγία ΕΕ 1673/2018). Παρακάτω θα προσπαθήσουμε, εν συντομίᾳ, να περιγράψουμε τα κύρια χαρακτηριστικά του αδικήματος, την ποινική του αντιμετώπιση καθώς και σχετικούς προβληματισμούς που ανακύπτουν αναφορικά, ιδίως, με το πότε τα περιουσιακά στοιχεία καθίστανται «βρόμικα» και αποτελούν, ως εκ τούτου, προϊόν νομιμοποίησης, ανάλογα με και το είδος της προγενέστερης εγκληματικής δραστηριότητας (του βασικού, κατά νόμο, αδικήματος) με περαιτέρω κίνδυνο τη δέσμευσή τους.

1. Εισαγωγή: Το αδίκημα της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες προβλέπεται στο νόμο 4557/2018, ο οποίος πρόσφατα τροποποιήθηκε από το νόμο 4816/2021, κατόπιν συμμόρφωσης του έλληνα νομοθέτη με την υπ' αριθμ. 1673/2018 (ΕΕ) οδηγία του ευρωπαϊκού κοινοβουλίου. **Για τη στοιχειοθέτηση του απαιτείται η τέλεση μίας χρονικά και ουσιαστικά προγενέστερης αξιόποινης πράξης, του αποκαλούμενου και ως βασικού εγκλήματος, δηλαδή του εγκλήματος από το οποίο προκύπτει η προς νομιμοποίηση περιουσία.** Τα βασικά αδικήματα συνιστούν ρητώς απαριθμούμενες στο νόμο (ίδ. αρ. 4 ν. 4557/2018) εγκληματικές πράξεις (αναφέρονται ενδεικτικά: η εγκληματική οργάνωση, η δωροληψία και η δωροδοκία υπαλλήλου, η εμπορία ανθρώπων, η απάτη, η κλοπή, η ληστεία, η πλαστογραφία, η σωματεμπορία, η παράνομη διακίνηση ναρκωτικών, η λαθρεμπορία, η φοροδιαφυγή, η μη καταβολή χρεών προς το δημόσιο, η απιστία, τα χρηματιστηριακά αδικήματα κ.ο.κ.) καθώς και κάθε αδίκημα για το οποίο απειλείται στο νόμο ποινή στερητική της ελευθερίας τουλάχιστον τριών μηνών και από το οποίο προκύπτει περιουσιακό όφελος.

Πρόκειται για αδίκημα το οποίο απαντάται συχνά στην πράξη και υπό ποικίλες μορφές ενώ, κατά κύριο λόγο, αποτυπώνει τη βασική ιδέα «the crime doesn't pay» (δηλαδή «το έγκλημα δεν πληρώνει»), υπό την έννοια ότι ο δράστης μίας άδικης πράξης δεν πρέπει να αποκομίσει απ' αυτήν κέρδος. Με τον όρο «ξέπλυμα», με λίγα λόγια, εννοούμε τη διαδικασία με την οποία συγκαλύπτονται ή εξαφανίζονται τα ίχνη των εγκληματικών πράξεων από τις οποίες προήλθαν τα παράνομα έσοδα, ώστε αυτά να χρησιμοποιηθούν στη συνέχεια στην επίσημη οικονομία «μεταμφιεσμένα» και να αναμειχθούν με νόμιμο χρήμα. Με βάση, δε, επίσημες εκθέσεις της

διακρατικής επιτροπής χρηματοπιστωτικής δράσης FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering), η νομιμοποίηση εσόδων προερχόμενων από εγκληματικές δραστηριότητες λαμβάνει χώρα κυρίως μέσω α) σύστασης και λειτουργίας εικονικών εταιρειών, β) αξιοποίησης ειδικών γνώσεων ορισμένων ομάδων επαγγελματιών (όπως συμβολαιογράφων, φοροτεχνικών, συμβούλων επιχειρήσεων κ.ο.κ), γ) επενδύσεων σε ακίνητη περιουσία, έργα τέχνης και αγαθά πολυτελείας, δ) σύστασης και λειτουργίας καταπιστευμάτων (trusts) και ιδρυμάτων, ε) σύστασης και λειτουργίας υπεράκτιων εταιρειών (offshore) και στ) σύστασης και λειτουργίας άτυπων συστημάτων μεταφοράς χρημάτων.

2. Οι τρόποι τέλεσης του αδικήματος μετά το ν. 4816/2021: Στο άρ. 2 του ν. 4557/2018 συναντάμε τους τέσσερις, πια, τρόπους τέλεσης του αδικήματος το οποίο διαπράττει όποιος προβαίνει, κατά τη διατύπωση του νομοθέτη, σε:

α) μετατροπή ή μεταβίβαση περιουσίας εν γνώσει του γεγονότος ότι προέρχεται από εγκληματική δραστηριότητα, ή από πράξη συμμετοχής σε τέτοια δραστηριότητα, με σκοπό την απόκρυψη ή τη συγκάλυψη της παράνομης προέλευσής της, ή την παροχή συνδρομής σε οποιονδήποτε ενέχεται στη δραστηριότητα αυτή για να αποφύγει τις έννομες συνέπειες των πράξεών του (παράδειγμα: μεταβίβαση σε τρίτο αυτοκινήτου που προέρχεται από κλοπή ή ληστεία τελεσθείσα από τον πωλητή ή από τρίτο εν γνώσει, σε κάθε περίπτωση, του πρώτου),

β) απόκρυψη ή συγκάλυψη της αλήθειας, όσον αφορά τη φύση, την προέλευση, τη διάθεση, τη διακίνηση ή τη χρήση περιουσίας ή τον τόπο όπου αυτή βρίσκεται ή την κυριότητα επ' αυτής, ή τα σχετικά με αυτή δικαιώματα, εν γνώσει του γεγονότος ότι η περιουσία αυτή προέρχε-

ται από εγκληματική δραστηριότητα ή από πράξη συμμετοχής σε τέτοια δραστηριότητα (παράδειγμα: τοποθέτηση χρημάτων προερχόμενων από το αδίκημα της απάτης σε θυρίδες ιδιωτικών εταιρειών φύλαξης),

γ) απόκτηση, κατοχή ή χρήση περιουσίας, εν γνώσει, κατά τον χρόνο κτήσης, ή κατά τον χρόνο περιέλευσης της κατοχής ή της χρήσης, του γεγονότος ότι η περιουσία προέρχεται από εγκληματική δραστηριότητα ή από πράξη συμμετοχής σε τέτοια δραστηριότητα (παράδειγμα: κατοχή χρημάτων προερχόμενων από λαθρεμπορία δίχως μεταβίβαση της κατοχής τους σε τρίτο πρόσωπο και δίχως λήψη προιληπτικών μέτρων τοποθέτησής τους. Είναι αντιληπτό πώς ο νομοθέτης με αυτόν τον τρόπο τέλεσης προσπαθεί να ποινικοποιήσει κάθε άλλη περιπτωση που δεν εμπίπτει στις δύο πρώτες περιπτώσεις εγκληματικής δράσης),

δ) χρησιμοποίηση του χρηματοπιστωτικού τομέα με την τοποθέτηση σε αυτόν ή τη διακίνηση μέσω αυτού εσόδων που προέρχονται από εγκληματικές δραστηριότητες, με σκοπό να προσδοθεί νομιμοφάνεια στα εν λόγω έσοδα (παράδειγμα: κατάθεση χρημάτων προερχόμενων από απιστία σε βάρος νομικού προσώπου σε πληθώρα λογαριασμών, περαιτέρω διακίνηση αυτών μέσω ενσωμάτωσής τους σε τραπεζικές επιταγές και οπισθογράφηση σε έτερα φυσικά ή νομικά πρόσωπα).

Αξίζει να επισημανθεί ότι δεν συνιστούν πια (μετά το ν. 4816/2021) ξεχωριστούς τρόπους τέλεσης του αδικήματος οι λεγόμενες υποστάσεις της οργάνωσης του ξεπλύματος (δηλαδή η σύσταση οργάνωσης ή ομάδας δύο τουλάχιστον προσώπων προς τέλεση των ως άνω πράξεων των περιπτώσεων α - δ) και της απόπειρας διάπραξης ξεπλύματος, της υποκίνησης, διευκόλυνσης ή παροχής συμβουλών προς τέλεση αυτού καθώς η αξίωση ποινικής τιμώρησης καλύπτεται, ήδη, από τις διατάξεις του Ποινικού Κώδικα.

Ως προς, δε, τον τέταρτο τρόπο τέλεσης του αδικήματος, δηλαδή μέσω της χρήσης του χρηματοπιστωτικού τομέα, έχει δημιουργηθεί ζωηρός προβληματισμό σχετιζόμενος με το ερώτημα του κατά πόσο είναι αυτός δυνατός, δεδομένης της αυξημένης υποχρέωσης των τραπεζών για εντοπισμό και αναφορά ύποπτων και ασυνήθιστων συναλλαγών. **Κατά τη νομολογία «ιδιαίτερα ευαίσθητο σημείο της όλης λειτουργίας είναι το ίδιο το χρηματοπιστωτικό σύστημα, το οποίο, δια της λογιστικοποίησης της ροής των κεφαλαίων και της ουσιαστικής εξαφάνισης της ταυτότητας των φυσικών προσώπων, μέσω**

των διαφόρων εταιρειών, σε συνδυασμό και με τη λειτουργία του τραπεζικού απορρήτου, μπορεί πολύ εύκολα να καλύψει τα ίχνη της προέλευσης των παράνομων χρημάτων και, τελικά, να επιτρέψει την επανεπένδυση σε νομιμοφανείς δραστηριότητες (ΣυμβΠλημΑθ 2912/2004).

Έτσι, η απλή κατάθεση παράνομων χρημάτων σε τραπεζικό λογαριασμό, δίχως να συνοδεύεται κι από άλλες ειδικές περιστάσεις (όπως, για παράδειγμα, το άνοιγμα του οικείου λογαριασμού σε ψεύτικο ή ανύπαρκτο όνομα, τη διενέργεια σύνθετων συναλλαγών, παρεμβολής εταιρειών, εικονικών εμβασμάτων κ.ο.κ) –δεδομένου ότι σε αυτές τις περιπτώσεις, πράγματι, θα υπήρχε σκοπός συγκάλυψης– μάλλον, έχει τα αντίθετα αποτελέσματα απ' αυτά που θέλει να επιτύχει ο δράστης του ξεπλύματος.

Στην ουσία, με τον τρόπο αυτό και λόγω της ως άνω αυξημένης υποχρέωσης επιμέλειας και εποπτείας των τραπεζών επί των ύποπτων συναλλαγών, δημιουργούνται ίχνη εντοπισμού της παράνομης περιουσίας και, εφόσον, οι εν λόγω ενέργειες δε δύναται να υπαχθούν στους λοιπούς τρόπους τέλεσης του αδικήματος, θα πρέπει να κριθούν ατιμώρητες.

Κατά την κρίση, περαιτέρω, της ΣυμβΠλημΑθ 4304/2015 η αδυναμία του δικαιούχου του λογαριασμού να δικαιολογήσει την προέλευση των χρηματικών ποσών δεν συνεπάγεται τη στοιχειοθέτηση του υπό κρίση αδικήματος μέσω αυτού του τρόπου τέλεσης, αν δε συνάγεται και από άλλες περιστάσεις. Αντίστοιχα, η κατάθεση χρημάτων από το δράστη νομιμοποίησης σε κοινό τραπεζικό λογαριασμό δε σημαίνει, άνευ άλλου τινός, τέλεση νομιμοποίησης από το συνδικαλούχο, και αυτό επειδή ο κοινός λογαριασμός είναι δυνατό να ανοιχθεί μόνο από ένα πρόσωπο και στο όνομα άλλου, ενώ χρήση του μπορεί να γίνει από όλους τους συνδικαλούχους χωρίς σύμπραξη των λοιπών (ΣυμβΕΦΑθ 349/2015).

3. Η ποινική αντιμετώπιση του αδικήματος μετά το ν. 4816/2021:

Στο αρ. 39 του ν. 4557/2018 προβλέπονται οι ποινικές κυρώσεις που απειλούνται κατά των δραστών τέλεσης του αδικήματος της νομιμοποίησης. Ειδικότερα στο αρ. 39 παρ. 1α του νόμου διατυπώνεται γενική ρήτρα κατά την οποία ο δράστης πράξεων νομιμοποίησης τιμωρείται, κατ' αρχήν, με κακουργηματικές ποινές (κάθειρξη έως 8 ετών και χρηματική ποινή). Με κάθειρξη έως 10

έτη και χρηματική ποινή τιμωρείται ο δράστης νομιμοποίησης αν α) το παράνομο περιουσιακό όφελος υπερβαίνει τις 120.000 €, β) αν τελείται από υπόχρεα προς αναφορά ύποπτων συναλλαγών πρόσωπα κατά την άσκηση της δραστηριότητάς τους (ενδεικτικά αναφέρονται: εκπρόσωποι χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων, ορκωτοί ελεγκτές - λογιστές, συμβολαιογράφοι, κ.ο.κ.) καθώς και γ) αν η παράνομη περιουσία προέρχεται από ειδικώς αναφερόμενα στο νόμο κακουργήματα (ενδεικτικά αναφέρονται: εγκληματική οργάνωση, τρομοκρατική οργάνωση, εμπορία ναρκωτικών, ληστεία κ.ο.κ). Με κάθειρξη (δηλαδή στερητική της ελευθερίας ποινή από 5 - 15 έτη) και με χρηματική ποινή τιμωρείται, δε, όποιος τελεί πράξη νομιμοποίησης κατ' επάγγελμα ή ως μέλος εγκληματικής οργάνωσης. Στην περίπτωση, όμως, που η προγενέστερη εγκληματική δραστηριότητα είναι πλημμέλημα επιβάλλεται ποινή φυλάκισης έως τρία έτη και χρηματική ποινή. Κατ' άρθρο, δε, 39 παρ. 4 του νόμου η απαλλαγή του δράστη για το βασικό αδίκημα επιφέρει και την απαλλαγή του για το αδίκημα της νομιμοποίησης εσόδων.

4. Περιπτώσεις απελευθέρωσης από το «βρόμικο» στύγμα - Ποιος δεν τελεί νομιμοποίηση:

Τα περιουσιακά στοιχεία που προέρχονται άμεσα από την εγκληματική δραστηριότητας είναι πρόσφορα προς νομιμοποίηση, ακόμη, δηλαδή, και αν καταλήξουν στα χέρια τρίτου προσώπου που δεν έχει την ιδιότητα του δράστη (αυτουργού ή συμμετόχου) στην προγενέστερη εγκληματική πράξη, καθώς είναι «μολυσμένα». Ωστόσο, ως συνάγεται από το άρθρο 40 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4557/2018, τα περιουσιακά στοιχεία παύουν να είναι «βρόμικα» όταν αποκτηθούν από πρόσωπο που δε γνωρίζει ότι προέρχονται από την προηγούμενη εγκληματική δραστηριότητα (όταν αποκτηθούν, δηλαδή, από τον λεγόμενο «καλόπιστο τρίτο»). Έτσι πρακτικά έχουμε δύο συνέπειες: α) ο καλόπιστος τρίτος που αποκτά το παράνομο περιουσιακό στοιχείο δεν διαπράττει το έγκλημα της νομιμοποίησης (η ύπαρξη γνώσης, δε, κρίνεται, κατά το χρόνο κτήσης του περιουσιακού στοιχείου και όχι μεταγενέστερα) και β) όποιος αποκτήσει από καλόπιστο τρίτο δεν διαπράττει, επίσης, νομιμοποίηση, ακόμη κι αν γνωρίζει την εγκληματική προέλευση του περιουσιακού στοιχείου, λόγω της προγενέστερης «κάθαρσης» αυτού. Στη συνέχεια, φυσικά, το προϊόν που «εξυγιάνθηκε», προφανώς, και μπορεί να αποτελέσει πρόσφορό προς νομιμοποίηση περιουσιακό στοιχείο, στο πλαίσιο μίας, νέας, μεταγενέστερης εγκληματικής δρα-

στηριότητας (Παραδείγματα: Ο Α δωρίζει πίνακα ζωγραφικής στη Β δίχως εκείνη να γνωρίζει ότι είναι προϊόν υπεξαίρεσης. Η Α δεν τελεί νομιμοποίηση. Αν η Α με τη σειρά της δωρίσει τον πίνακα στη φίλη της Φ, και πάλι δεν υπάρχει πράξη νομιμοποίησης, ακόμη κι αν η Φ γνωρίζει ότι προέρχεται από εγκληματική δραστηριότητα. Τέλος, αν η Α ή η Φ δωρίσουν τον πίνακα σε δημόσιο υπάλληλο για να πετύχουν σε υπόθεσή τους ευνοϊκή μεταχείριση, τότε, το προϊόν αποκτά και πάλι την ιδιότητα του προερχόμενου από εγκληματική δραστηριότητα –δωροδοκία αυτή τη φορά– και είναι, στο πλαίσιο αυτό, προϊόν νομιμοποίησης συνδεόμενο, πια, με την τελευταία εγκληματική δραστηριότητα.

5. Τέλεση του αδικήματος όταν το βασικό αδίκημα είναι φοροδιαφυγή: Ο κυριότερος προβληματισμός που ανακύπτει, εν προκειμένω, από την ένταξη των φορολογικών παραβάσεων στη λίστα των βασικών αδικημάτων του νόμου περί ξεπλύματος είναι του κατά πόσο δύναται να υπαχθεί στην έννοια της προερχόμενης από το βασικό αδίκημα περιουσίας η εξοικονόμηση μίας δαπάνης που επιτυγχάνει ο δράστης μέσω της φοροδιαφυγής και κατά πόσο το ποσό του φόρου που ο δράστης δεν κατέβαλε στη φορολογική αρχή συνιστά «βρόμικη» περιουσία. Οι δύο ως άνω προβληματισμοί στηρίζονται αφ' ενός, στον κατά νόμο προσδιορισμό της έννοιας της περιουσίας που περιλαμβάνει αύξηση του ενεργητικού και όχι αποφυγή μείωσης αυτού και, αφ' ετέρου, στην παραδοχή ότι η περιουσία που εξοικονομεί ο δράστης και ισούται με το ύψος του φόρου που απέφυγε να καταβάλει προς τη φορολογική διοίκηση δεν προέρχεται από το αδίκημα της φοροδιαφυγής, αλλά αντιθέτως προϋπάρχει του εν λόγω αδικήματος ως νόμιμη περιουσία, η οποία δεν μπορεί να καταστεί αναδρομικά «βρόμικη», δηλαδή κατόπιν μη εκπλήρωσης της υποχρέωσης προς τη φορολογική διοίκηση και τέλεση της φοροδιαφυγής (παράδειγμα: Λογιστής στο πλαίσιο άσκησης νόμιμης δραστηριότητας του δεν υποβάλει δήλωση φόρου εισοδήματος για τα έσοδα του, αλλά ούτε και περιοδικές δηλώσεις ΦΠΑ για τις συναλλαγές με τους πελάτες της λογιστικής του επιχείρησης. Κατά το χρόνο λήψης του εσόδου καθώς και του αντίστοιχου ΦΠΑ και, πριν παρέλθουν οι προθεσμίες υποβολής των σχετικών δηλώσεων, από την πάροδο των οποίων κρίνεται η τέλεση του αδικήματος της φοροδιαφυγής, έχει, ήδη, διοχετεύσει στην αγορά το ληφθέν κεφάλαιο, το οποίο, κατά το χρόνο λήψης ήταν «καθαρό» και, δε δύναται, ως εκ τούτου, να καταστεί «βρόμικο»

αναδρομικά για να τεθεί ζήτημα νομιμοποίησής του, καθώς ήταν εξ' αρχής νόμιμο). Εξαίρεση, φυσικά, αποτελούν οι περιπτώσεις της λήψης επιστροφής ΦΠΑ ή λοιπών φόρων με εξαπάτηση της φορολογικής αρχής και της επ' αμοιβή έκδοσης εικονικού ή πλαστού φορολογικού στοιχείου, καθώς σε αυτές, πράγματι, έχουμε αύξηση της περιουσίας του δράστη και όχι αποφυγή μείωσης αυτής.

Σχετικώς έκρινε, αποδεχόμενο την έλλειψη δυνατότητας τέλεσης νομιμοποίησης με βασικό αδίκημα τη φοροδιαφυγή, το υπ' αριθμ. 112/2016 βούλευμα Συμβούλη Αθηνών κατά το οποίο «Στις περισσότερες περιπτώσεις φοροδιαφυγής δεν είναι δυνατή η τέλεση νομιμοποίησης λόγω έλλειψης περιουσίας προερχόμενης από εγκληματική δραστηριότητα (βλ. ορισμό περιουσίας στο άρ. 4 παρ. 1 του Ν. 3691/2008), η εγκληματική δε προέλευση προβλέπεται σε όλους τους τρόπους τέλεσης του άρ. 2 ως στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης (στους τρόπους τέλεσης της παρ. 2 περ. α', β' και γ' το σχετικό στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης προκύπτει εμμέσως από την αναφορά του ως αντικειμένου της γνώσης του δράστη, αντιθέτως στην περίπτωση δ` η προέλευση της περιουσίας από εγκληματικές δραστηριότητες προβλέπεται ευθέως ως στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης). Πλέον ειδικότερα, το όφελος, ο πλουτισμός του φοροφυγά δε συνιστά περιουσία και μάλιστα προερχόμενη από τη φοροδιαφυγή και κατά λογική ακολουθία δεν υπάρχει υλικό αντικείμενο ή γενικότερα περιουσιακό στοιχείο δεκτικό νομιμοποίησης (σχετ. Γ. Τριαντάφυλλου, θ. π., σελ. 722 επ.). Με άλλα λόγια, για τη στοιχειοθέτηση της αντικειμενικής υπόστασης της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική πράξη απαιτείται η ύπαρξη περιουσιακού εισοδήματος και δεν αρκεί η περιουσιακή ωφέλεια με τη μορφή αποσόβησης της μείωσης της περιουσίας του δράστη από την τέλεση κάποιας εγκληματικής ενέργειας (Συμβούλη Αθ 2175/2005 ΠοινΔικ 2005, σελ. 1151), η εξοικονόμηση συνεπώς της δαπάνης του δράστη της φοροδιαφυγής, δηλαδή το όφελος (θλ. άρ. 904 επ. ΑΚ) που ισούται με το ποσό του φόρου που απέφυγε να καταβάλει, δεν μπορεί να είναι αντικείμενο ξεπλύματος. Ακολούθως, επί εξοικονομηθεισών δαπανών εξυπακούεται ότι δεν μπορεί να λάβει χώρα καμία πράξη νομιμοποίησης. Αντιθέτως, περιουσία προερχόμενη από το βασικό έγκλημα της φοροδιαφυγής μπορεί να υπάρξει μόνο επί αύξησης του ενεργητικού της περιουσίας του δράστη (λ.χ. επί απόκτησης κυριότητας ενός πράγματος ή μιας απαίτησης) αυτό δε μπορεί να συμβεί μόνο επί λήψης επιστροφής ΦΠΑ ή λοιπών παρα-

κρατούμενων και επιρριπτόμενων φόρων, τελών και εισφορών με παραπλάνηση της φορολογικής αρχής, καθότι εν προκειμένω ο δράστης αποκτά ευθέως και άμεσα περιουσία προερχόμενη από την τέλεση της φοροδιαφυγής, ομοίως δε νοητή είναι η τέλεση της νομιμοποίησης και στην περίπτωση της έκδοσης εικονικών και πλαστών τιμολογίων, όταν ο δράστης λαμβάνει αμοιβή για την έκδοση τους από τον ωφελούμενο, καθότι αντικείμενο νομιμοποίησης δεν είναι κάποιο ποσό φόρου αλλά η ίδια η αμοιβή του δράστη».

6. Ιδίως η δέσμευση περιουσιακών στοιχείων από τον Πρόεδρο της Αρχής Καταπολέμησης της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες πριν την απόκτηση της ιδιότητας του κατηγορουμένου και τα μέσα άμυνας του καθ' ου: Στο άρθρο 42 παρ. 7 του ν. 4557/2018 προβλέπεται η δυνατότητα δέσμευσης τραπεζικών λογαριασμών, τίτλων, θυρίδων και χρηματοπιστωτικών μέσων, εν γένει, καθώς και η απαγόρευση μεταβίβασης οποιουδήποτε περιουσιακού στοιχείου, κατόπιν έκδοσης διάταξης του προέδρου της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες. Προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης είναι α) η διεξαγωγή έρευνας από την αρχή προς εντοπισμό πράξεων νομιμοποίησης ή βασικών αδικημάτων, β) η συνδρομή βάσιμων υπονοιών ότι έχει τελεστεί βασικό αδίκημα ή πράξη νομιμοποίησης και γ) η συνδρομή επείγουσας περίπτωσης (λ.χ. κίνδυνος άμεσης εξαφάνισης περιουσιακών στοιχείων μέσω αλλεπάλληλων μεταβίβασεων και συγκάλυψης ιχνών αδικημάτων των δραστών). Πρόκειται για μέτρο που λαμβάνει η αρχή σε βάρος υπόπτου προκειμένου, στο πλαίσιο της έρευνας της, α) να συλλέξει πληροφορίες και αποδείξεις για την τέλεση βασικών αδικημάτων και πράξεων νομιμοποίησης και β) να αδρανοποιήσει τα περιουσιακά στοιχεία του υπόπτου, διατηρώντας αυτά ακέραια, εμποδίζοντας τον, παράλληλα, ιδίως από τη χρήση του οικονομικού (τραπεζικού) συστήματος.

Αξίζει να σημειωθεί ότι το μέτρο αυτό μπορεί να διαταχθεί πριν από οποιαδήποτε δικαστική διαδικασία και πριν ακόμη ο δράστης αποκτήσει την ιδιότητα του κατηγορουμένου μετά από άσκηση ποινικής δίωξης. Το πρόσωπο σε βάρος του οποίου έχει επιβληθεί το μέτρο έχει απόλυτη νομική αδυναμία διάθεσης και χρήσης των δεσμευμένων περιουσιακών στοιχείων. Δύναται, ωστόσο, α) να ασκήσει την προβλεπόμενη στο άρ. 42 παρ. 4 του ν. 4557/2018 προσφυγή ενώπιον του αρμοδίου δικα-

στικού συμβουλίου εντός προθεσμίας 20 ημερών από την επίδοση της διάταξης της αρχής ζητώντας την άρση ή τον περιορισμό της δέσμευσης (επειδή, λόγου χάρη, η δεσμευμένη περιουσία έχει νόμιμη προέλευση, όπως όταν έχει αποκτηθεί σε χρόνο προγενέστερο της τέλεσης του βασικού αδικήματος, είτε επειδή δε συνδέεται με το οφέλος που φέρεται να αποκομίστηκε, όπως συμβαίνει λ.χ. με δεσμευμένους μισθούς και συντάξεις, ή είναι απολύτως αναγκαία για τη διαβίωση του υπόπτου κ.ο.κ.) καθώς και β) να αιτηθεί από την εκδούσα αρχή την ανάκληση της εκδοθείσας διατάξεως λόγω συνδρομής νέων περιστατικών στο πρόσωπο του υπόπτου ή μελών της οικογένειας του.

Πράγματι, τα δικαστήρια αίρουν την επιβληθείσα δέσμευση όταν δεν συνέτρεξαν οι εκ του νόμου προϋποθέσεις για την επιβολή της. Ειδικότερα με την ΣυμπλημΑθ 3216/2019 κρίθηκε ότι δε δύναται να αποτελούν προϊόν νομιμοποίησης τραπεζικές καταθέσεις που εισέρχονται στους λογαριασμούς έχοντας εγγυημένα νόμιμη προέλευση που προκύπτει, αδιαφορίσβήτητα, και από τη σχετική τους αιτιολογία. Το απόσπασμα της αποφάσεως έχει επί λέξει ως εξής «Συγκεκριμένα, από το αντίγραφο κίνησης του δεσμευθέντος λογαριασμού προκύπτει πως σε αυτόν, ανά δεκαπενθήμερο, κατατίθεται από το Υπουργείο Υποδομών και Μεταφορών, με την αιτιολογία «μισθός», η μισθοδοσία της, ως δημοσίας υπαλλήλου του εν λόγω δημοσίου φορέα. Τα δε χρηματικά μεγέθη που κατατίθενται περιοδικά στον ως άνω τραπεζικό λογαριασμό με την ανωτέρω ασφαλώς εξακριβωθείσα προέλευση, ως εγκείμενα σε μισθοδοσία από δημόσιο οργανισμό, εξ ορισμού, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους κανόνες της λογικής, δεν είναι δυνατό να σχετίζονται με παράνομη δραστηριότητα νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, και δη αυτή της παθητικής δωροδοκίας εν προκειμένω, ούτε να αποτελούν αποκυήματα τέτοιας έκνομης πρακτικής».

Με την ΣυμπλημΑθ. 3721/2017, περαιτέρω, έγινε δεκτό ότι δεν δύναται η δεσμευμένη περιουσία να προέρχεται από εγκληματική δραστηριότητα καθώς αποκτήθηκε προγενέστερα του φερόμενου χρόνου τέλεσης του βασικού αδικήματος. Η απόφαση έκανε, ιδίως, δεκτά τα ακόλουθα: «Κατ` ακολουθίαν, προέκυψε ότι αφενός ο του ... δεν είχε στην κατοχή του κάποια περιουσία κατά τα έτη 2008-2016 (χρονικό διάστημα κατά το οποίο δύναται να τελεστεί το αδίκημα της νομιμοποίησης του

προϊόντος που απέκτησε από το βασικό αδίκημα), την οποία είτε απαλλοτρίωσε είτε απέκρυψε με άλλο τρόπο είτε συνέμειξε με έτερα περιουσιακά στοιχεία του είτε μετέφερε σε λογαριασμούς τρίτων κ.λπ., με αποτέλεσμα να μην προκύπτουν, ως προς αυτόν, τουλάχιστον στο παρόν στάδιο, επαρκείς ενδείξεις τέλεσης του αδικήματος, δυνάμει του οποίου δεσμεύτηκαν από την Αρχή, λόγω κατεπείγοντος, τα ανωτέρω περιουσιακά του στοιχεία, τα οποία προφανώς και δεν σχετίζονται με το διερευνώμενο από την Αρχή αδίκημα, αφού αυτά είχαν αποκτηθεί σε χρόνο πολύ προγενέστερο από την τέλεση του βασικού αδικήματος. Ας σημειωθεί ότι το πλέον πρόσφατο συμβόλαιο που αναφέρεται στην υπό κρίση διάταξη του Προέδρου της Αρχής είναι η υπ` αριθ. [...] /2014 σύσταση οριζοντίων ιδιοκτησιών, οι οποίες όμως περιήλθαν στην ιδιοκτησία του δεύτερου αιτούντος αρκετά χρόνια πιο πριν, και δη δυνάμει του υπ` αριθ. [...] /2.8.2003 συμβολαίου. Αντιδέτως, του απέκτησε ακίνητη περιουσία το επίδικο χρονικό διάστημα, ορισμένα όμως ακίνητα που περιήλθαν στην κυριότητά του και περιγράφονται στην υπό έρευνα διάταξη είχαν αποκτηθεί σε χρόνο πολύ προγενέστερο από την τέλεση του βασικού αδικήματος. Κατ` ακολουθία των ανωτέρω, φρονούμε ότι το Συμβούλιό Σας πρέπει να κάνει τύποις και ουσία, εν μέρει, δεκτή την από 29.5.2017 αίτηση του του, και τύποις και ουσία δεκτή την από 9.6.2017 αίτηση του του και να άρει, άλλως ανακαλέσει, την υπ` αριθμ. [...] /2017 διάταξη του Προέδρου της Αρχής».

Ενώ, τέλος, πολύ συχνή είναι η αποδέσμευση περιουσιακών στοιχείων για λόγους ικανοποίησης βιοτικών αναγκών των φερόμενων ως υπόπτων δραστών. Επ' αυτού κρίνει η ΣυμβΑΠ 1374/2020 κατά την οποία «Η δέσμευση, όμως, αυτή, χωρίς περιγραφή των περιουσιακών στοιχείων και του σκοπού του οποίο αυτά εκπληρώνουν, δεν πληροί το σκοπό του νόμου, διότι δεν μπορεί να κριθεί, αν αυτά μπορούν να χρησιμοποιηθούν για τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, ούτε αν από αυτά και τα τυχόν εισοδήματά τους ο προσφεύγων καλύπτει τις γενικότερες αναγκαίες δαπάνες διαβίωσης, συντήρησης ή λειτουργίας του, τα έξοδα για τη νομική του υποστήριξη και τα βασικά έξοδα για τη διατήρηση των δεσμευμένων περιουσιακών στοιχείων. Με τα δεδομένα αυτά και ενόψει του ότι με την υπό κρίση προσφυγή και το υπόμνημά του ο προσφεύγων έχει προσδιορίσει το κύριο αίτημα της προσφυγής στην αποδέσμευση των δύο λογαριασμών του, ήτοι του λογαριασμού του ... στην

Τράπεζα Πειραιώς, με υπόλοιπο ανερχόμενο στις 27-7-2020 σε 889,68 ευρώ, και του λογαριασμού του ... στην Eurobank, με υπόλοιπο ανερχόμενο στις 27-7-2020 σε 1.334,02 ευρώ, προκειμένου να αντιμετωπίσει τις βιοποριστικές του ανάγκες, πρέπει: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή, β) να μεταρρυθμιστεί η απόφαση 26/25-6-2020 της Β' Μονάδας της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές Δραστηριότητες, με την οποία απορρίφθηκε η από 10-6-2020 αίτηση αυτού (προσφεύγοντος) ενώπιον της Β' Μονάδας της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές Δραστηριότητες περί άρσης της δέσμευσης των περιουσιακών στοιχείων αυτού και της απαγόρευσης της κίνησης λογαριασμών».

7. Αντί επιλόγου: Από τα όσα εξετέθησαν καθίσταται αντιληπτό ότι οι υπό κρίση ποινικές διατάξεις του ν. 4557/2018 περιγράφουν ένα από τα δυσχερέστερα στην τυποποίηση του αδικήματα λόγω της πολυπλοκότητας και της πολυμορφίας εμφάνισής του στην πράξη. Πολλά, δε, από τα βασικά αδικήματα που περιγράφονται στη λί-

στα του αρ. 4 εγείρουν προβληματισμούς σχετικά με το κατά πόσο μπορούν να παράξουν «βρόμικη» περιουσία. Τέτοια είναι και τα αναφερθέντα στο παρόν, φορολογικά αδικήματα. Η αλήθεια είναι πώς, μέσω της οικείας πολυσχιδούς νομοθεσίας, ο νομοθέτης προσπαθεί να εντοπίσει κάθε μορφή νομιμοποίησης (εντάσσοντας στα βασικά αδικήματα ακόμη και περιπτώσεις που δεν μπορούν να συμβαδίσουν με τις λοιπές νομοθετικές αξιολογήσεις και ορισμούς) και να προβλέψει κάθε εγκληματικό ελιγμό δραστών. Περαιτέρω οι διωκτικές αρχές, με εξαιρετική συχνότητα, προβαίνουν σε δυσβάσταχτα μέτρα δικονομικού καταναγκασμού σε βάρος των υπόπτων σε σύνολο περιουσιακών στοιχείων, αδιακρίτως, δεσμεύοντας πολλές φορές και περιουσία νόμιμης προέλευσης. Ωστόσο, μέσα από τα κατάλληλα ένδικα βοηθήματα που παρέχονται στον κατηγορούμενο και κατόπιν της κατάλληλης νομικής υποστήριξης δύναται ο τελευταίος να εκθέσει τη νομιμότητα των συναλλαγών του και να αξιώσει την ορθή ερμηνεία και εφαρμογή των οικείων ποινικών διατάξεων.

ΤΟ «ΜΩΣΑΪΚΟ» ΤΩΝ ΕΠΙΛΟΓΩΝ ΤΟΥ ΟΦΕΙΛΕΤΗ: ΠΤΩΧΕΥΣΗ, ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΟΣ ΜΗΧΑΝΙΣΜΟΣ, ΕΞΥΓΙΑΝΣΗ Η ΚΩΔΙΚΑΣ ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ;

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Σεπτέμβριος 2021
(αναδημοσίευση από Moneyreview.gr)

Νέος εξωδικαστικός μηχανισμός, δεύτερη ευκαιρία, τραπεζική διαμεσολάβηση, εξυγίανση, κώδικας δεοντολογίας, πτώχευση κοκ. Δεν υπερβάλλουμε όταν ισχυριζόμαστε ότι το τοπίο είναι παντελώς πολύπλοκο όχι μόνο για τους άμεσα ενδιαφερόμενους (οφειλέτες) αλλά και για τους ίδιους τους ειδικούς συμβούλους (δικηγόρους, λογιστές κτλ.). Στο παρόν άρθρο θα προσπαθήσουμε να δώσουμε κάποιες κατευθύνσεις για να μπορεί έκαστος οφειλέτης (νομικό ή φυσικό πρόσωπο) να λάβει πιο ορθολογικές αποφάσεις, απαντώντας σε ενδεικτικά παραδείγματα.

Νέος εξωδικαστικός μηχανισμός, δεύτερη ευκαιρία, τραπεζική διαμεσολάβηση, εξυγίανση, κώδικας δεοντολογίας, πτώχευση κοκ. **Δεν υπερβάλλουμε όταν ισχυριζόμαστε ότι το τοπίο είναι παντελώς πολύπλοκο όχι μόνο για τους άμεσα ενδιαφερόμενους (οφειλέτες) αλλά και για τους ίδιους τους ειδικούς συμβούλους (δικηγόρους, λογιστές κτλ.).** Για άλλη μια φορά, ωστόσο, επικοινωνιακά ο νέος πτωχευτικός νόμος (ο οποίος και τιτλοφορείται κατ' ευφημισμόν «ρύθμιση οφειλών και παροχή δεύτερης ευκαιρία») πέτυχε τον στόχο του: δελτία τύπου από το αρμόδιο υπουργείο και διάφορες ανακοινώσεις περί δυνατότητας διαγραφής χρεών, προσαυξήσεων και προστίμων έχουν προσελκύσει το ενδιαφέρον μεγάλης μερίδας οφειλετών. Δύσκολα, όμως, κάποιος μπορεί πραγματικά να γνωρίζει ποια είναι η βέλτιστη ρύθμιση για εκείνον· εύλογη συνέπεια όταν δεδιπλώνεται μπροστά σου μια πληθώρα εναλλακτικών. **Στο παρόν άρθρο θα προσπαθήσουμε να δώσουμε κάποιες κατευθύνσεις για να μπορεί έκαστος οφειλέτης (νομικό ή φυσικό πρόσωπο) να λάβει πιο ορθολογικές αποφάσεις, απαντώντας σε ενδεικτικά παραδείγματα.** Ας σημειωθεί εκ των προτέρων ότι, συμπληρωματικά με το παρόν άρθρο, στην ιστοσελίδα της Ειδικής Γραμματείας Διαχείρισης Ιδιωτικού Χρέους (<http://www.keyd.gov.gr>) υπάρχουν ιδιαίτερα χρήσιμες απαντήσεις σε αντίστοιχα δεκάδες ερωτήματα που έχουν υποβληθεί στο πλαίσιο σεμιναρίων παρουσίασης που διεξάγονται σε όλη την Ελλάδα.

1. Έχω χρέη σε Τράπεζες, προμηθευτές, Δημόσιο και ΕΦΚΑ. Διατηρώ μια μικρή ατομική επιχείρηση και δεν έχω ακίνητη περιουσία (ή έχω την κατοικία μου που ωστόσο είναι βεβαρυμένη με προσημειώσεις για ποσά κατά πολύ μεγαλύτερα της εμπορικής της αξίας).

Η λύση που αρμόζει περισσότερο στην περίπτωση αυτή είναι η πτώχευση σε συνδυασμό με το θεσμό της «δεύτερης ευκαιρίας» (απαλλαγή του οφειλέτη από τα χρέη του) και πιθανόν του «ευάλωτου οφειλέτη» (μεταβίβαση κατοικίας στον φορέα απόκτησης και επανα-

μίσθωση). Με την έκδοση της πτωχευτικής απόφασης και την πάροδο 3ετίας (ή έτους ανάλογα με την περιουσία που διαθέτει ο πτωχός), τα χρέη «διαγράφονται» και δύναται πλέον ο οφειλέτης να ξεκινήσει από την αρχή, εκκινώντας ακόμα και νέα επιχειρηματική δραστηριότητα (την οποία μπορεί να εκκινήσει και αμέσως μετά την έκδοση της πτωχευτικής απόφασης). Εξάλλου, ο εξοπλισμός της ατομικής επιχείρησης θα είναι κατά βάση ακατάσχετος (η πτωχευτική περιουσία περιλαμβάνει το σύνολο της περιουσίας που ανήκει στον οφειλέτη κατά την κήρυξη της πτώχευσης, οπουδήποτε και αν βρίσκεται δεν ανήκουν, όμως, στην πτωχευτική περιουσία τα ακατάσχετα, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται και όσα πράγματα είναι απαραίτητα για την εργασία όσων αποκτούν εισόδημα από ατομική επιχείρηση). Η κατοικία του, ωστόσο, θα ρευστοποιηθεί προς όφελος των πιστωτών του, εκτός κι αν κριθεί «ευάλωτος οφειλέτης» και επιλέξει τη μεταβίβαση της κατοικίας στον φορέα απόκτησης και τη μίσθωσή της από τον τελευταίο. **Προσοχή, επίσης, και στο εξής: σε περίπτωση διαγραφής οφειλών από ασφαλιστικές εισφορές μη μισθωτής απασχόλησης, ακυρώνεται ο χρόνος ασφαλισης και τα ασφαλιστικά δικαιώματα των μη μισθωτών ασφαλισμένων.**

2. Έχω μεγάλη ακίνητη περιουσία, η αξία της οποίας υπερβαίνει το σύνολο των οφειλών μου. Ωστόσο δεν έχω την ρευστότητα να εξοφλήσω τις οφειλές μου προς Δημόσιο, Τράπεζες και ΕΦΚΑ κατά το χρόνο που αυτές καθίσταται ληξιπρόθεσμες.

Στο παραπάνω παράδειγμα θα ταίριαζε καλύτερα η λύση της ένταξης στον εξωδικαστικό μηχανισμό του **Νέου Πτωχευτικού Νόμου**. Τούτο διότι θα εκτιμηθούν οι αξίες των ακινήτων βάσει ΕΝΦΙΑ και η εισοδηματική κατάσταση του οφειλέτη, ούτως ώστε να μπορούν οι οφειλέτες του να ρυθμιστούν αναλόγως, με δυνατότητα αποπληρωμής μέχρι 240 δόσεις για τις οφειλές σε Δημόσιο και Ασφαλιστικά Ταμεία και 420 για τους χρηματοδοτικούς φορείς (ειδικότερα για τις οφειλές προς τις τράπεζες

και διαχειριστές δανείων, η διευθέτησή τους μπορεί να γίνει αν πρόκειται για ενυπόθηκα στεγαστικά δάνεια σε έως 420 δόσεις ενώ για επιχειρηματικά σε έως 180 δόσεις, βάσει των οδηγιών της ΕΓΔΙΧ). Προσοχή όμως: όπως χαρακτηριστικά απαντάει και η Ειδική Γραμματεία Διαχείρισης Ιδιωτικού Χρέους «...στη διαδικασία του Εξωδικαστικού Μηχανισμού Ρύθμισης Οφελών δεν υπάρχει υποχρέωση των πιστωτικών ιδρυμάτων ή των διαχειριστών δανείων (που εκπροσωπούν τα funds) να προβούν σε ρύθμιση των χρεών των οφειλετών». Επίσης για να γίνει δεκτή μια ρύθμιση θα πρέπει ο οφειλέτης να κριθεί ότι έχει τα απαραίτητα εισοδήματα για να τηρήσει ένα πρόγραμμα πληρωμών· αν τα εισοδήματά του είναι μηδενικά (ή ελάχιστα) δεν θα γίνει δεκτή κάποια ρύθμιση (μέσω της πλατφόρμας του εξωδικαστικού μηχανισμού) αλλά θα προτιμηθεί η διαδικασία της αναγκαστικής ρευστοποίησης της περιουσίας του.

3. Δεν έχω καμία περιουσία και καμία δραστηριότητα. Είμαι μισθωτός. Οφείλω, όμως, μεγάλα ποσά σε ασφαλιστικά ταμεία και σε Δημόσιο από προηγούμενη επιχειρηματική μου δραστηριότητα.

Η υποβολή αίτησης πτώχευσης είναι η λύση που αρμόζει περισσότερο. Τούτο διότι μετά από 3 έτη από την καταχώρισή του στο μητρώο φερεγγυότητας, ο οφειλέτης θα απαλλαγεί από τα χρέη και θα μπορεί να αποκτήσει ξανά περιουσιακά στοιχεία στο όνομά του. Ωστόσο, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 7 της υπ' αριθμ. 44510 ΕΞ 2021 KYA, σε περίπτωση διαγραφής οφειλών από ασφαλιστικές εισφορές μη μισθωτής απασχόλησης λόγω απαλλαγής του οφειλέτη κατόπιν κήρυξή του σε πτώχευση, ακυρώνεται ο χρόνος ασφάλισης και τα ασφαλιστικά του δικαιώματα.

4. Είμαι μέτοχος και Διευθύνων Σύμβουλος εταιρείας που έχει υψηλές οφειλές σε Δημόσιο και πιστωτικά ιδρύματα. Η αξία των παγίων είναι, σχετικά με το ύψος των χρεών, αρκετά μικρή. Η επιχείρηση είναι εντάσεως εργασίας και η τεχνογνωσία που έχω αποκτήσει είναι αυτή που τελικά έχει τη μεγαλύτερη αξία. Δεν έχω πρωτική περιουσία.

Στην περίπτωση αυτή θα μπορούσε να συζητηθεί το ενδεχόμενο της πτώχευσης, με παράλληλη απαλλαγή του εκπροσώπου από τα χρέη που βαραίνουν τον ίδιο προσωπικά λόγω εκπροσώπησης της εταιρείας (βάσει άρθρου 195 πτωχευτικού νόμου). Αντίστοιχα, εφόσον υπάρχουν χρέη λόγω εγγυήσεων (για δάνεια λ.χ. σε πλ-

στωτικά ιδρύματα), τα οποία δεν διαγράφονται λόγω πτώχευσης της εταιρείας-πρωτοφειλέτιδας, θα μπορούσε να συζητηθεί το ενδεχόμενο υποβολής ατομικής αίτησης πτώχευσης ενώ η εταιρεία να παραμείνει αδρανής (και τα περιουσιακά της στοιχεία να εκποιηθούν μέσω αναγκαστικής εκτέλεσης από τους δανειστές της). Στην περίπτωση αυτή ο διευθύνων σύμβουλος «καθαρίζει» από όλα τα χρέη που υπάρχουν κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης πτώχευσης και δύναται κατόπιν να εκκινήσει νέα επιχειρηματική δραστηριότητα. Οι μετοχές του ή τα εταιρικά μερίδια (αν είναι ΕΠΕ ή IKE) στην παλιά εταιρεία θα εκποιηθούν κι αυτά από του δανειστές του. Με τον τρόπο αυτό πετυχαίνει να κάνει ένα νέο επιχειρηματικό ξεκίνημα χωρίς να έχει τα βαρίδια του παρελθόντος. Δυνατή είναι φυσικά και η προσπάθεια επίτευξης συμφωνίας εξυγίανσης με τους δανειστές της Α.Ε. ώστε να αποφευχθεί η πτώχευση. **Η τελευταία δυνατότητα, όμως, θα υφίσταται μόνο αν οι δανειστές συμφωνήσουν σε μια διαγραφή χρεών τέτοιου ύψους, ώστε να καταστεί βιώσιμη η επιχείρηση** (βλ. παρακάτω ερώτημα υπ' αριθμ. 7).

5. Είμαι νόμιμος εκπρόσωπος Α.Ε. που έχει οφειλές μόνο σε ένα πιστωτικό ίδρυμα.

Στην περίπτωση αυτή ο εξωδικαστικός μηχανισμός δεν μπορεί να λειτουργήσει (οφειλές μόνο σε ένα πιστωτικό ίδρυμα). Άρα μόνη λύση είναι η εφαρμογή του Κώδικα Δεοντολογίας, όπως αυτός τροποποιήθηκε πριν από λίγους μήνες (αριθμ. απόφ. 392/1/31.5.2021), με συγκεκριμένους ωστόσο περιορισμούς για επιχειρήσεις με κύκλο εργασιών άνω του 1.000.000 ευρώ. Τελικά το πρόβλημα υπερχρέωσης θα επιλυθεί μεταξύ επιχείρησης – τράπεζας με τη διενέργεια διαπραγματεύσεων, αρκετά σκληρών ορισμένες φορές και εξαρτώμένων από την διαπραγματευτική δύναμη που έκαστο μέρος έχει την κρίσιμη χρονική στιγμή. Ο νόμιμος εκπρόσωπος δεν ευθύνεται με την προσωπική του περιουσία για χρέη προς τα πιστωτικά ιδρύματα, εκτός κι αν έχει εγγυηθεί γι' αυτά (το οποίο είναι και το συνήθως συμβαίνον στις οικογενειακές επιχειρήσεις). Δυνατή είναι και η χρήση της διαδικασίας εξυγίανσης, εφόσον υπάρχει η συμφωνία εκ μέρους του πιστωτικού ιδρύματος (ο κώδικας δεοντολογίας έχει ως στόχο τη συμφωνία ενώ η διαδικασία εξυγίανσης κατά βάση την προϋποθέτει· η επιλογή ενός εκ των δύο μηχανισμών εξαρτάται και από την φορολογική μεταχείριση της τυχόν διαγραφής χρέους).

6. Έχω ατομική επιχείρηση που έχει οφειλές μόνο σε ΕΦΚΑ και Δημόσιο.

Στην περίπτωση αυτή ενδεδειγμένη λύση φαίνεται να είναι η διαδικασία των εξωδικαστικού μηχανισμού με βάση τον διμερή μηχανισμό ρύθμισης. Για οφειλές προς τη Φορολογική Διοίκηση ή/και τους Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης που υπερβαίνουν το ποσό των 10.000 ευρώ ανά πιστωτή, ο οφειλέτης μπορεί να κάνει αίτηση στον εξωδικαστικό μηχανισμό, η οποία δρομολογείται προς τον πιστωτή του (Δημόσιο ή/και ΕΦΚΑ) προκειμένου να του προτείνει μια ρύθμιση. Η ρύθμιση αυτή προκύπτει από ειδικό αλγόριθμο (δηλ. αυτόματο υπολογιστικό εργαλείο), που αξιολογεί την οικονομική κατάσταση του οφειλέτη (δηλ. έσοδα – εισοδήματα και περιουσία) ενώ οι δόσεις μπορούν να φτάσουν έως τις 240. Δεν μπορεί να λάβει χώρα διαγραφή βασικής οφειλής ασφαλιστικών εισφορών και παρακρατούμενων/επιτριπτόμενων φόρων (ΦΠΑ, ΦΜΥ κοκ). Λοιποί φόροι και ασφαλιστικές οφειλές μπορούν να διαγραφούν μέχρι και 75%. Προσαυξήσεις διαγράφονται έως 85% και πρόστιμα έως 95% (ενώ αυτοτελή πρόστιμα έως 75%). Το Δημόσιο και οι Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης οφείλουν να προτείνουν, ο καθένας ξεχωριστά, τη σύναψη διμερών συμβάσεων αναδιάρθρωσης οφειλών, εφόσον με τη σύμβαση ο οφειλέτης καθίσταται βιώσιμος ή αξιόχρεος, κατά περίπτωση, και η ανάκτηση του Δημοσίου ή του Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης είναι τουλάχιστον ίση προς την εκτιμώμενη ανάκτησή του σε περίπτωση πτώχευσης. Η αποπληρωμή γίνεται σε μηνιαίες τοκοχρεωλυτικές δόσεις με επιτόκιο Euribor 3μηνου + 5% περιθώριο. Μπορεί να υποβληθεί αίτηση για ρύθμιση και ήδη ρυθμισμένων οφειλών με βάση παλαιότερους νόμους. Ρυθμίζονται οφειλές που κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης είναι ήδη βεβαιωμένες (βασικές οφειλές συμπεριλαμβανομένων προσαυξήσεων, τόκων, προστίμων). Ο οφειλέτης, εφόσον δεν είναι υπερήμερος, θα πρέπει να επικαλεστεί γεγονότα από τα οποία να προκύπτει η επιδείνωση της οικονομικής του κατάστασης κατά 20%.

7. Είμαι βασικός μέτοχος/εταίρος/CEO εταιρείας με υψηλές οφειλές σε τράπεζες, ΕΦΚΑ και Δημόσιο. Η αξία της περιουσίας της εταιρείας είναι σημαντική αλλά μικρότερη από τις οφειλές της.

Η ενδεδειγμένη λύση για την εταιρεία είναι αυτή του εξωδικαστικού μηχανισμού ή της εξυγίανσης. Η επιλογή του καταλληλότερου θεσμικού πλαισίου εκ των δύο, θα εξαρτηθεί από το ύψος των οφειλών του Δημοσίου/ΕΦΚΑ σε σχέση με αυτό των τραπεζών (π.χ. στο πλαίσιο του εξωδικαστικού μηχανισμού δεν μπορεί να διαγραφεί βασική

οφειλή ΦΠΑ, ΦΜΥ, ασφαλιστικών εισφορών ενώ στη διαδικασία της εξυγίανσης τούτο είναι εφικτό· στο πλαίσιο του εξωδικαστικού η τεκμαιρόμενη συναίνεση του Δημοσίου/ΕΦΚΑ παρέχεται υπό την προϋπόθεση ότι οι οφειλές είναι κάτω του 1,5 εκατομμυρίου ενώ στην εξυγίανση το όριο αυτό αυξάνεται στα 15 εκατομμύρια ευρώ για Δημόσιο και ΕΦΚΑ χωριστά). Προϋπόθεση, φυσικά, είναι να υπάρχει η στήριξη της τράπεζας ή των τραπεζών (εν γένεντε χρηματοδοτικών φορέων) που κατέχουν το μεγαλύτερο ποσοστό των απαιτήσεων (60% του συνόλου των απαιτήσεων μεταξύ των οποίων και 50% αυτών με ειδικό προνόμιο για τη διαδικασία της εξυγίανσης και 40% για τη διαδικασία του εξωδικαστικού μηχανισμού). Θα πρέπει, ωστόσο, να προσεχθεί ότι η οιαδήποτε διαγραφή χρεών προς το Δημόσιο και ΕΦΚΑ δεν ωφελεί και τα αλληλεγγύως υπεύθυνα πρόσωπα, όπως είναι ο εκπρόσωπος μιας Α.Ε.. Ενδέχεται, δηλ., να διαγραφεί ένα μεγάλο μέρος βασικής οφειλής και προστίμων/τόκων από οφειλές σε Δημόσιο και ΕΦΚΑ όσον αφορά στην εταιρεία, ωστόσο για όσα από αυτά είναι αλληλέγγυα υπεύθυνος και ο εκπρόσωπος (βλ. λ.χ. άρθρο 50 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας), ο τελευταίος θα συνεχίζει να τα οφείλει με υπέγγυα την προσωπική του περιουσία (εκτός κι αν το Δημόσιο/ΕΦΚΑ συμφωνήσει διαφορετικά - άρθρο 60 παρ. 3 ν. 4738/2020). Αυτό αναφέρει και η σχετική ΠΟΛ της ΑΑΔΕ, ωστόσο είναι ένα ζήτημα που θα κριθεί δικαστικώς στο μέλλον.

8. Είμαι εκπρόσωπος Α.Ε. που έχει υψηλές οφειλές σε Δημόσιο και ΕΦΚΑ. Δεν υπάρχει πιθανότητα εξυγίανσης και η εταιρεία δεν είναι βιώσιμη.

Σε αυτή την περίπτωση προτιμότερη εναλλακτική είναι η υποβολή της αίτησης πτώχευσης για λογαριασμό της Α.Ε. σε συνδυασμό με την απαλλαγή του νόμιμου εκπροσώπου από οφειλές προς Δημόσιο και ΕΦΚΑ (του άρθρου 195 νέου Πτωχευτικού Νόμου). Βάσει της εν λόγω ρύθμισης, απαλλάσσεται ο εκάστοτε διοικητής από κάθε ευθύνη του για οφειλές έναντι Δημοσίου και ΕΦΚΑ της Α.Ε. που προέκυψαν 3-5 χρόνια πριν την πτώχευση (η διάρκεια εξαρτάται από το χρόνο που έπαυσε η εταιρεία τις πληρωμές της), εκτός κι εάν υποβληθεί προσφυγή οποιουδήποτε έχει έννομο συμφέρον κατά της απαλλαγής του. Σε αντίθετη περίπτωση –αν δηλ. δεν κάνει χρήση της παραπάνω δυνατότητας–, ακόμα κι αν η Α.Ε. στερείται περιουσίας, το Δημόσιο και ΕΦΚΑ θα στραφούν κατά του εκπροσώπου της, ο οποίος και θα ευθύνεται με την ατομική του περιουσία.

ΟΙ ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΚΑΤΑΣΧΕΤΗΡΙΑΣ ΕΚΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΤΟΥ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΟΥ ΑΚΙΝΗΤΟΥ – AMYNA ΑΠΕΝΑΝΤΙ ΣΕ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΣ ΠΡΑΞΕΙΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Ιούλιος 2021
(αναδημοσίευση από taxheaven.gr)

Είναι γεγονός ότι οι πλειστηριασμοί επανήλθαν στη ζωή μας. Εκατοντάδες κατασχέσεις λαμβάνουν χώρα και αντίστοιχοι πλειστηριασμοί ήδη διεξάγονται ηλεκτρονικά κάθε βδομάδα. Στο παρόν άρθρο σταχυολογούνται οι πιο βασικοί και συνήθεις λόγοι ανακοπής που μπορούν να οδηγήσουν στην ακύρωση της κατάσχεσης ή/και του πλειστηριασμού.

Είναι γεγονός ότι οι πλειστηριασμοί επανήλθαν στη ζωή μας. Εκατοντάδες κατασχέσεις λαμβάνουν χώρα και αντίστοιχοι πλειστηριασμοί ήδη διεξάγονται ηλεκτρονικά κάθε βδομάδα. Σε αντίθεση με παλαιότερα χρόνια, όπου οι πλειστηριασμοί διενεργούνταν στα δημαρχεία ή ειρηνοδικεία με φυσική παρουσία των ενδιαφερόμενων, πλέον η ηλεκτρονική διεξαγωγή τους συνεπάγεται δύο παραδοχές: α) ότι ελαχιστοποιούνται οι λόγοι ακυρότητας του πλειστηριασμού λόγω πιθανών πλημμελειών στη διεξαγωγή του και β) ότι ο εκάστοτε οφειλέτης μπορεί να γνωρίζει τους υποψήφιους πλειοδότες δύο ημέρες τουλάχιστον πριν τον πλειστηριασμό (και άρα να γνωρίζει και την τυχόν έλλειψη αυτών το οποίο συνεπάγεται συνήθως και το άγονο του πλειστηριασμού).

Σε παλαιότερο άρθρο, είχαμε ασχοληθεί γενικά με την διαδικασία του πλειστηριασμού και την άμυνα απέναντι σε αυτόν. Στο παρόν άρθρο θα σταχυολογήσουμε μέσα από τη νομολογία μας ορισμένες πλημμέλειες της διαδικασίας που άγουν τελικώς σε ακύρωση της κατάσχεσης ή/και του πλειστηριασμού ακινήτου.

1. Παράλειψη διατυπώσεων προδικασίας πλειστηριασμού – Εκπρόθεσμη ανάρτηση της κατασχετήριας έκθεσης στην ιστοσελίδα του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων

Το άρθρο 995 παρ. 4 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ορίζει ότι: «Απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης, που περιλαμβάνει τα ονοματεπώνυμα του υπέρ ου και του καθ' ου η εκτέλεση, καθώς και τον αριθμό φορολογικού μητρώου αυτών και αν πρόκειται για νομικά πρόσωπα την επωνυμία και τον αριθμό φορολογικού τους μητρώου, συνοπτική περιγραφή του ακινήτου που κατασχέθηκε κατά το είδος, τη θέση, τα όρια και την έκτασή του, με τα συστατικά και όσα παραρτήματα συγκατάσχονται, καθώς και μνεία των υποθηκών ή προσημειώσεων που υπάρχουν επάνω στο ακίνητο, την τιμή της πρώτης προσφοράς, του ποσού για το οποίο γίνεται η κατάσχεση, τους όρους του πλειστηριασμού, που τυχόν θέτει ο υπέρ ου η εκτέλεση και που γνωστοποιήθηκαν στο δικαστικό επιμελητή με την εντολή για εκτέλεση του άρθρου και, το όνομα και τη διεύθυνση του υπαλλήλου του πλειστηριασμού, καθώς και τον τόπο, την ημέρα και την ώρα του πλειστηρια-

σμού, εκδίδεται από τον δικαστικό επιμελητή και δημοσιεύεται με επιμέλεια αυτού μέχρι τη δέκατη πέμπτη ημέρα από την κατάσχεση στην ιστοσελίδα δημοσιεύσεων πλειστηριασμών του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Ηλεκτρονικού Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-ΕΦΚΑ)».

Επομένως θα πρέπει ο αρμόδιος δικαστικός επιμελητής να προχωρήσει μέσα σε 15 ημέρες από την κατάσχεση στη δημοσίευση του αποσπάσματος στην ιστοσελίδα <https://deltio.thomik.gr/>. Εφόσον δεν λάβει χώρα εντός της παραπάνω προθεσμίας η δημοσίευση, δεν μπορεί να γίνει εγκύρως ο πλειστηριασμός κι εφόσον γίνει προσβάλλεται με ανακοπή και εν τέλει ακυρώνεται.

Ομοίως ο ίδιος επιμελητής θα πρέπει να καταθέσει εντός 10 ημερών από την κατάσχεση τα απαραίτητα έγγραφα του πλειστηριασμού στον αρμόδιο συμβολαιογράφο και να συνταχθεί η σχετική έκθεση (βλ. άρθρο 995 παρ. 4 ΚΠολΔ: "Ο δικαστικός επιμελητής οφείλει, μέσα σε δέκα (10) ημέρες από την κατάσχεση, να καταθέσει στον υπάλληλο του πλειστηριασμού τον εκτελεστό τίτλο, την έκθεση επίδοσης της επιταγής της εκτέλεσης, την κατασχετήρια έκθεση και τις εκδόσεις επίδοσής της στον οφειλέτη, τον τρίτο κύριο ή νομέα και τον υποθηκοφύλακα ή όποιον τηρεί το νηολόγιο ή το μητρώο, το πιστοποιητικό βαρών, καθώς και, σε έντυπη και ψηφιακή μορφή, την έκθεση εκτίμησης του πιστοποιημένου εκτιμητή του π.δ. 59/2016 (Α` 95). Ο υπάλληλος του πλειστηριασμού συντάσσει έκθεση για όλα αυτά"). Εφόσον δεν λάβει χώρα εμπρόθεσμα η εν λόγω κατάθεση, τυχόν διενεργηθείς πλειστηριασμός ακυρώνεται με άσκηση ανακοπής.

2. Εκπρόθεσμη επίδοση αντιγράφου κατασχετήριας έκθεσης στον οφειλέτη

Στο άρθρο 995 παρ. 1 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας προβλέπεται: «Αν είναι απών ή δεν είναι δυνατή η άμεση κατάρτιση του αντιγράφου, η επίδοση γίνεται το αργότερο την επομένη της ημέρας που έγινε η κατάσχεση, εφόσον εκείνος κατά του οποίου στρέφεται η εκτέλεση έχει την κατοικία του στην περιφέρεια του δήμου όπου έγινε η κατάσχεση, διαφορετικά μέσα σε πέντε (5) ημέρες από την κατάσχεση. Η παράλειψη των διατυπώσεων αυ-

τών επιφέρει ακυρότητα». Όταν συντάσσεται η κατασχετήρια έκθεση, ο δικαστικός επιμελητής συνήθως δεν εισέρχεται μέσα στο επίμαχο ακίνητο, αν και έχει δικαίωμα προς τούτο. Αυτό κυρίως διότι δεν επιθυμεί να εμπλακεί σε προστριβές με τον οφειλέτη. Επομένως είναι σύνηθες να μην παραδίδεται η κατασχετήρια έκθεση επί τόπου αλλά σε επόμενο χρόνο· και εφόσον ο οφειλέτης διαμένει στον ίδιο δήμο με το ακίνητο που κατασχέθηκε, η προθεσμία επίδισης είναι μία ημέρα μετά την κατάσχεση. Αν όμως διαμένει σε διαφορετικό δήμο τότε η προθεσμία ανέρχεται στις 5 ημέρες μετά την κατάσχεση. Εφόσον οι εν λόγω προθεσμίες δεν τηρηθούν, η κατάσχεση πάσχει ακυρότητας και άρα με την κατάλληλη ανακοπή ακυρώνεται.

3. Προσδιορισμός πλειστηριασμού πριν το 7μηνο ή μετά το 8μηνο

Ο πλειστηριασμός πρέπει να διεξάγεται μεταξύ 7 και 8 μηνών από το χρόνο σύνταξης της κατασχετήριας έκθεσης. Η παραβίαση των συγκεκριμένων ρυθμίσεων και ο προγραμματισμός του πλειστηριασμού πριν το επτάμηνο ή μετά το οκτάμηνο (αμφ.) επιφέρει ακυρότητα της κατασχετήριας έκθεσης και του τυχόν διενεργηθέντος πλειστηριασμού. Τους τελευταίους μήνες δημοσιεύτηκαν αποφάσεις πρωτοβάθμιων δικαστηρίων που δέχονται ότι για τον υπολογισμό του επταμήνου δεν θα πρέπει να υπολογίζεται ο Αύγουστος. Τούτο σημαίνει π.χ. ότι κατασχετήρια έκθεση που συντάχθηκε λ.χ. τον Ιούνιο 2021 δεν μπορεί να στηρίξει πλειστηριασμό που διεξάγεται πριν τον Φεβρουάριο 2022. Γιατί δεν θα έχουν παρέλθει 7 μήνες, όπως ο νόμος απαιτεί. Ενδεικτικά βλ. υπ' αριθμ. 93/2021 και 1057/2019 αποφάσεις Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών· στην πρώτη απόφαση το Δικαστήριο έκρινε ότι ο Αύγουστος δεν υπολογίζεται στο υποχρεωτικό 7μηνο, που πρέπει να διατρέξει από την περάτωση της κατάσχεσης έως και τη διενέργεια του αναγκαστικού ηλεκτρονικού πλειστηριασμού. Η Τράπεζα προσδιόρισε τον πλειστηριασμό στις 03.03.2021, μετά εφτά (7) μήνες και έντεκα ημέρες από την περάτωση της κατάσχεσης, που έλαβε χώρα στις 20.07.2020. Πλην όμως, στον υπολογισμό του επταμήνου, συμπεριέλαβε και το χρονικό διάστημα από 1-31 Αυγούστου, κατά παράβαση της διάταξης του αρ.940Α, 998 παρ.2, 954 παρ.2 στοιχ.έ' ΚΠοΛΔ, διότι η επτάμηνη προθεσμία αναστέλλεται από 1η έως 31 Αυγούστου (ανάλογη εφαρμογή αρ.147 παρ.2ΚΠολΔ).

4. Πλημμελής σύνταξη κατασχετήριας έκθεσης

Η σύνταξη της κατασχετήριας έκθεσης πρέπει να πληροί

ορισμένες προϋποθέσεις. Πρέπει π.χ. να υπογράφεται από τον δικαστικό επιμελητή και από ένα μάρτυρα, παρουσία του οποίου συντάσσεται αυτή. Πρέπει επίσης να βεβαιώνεται η επιτόπια μετάβαση του επιμελητή στο ακίνητο καθότι κατάσχεση εξ αποστάσεως δεν μπορεί να γίνει. Η έκθεση κατάσχεσης, ωστόσο, απαιτείται να περιέχει και τα απαραίτητα στοιχεία για την ακριβή περιγραφή του ακινήτου (είδος: αστικό ή αγροτικό ακίνητο, κατάστημα, διαμέρισμα, γραφείο, μονοκατοικία, περιοχή, οδός, αριθμός, όροφος κ.λπ.. όρια και έκταση). **Αν προκύπτει αμφιβολία για την τοπική και οικονομική ταυτότητα του κατασχομένου, τότε η κατάσχεση μπορεί να ακυρωθεί.** Τέτοια περίπτωση συντρέχει π.χ. όταν δεν αναφέρεται στην κατασχετήρια έκθεση σημαντικής έκτασης και αξίας κτίσμα επί του ακινήτου (βλ. ΕφΔωδ 205/2019) ή όταν υπάρχουν μεγάλες αποκλίσεις στην επιφάνεια του ακινήτου (π.χ. βλ. υπ' αριθμ. 211/2020 απόφαση Εφετείου Δωδεκανήσου: «Οι ως άνω ανακρίβειες και ελλείψεις της περιγραφής του κατασχεδέντος και εκτεθειμένου σε πλειστηριασμό ακινήτου, ιδίᾳ δε η ανακριβής περιγραφή του ακινήτου το οποίο δεν έχει επιφάνεια 189,275 τμ αλλά 269 τμ, δεν έχει ξεχωριστό χώρο τραπεζαρίας αλλά κουζίνα με εσωτερική τραπεζαρία και πλήρη εξοπλισμό, δεν έχει χωλ αλλά έχει ενιαίο χώρο σαλονιού - καθιστικού, έχει πέντε κύρια δωμάτια εκ των οποίων τρία μεγάλα υπνοδωμάτια, δύο μπάνια, ένα w.c αλλά και η εντελής παράλειψη αναφοράς πλήρους κλιματιστικής εγκατάστασης, ενδοδαπέδιας θέρμανσης, παρκέ 200 τ.μ., διπλών τζαμιών, εντοιχισμένων ιταλικών ντουλαπών, τζακούζι, τζακιού, δύο εξωτερικών αποθηκών στην μια εκ των οποίων έχουν τοποθετηθεί ηλεκτρομηχανικές εγκαταστάσεις [λέβητας, μπόλιερ], του περιμετρικού του ακινήτου κήπου με φυτά και καλλωπιστικά δέντρα, του χώρου στάθμευσης τριών αυτοκινήτων με κλείσιμο με γκαράζ-πορτα, δημιουργούν αμφιβολίες εν γένει της ταυτότητος (και της αξίας) του κατασχεδέντος και εκτεθειμένου σε πλειστηριασμό ακινήτου και πιθανολογείται ότι θα ακυρωθεί η αναγκαστική εκτέλεση που επισπεύδεται...»).

5. Μη επίδοση κατασχετήριας έκθεσης στο αρμόδιο κτηματολογικό γραφείο

Στο άρθρο 995 παρ. 2 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας προβλέπεται ότι: «Με ποινή ακυρότητας, αντίγραφο της κατασχετήριας έκθεσης επιδίδεται στον υποθηκοφύλακα (κτηματολόγιο) της περιφέρειας όπου βρίσκεται το κατασχέμένο μέσα σε πέντε (5) ημέρες από την κατάσχεση». Αν δεν λάβει χώρα εμπρόθεσμα η εν λόγω επίδοση, τότε η κατασχετήρια έκθεση ακυρώνεται.

6. Έλλειψη χορήγησης εντολής πάνω στο απόγραφο

Στο άρθρο 927 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας προβλέπεται το εξής: «Η αναγκαστική εκτέλεση γίνεται με επιμέλεια εκείνου που έχει δικαίωμα να την ενεργήσει, ο οποίος δίνει, επάνω στο απόγραφο, τη σχετική εντολή σε ορισμένο δικαστικό επιμελητή και ορίζει τον τρόπο και αν είναι δυνατό και τα αντικείμενα επάνω στα οποία θα γίνει η εκτέλεση».

Αν πάνω στο σώμα του απογράφου δεν υπάρχει η εντολή εκτέλεσης από τον πληρεξούσιο δικηγόρο, τότε η κατασχετήρια έκθεση ακυρώνεται. Σημασία έχει όχι μόνο να υπάρχει η εντολή εκτέλεσης, αλλά αυτή να έχει δοθεί πάνω ακριβώς στο σώμα του τίτλου του απογράφου. Πράγματι η πλημμέλεια αυτή συντρέχει σπάνια αλλά δεν παύει να αποτελεί ένα λόγο βάσει του οποίου έχουν ακυρωθεί κατασχετήριες εκθέσεις (βλ. λ.χ. ΜΠρΑθ 726/2018).

7. Πλημμέλειες επιταγής προς εκτέλεση

Τυχόν πλημμέλειες στην διαδικασία της επιταγής προς εκτέλεση και στο περιεχόμενο αυτής, μπορεί να έχουν ως αποτέλεσμα την ακυρότητα της κατάσχεσης. Το ίδιο συμβαίνει και με τυχόν πλημμέλειες στη διαδικασία συγκοινοποίησης των απαραίτητων εγγράφων όταν έχουμε μεταβίβαση δανειακών απαιτήσεων σε εταιρεία ειδικού σκοπού στο πλαίσιο τιτλοποίησης ή εταιρεία απόκτησης απαιτήσεων στο πλαίσιο του ν. 4354/2015 για τις μεταβιβάσεις «κόκκινων δανείων», ή συγχωνεύσεις/αποσχίσεις πιστωτικών ιδρυμάτων ή μεταβιβάσεις κατόπιν εντολής μεταβίβασης από την ΤΤΕ στο πλαίσιο εκκαθάρισης πιστωτικών ιδρυμάτων. Ήδη έχει αναφερθεί ότι «Η διάταξη θα πρέπει να θεωρηθεί ότι εφαρμόζεται και στην περίπτωση ανάθεσης της είσπραξης απαιτήσεων από τραπεζικά δάνεια ή πιστώσεις σε διαχειριστική εταιρία του άρθρου 1 του ν. 4354/2015, όπως τροποποιήθηκε, η οποία οφείλει να κοινοποιήσει την οικεία διαχειριστική σύμβαση, όπως επίσης, όταν η διαχείριση της έχει ανατεθεί από εταιρία απόκτησης τέτοιων απαιτήσεων, και πιστοποιητικού καταχώρισης στο δημόσιο βιβλίο του άρθρου 3 του ν. 2844/2000 της σύμβασης πώλησης και μεταβίβασής τους στην τελευταία» (Μάζης, σε Κ. Κεραμεύς/Δ. Κονδύλης/Ν. Νίκας, Ερμηνεία ΚΠολΔ - Αναγκαστική εκτέλεση, 2η έκδ., 2021, άρθρο 925). Πρόσφατα μάλιστα κρίθηκε σχετικά ότι επιταγή είναι άκυρη λόγω έλλειψης συγκοινοποίησης απαραίτητων εγγράφων βάσει των οποίων νομιμοποιείται ως εκκαθαριστής πιστωτικού ιδρύματος υπό ειδική εκκαθάριση: «Με την ιδιότητα αυτή, ο ειδικός εκκαθαριστής διεξάγει τις δίκες που αφορούν στο υπό εκκαθάριση πιστωτικό ίδρυμα στο δικό του όνομα, ως μη δικαιούχος διάδικος, και όχι στο όνομα

του πιστωτικού ιδρύματος. Περαιτέρω αποδεικνύεται ότι παρόλο που η καθ' ης η ανακοπή εταιρία ανέλαβε την διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης προς είσπραξη της ίδιας απαίτησης επισπεύδοντας την κατάσχεση, δεν γνωστοποίησε την αλλαγή στο πρόσωπο του επισπεύδοντος στον καθ' ου η εκτέλεση ανακόπτοντα, ούτε κοινοποίησε τα έγγραφα που τη νομιμοποιούν, όπως προβλέπει το άρθρο 925 ΚΠολΔ με εκτενή αναφορά των στοιχείων νομιμοποίησης της καθ' ης στη θέση της αρχικής επισπεύδουσας, καθώς και των εγγράφων που την υποδεικνύουν ήτοι κυρίως την πράξη διορισμού του ειδικού εκκαθαριστή» (ΜΠρΑθ 136/2021)- βλ. και 61/2016 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Χαλκίδας: «Συγκεκριμένα δεν συγκοινοποίησε στους αιτούντες σε πρωτότυπο ή επικυρωμένο αντίγραφο την από 26.3.2013 σύμβαση πώλησης και μεταβίβασης (SALE AND TRANSFER AGREEMENT) που καταρτίστηκε στις 26.8.2013 μεταξύ της ΤΡΑΠΕΖΑΣ ως «πωλήτριας» και ΤΡΑΠΕΖΑΣ ως «αγοράστριας» από την οποία προκύπτει αν όντως έγινε η μεταβίβαση της απαιτήσεως της ΤΡΑΠΕΖΑΣ ... που απορρέει εκ της υπ` αριθμ. ΑΛ-/13.05.2008 σύμβασης πίστωσης η οποία καταρτίσθηκε μεταξύ της ΤΡΑΠΕΖΑΣ ... και της πιστούχου εταιρείας «.....» (ΜονΠρΧίου 293/2001, Αρμ. 2002.436, ΜονΠρΑθ 475/2003 (αδημ). Εν προκειμένω κατόπιν της από 18.3.2014 αιτήσεως της Τράπεζας».

8. Πλημμέλειες του τίτλου – ακυρότητα διαταγής πληρωμής

Στην ακυρότητα της κατασχετήριας έκθεσης μπορεί να οδηγήσει και η ακυρότητα του εκτελεστού τίτλου πάνω στην οποία στηρίζεται, ο οποίος συνήθως παίρνει τη μορφή της διαταγής πληρωμής. Εφόσον, επομένως, έχει ασκηθεί ανακοπή κατά της διαταγής πληρωμής (άρθρο 632 Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας), η ακυρότητα αυτής θα πρέπει να κριθεί από το δικαστήριο που δικάζει την ανακοπή κατά της κατασχετήριας έκθεσης, ούτως ώστε να εκδοθεί τυχόν απόφαση περί ακύρωσης της κατάσχεσης πριν την διενέργεια του πλειστηριασμού. Εδώ φυσικά ανοίγεται ένα πολύ μεγάλο πεδίο άμυνας, καθότι οι πιθανές πλημμέλειες της διαταγής πληρωμής μπορεί να είναι δεκάδες.

9. Καταχρηστική εκτέλεση

Πολλές φορές έχουν αχθεί στην κρίση των δικαστηρίων μας περιπτώσεις πράξεων αναγκαστικής εκτέλεσης, όπου ο οφειλέτης προβάλλει ότι διεξάγονται καταχρηστικά. Για την περίπτωση αυτή έχουμε αναφέρει αρκετά ζητήματα σε παλαιότερο άρθρο μας που πραγματεύεται αυτή ακριβώς την πλημμέλεια.

Η ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΜΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥ ΜΕΤΑ ΤΗ ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ

**Δάφνη Σφυρή,
LL.M.**

Ιούνιος 2021

Το παρόν άρθρο πραγματεύεται τις προϋποθέσεις εγκυρότητας ρήτρας σε σύμβαση εργασίας που απαγορεύει στον εργαζόμενο τη διενέργεια ανταγωνιστικών ενεργειών μετά τη λύση αυτής (ενν. της σύμβασης εργασίας).

Κατά τη διάρκεια της σύμβασης εργασίας και μέχρι την για οποιοδήποτε λόγο λύση αυτής, ο εργαζόμενος οφείλει να απέχει από πράξεις ανταγωνιστικές προς τον εργοδότη του (π.χ. παροχή υπηρεσιών σε άλλη ανταγωνιστική εταιρεία, συμμετοχή σε ανταγωνιστική εταιρεία κλπ.). Η ως άνω υποχρέωση απορρέει από την αρχή της καλής πίστης (652 ΑΚ) και δεν είναι ανάγκη να έχει συμφωνηθεί ρητώς στη σύμβαση εργασίας. Η ως άνω υποχρέωση παράλειψης πράξεων ανταγωνισμού παύει να ισχύει με την για οποιοδήποτε λόγο λύση της σύμβασης εργασίας, οπότε και ο εργαζόμενος μπορεί πλέον να προβεί σε ανταγωνιστικές ενέργειες προς τον πρώην εργοδότη του και κατ' επέκταση και να εργασθεί σε ανταγωνιστική εταιρεία.

Τι γίνεται, όμως, στην περίπτωση πρόβλεψης στη σύμβαση εργασίας του εργαζομένου ειδικής ρήτρας περί απαγόρευσης διενέργειας ανταγωνιστικών πράξεων για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα μετά την λύση της; Πώς πρέπει να αντιμετωπισθεί αυτή η σύγκρουση συμφερόντων ανάμεσα στην επιχειρηματική ελευθερία του εργοδότη και στην οικονομική και επαγγελματική ελευθερία του εργαζομένου; Πόσο μπορεί να επηρεάσει η ανισότητα κατά τη διαπραγματευτική ισχύ κατά τη συμφωνία των όρων της σύμβασης εργασίας, ανάμεσα σε εργοδότη και εργαζόμενο, σε σχέση με την εγκυρότητα αυτού του όρου; Αρχικά, το νομικό ζήτημα που ανακύπτει με απλά λόγια είναι το κατά πόσο μπορεί να αμφισβηθεί η εγκυρότητα της ρήτρας απαγόρευσης διενέργειας ανταγωνιστικών πράξεων μετά τη λύση της σύμβασης εργασίας, εφόσον ο εργαζόμενος έχει υπογράψει τη συγκεκριμένη σύμβαση εργασίας και έχει συμφωνήσει στους συγκεκριμένους όρους. Στο ελληνικό δίκαιο δεν υπάρχουν ειδικές νομοθετικές ρυθμίσεις, στις οποίες να ρυθμίζεται ειδικώς το ζήτημα των προϋποθέσεων κάτω από τις οποίες επιτρέπεται η συνομολόγηση μιας ρήτρας μετασυμβατικής απαγόρευσης ανταγωνισμού στο πεδίο των εργασιακών σχέσεων και εκ του λόγου αυτού εφαρμόζονται οι γενικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα. Σύμφωνα, λοιπόν, με την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, καθώς και την γενική αρχή pacta sunt servanda, οι συμφωνηθείσες αυτές ρήτρες είναι κατ' αρχήν νόμιμες και πρέπει να τηρηθούν. Ωστόσο, επειδή η σύμβαση εργασίας δεν συνιστά κατ'

ουσίαν σύμβαση μεταξύ ίσων, ο εργαζόμενος δύναται να αμφισβητήσει την εγκυρότητα της σχετικής ρήτρας, δεδομένου ότι στερείται την επαγγελματική του ελευθερία. Με άλλα λόγια, η ρήτρα αυτή είναι κατ' αρχήν έγκυρη, υπόκειται, όμως, σε έλεγχο καταχρηστικότητας από το αρμόδιο Δικαστήριο δυνάμει των άρθρων 178, 179 και 281 του Αστικού Κώδικα. Η κρίση, δηλαδή, για το εάν μία ρήτρα μη ανταγωνισμού συνιστά υπέρμετρο περιορισμό της ελευθερίας του εργαζομένου, εναπόκειται στον Δικαστή, ο οποίος, λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικότερες συνθήκες, θα αξιολογήσει και θα σταθμίσει τα συγκρουόμενα συμφέροντα των μερών.

Αναλύονται στη συνέχεια τα κυριότερα κριτήρια ελέγχου της εγκυρότητας μετασυμβατικής ρήτρας μη ανταγωνισμού εργαζομένου, όπως αυτά έχουν διαμορφωθεί από την νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων και τη νομική θεωρία:

A. Πρώτη και βασικότερη προϋπόθεση για το κύρος της συμφωνίας μετασυμβατικής απαγόρευσης ανταγωνισμού είναι ο εργοδότης να έχει δικαιολογημένο και άξιο προστασίας επαγγελματικό συμφέρον, για χάρη του οποίου θα πρέπει να περιορισθεί η συμβατική ελευθερία του εργαζομένου (βλ. Α.Π. 1285/1984 ΕΕργΔ 1985, 575 επ. Χριστοφορίδη). Με άλλα λόγια, η άσκηση του δικαιώματος του εργοδότη δεν θα πρέπει να επιφέρει ένα τόσο βαρύ πλήγμα στο θιγόμενο, χωρίς τούτο να αντισταθμίζεται από ανάλογο ουσιώδες συμφέρον του εργοδότη. Δικαιολογημένο και άξιο προστασίας επαγγελματικό συμφέρον του εργοδότη αποτελούν τα εμπορικά απόρρητα μίας επιχείρησης, όπως για παράδειγμα το πελατολόγιο αυτής.

B. Δεύτερον, η ρήτρα απαγόρευσης μη ανταγωνισμού θα πρέπει τοπικά να είναι περιορισμένη. Όσο ευρύτερος τοπικά είναι ο περιορισμός της ρήτρας μη ανταγωνισμού, τόσο βαρύτερος θα είναι και ο περιορισμός στα συμφέροντα του εργαζομένου. Εκ του λόγου αυτού θα πρέπει να είναι και δικαιολογημένος. Για παράδειγμα, έστω ότι εργαζόμενος εργάζεται σε αρχιτεκτονική εταιρεία, η οποία παρέχει τις αρχιτεκτονικές υπηρεσίες της αποκλειστικά και εκ των πραγμάτων μόνο εντός των Κυκλαδών. **Στην περίπτωση αυτή, είναι δυσανάλογο να απαγορευθεί στον εργαζόμενο να ασκεί ανταγωνιστική δραστη-**

ριότητα σε όλη την ελληνική επικράτεια αλλά θα πρέπει να περιορισθεί η σχετική απαγόρευση μόνο εντός των Κυκλαδών, όπου και αποτελεί το κέντρο δραστηριοποίησης της εταιρείας.

Γ. Τρίτον, η ρήτρα απαγόρευσης μη ανταγωνισμού θα πρέπει και χρονικά να είναι περιορισμένη. Ως εύλογο χρονικό διάστημα απαγόρευσης ανταγωνισμού θεωρείται εκείνο που κυμαίνεται από ένα έως δύο έτη ακόμη και χωρίς την παροχή ανταλλάγματος (ΑΠ 1591/2002, ΑΠ 1285/1984 ΕΕργΔ 1985, 575, ΑΠ 1192/1992 ΔΕΝ 1993, 85).

Δ. Τέταρτον, η ρήτρα απαγόρευσης ανταγωνισμού θα πρέπει να αφορά συγκεκριμένο είδος δραστηριότητας. Για παράδειγμα, έγκυρη κρίθηκε η ρήτρα μη ανταγωνισμού σε Γενικό Διευθυντή Πωλήσεων, που του απαγόρευε για ένα έτος να μην συμμετέχει με οποιοδήποτε τρόπο σε εταιρείες που εμπορεύονται χαρτοκιβώτια για υγρά τρόφιμα, καθώς η απαγόρευση αυτή εκτείνεται σε ένα πολύ περιορισμένο και στενά ορισμένο πλαίσιο επιχειρηματικής και επαγγελματικής δραστηριότητας και ως εκ τούτου δεν συνιστά αποκλεισμό του εργαζομένου από την αγορά εργασίας, που να οδηγεί σε πλήρη αδυναμία απασχόλησής του (ΜονΠρΑΘ 1867/2005, ΕΕργΔ 2006, σελ. 224, με σύμφωνες παρατηρήσεις Ρούσση).

Ε. Πέμπτον, γίνεται δεκτό από μέρος της νομικής θεωρίας ότι προϋπόθεση για την εγκυρότητα της ρήτρας μετασυμβατικής απαγόρευσης ανταγωνισμού είναι η πρόβλεψη εύλογης αποζημίωσης προς τον εργαζόμενο ως αντιπαροχής για τη δέσμευσή του να παραλείψει την άσκηση συγκεκριμένης δραστηριότητας. Η ως άνω θέση, όμως, είναι εξόχως αμφισβητούμενη, αφού δεν βρίσκεται έρεισμα στο νόμο, ενώ σε αλλοδαπές έννομες τάξεις που έχει εφαρμοσθεί, όπως στη Γερμανία, προβλέφθηκε ρητά σε ειδική διάταξη. Σύμφωνα δε με την κρατούσα άποψη στη νομολογία η ύπαρξη ειδικού οικονομικού ανταλλάγματος δεν συνιστά αναγκαία προϋπόθεση για την εγκυρότητα της σχετικής ρήτρας, αλλά συνεκτιμάται ως κριτήριο τότε μόνο, όταν κρίνεται ότι οι λοιποί όροι της δέσμευσης, δηλαδή η χρονική διάρκεια, η χωρική έκταση και το είδος της απαγορευμένης επαγγελματικής δραστηριότητας υπερβαίνουν τα ακραία όρια που θέτουν στην ιδιωτική αυτονομία τα χρηστά ήθη (Δ. Ζερδελής, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, Αθήνα, 1999· I. Κουκιάδης, Εργατικό Δίκαιο, 1995, ρήτρες μη ανταγωνισμού· υπ' αρ. 94/2020 απόφαση Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών· Π 1285/1984, ΕΕργΔ 1985, σελ. 575· ΠΠρΑΘ 6446/2005 Αρμ. 2005, σελ. 2000· ΜονΠρΑΘ 1867/2005, ΕΕργΔ 2006, σελ. 224). Με άλλα λόγια, η πρόβλεψη οικονομικού ανταλλάγματος μπορεί να ισχυροποιήσει μία κατ' αρχήν

άκυρη ρήτρα μη ανταγωνισμού.

Στην πρακτική είναι, επίσης, σύνθετες να προβλέπεται στη σύμβαση εργαζομένου η καταβολή ποινικής ρήτρας, η οποία καταπίπτει υπέρ του εργοδότη στην περίπτωση παραβίασης της σχετικής ρήτρας μη ανταγωνισμού, χωρίς να χρειάζεται η επίκληση και απόδειξη της ζημίας του. Η ως άνω ποινική ρήτρα είναι κατ' αρχήν έγκυρη, εφόσον, όμως, κριθεί ότι η ρήτρα απαγόρευσης του ανταγωνισμού είναι άκυρη, η ακυρότητα αυτής θα συνεπιφέρει και την ακυρότητα της συμφωνηθείσας ποινικής ρήτρας (άρθρο 408 ΑΚ). Σε κάθε δε περίπτωση, εάν η ποινή που συμφωνήθηκε είναι δυσανάλογα μεγάλη μειώνεται, ύστερα από αίτηση του εργαζομένου (άρθρο 409 ΑΚ).

Τέλος, ένα συναφές ζήτημα που απαντάται συχνά είναι και το εξής: Τι γίνεται στην περίπτωση που μετά τη λύση της σύμβασης εργασίας, τρίτη ανταγωνιστική επιχείρηση προσλάβει εργαζόμενο που δεσμεύεται από έγκυρη μετασυμβατική ρήτρα μη ανταγωνισμού; Τι είδους επιπτώσεις μπορεί να έχει η ενέργεια αυτή; Αρχικά, γίνεται δεκτό ότι η γνώση εκ μέρους της τρίτης ανταγωνιστικής επιχείρησης της ύπαρξης της εν λόγω ρήτρας θεωρείται μία απλή ένδειξη για την ύπαρξη αθέμιτης πρακτικής, ήτοι της απόσπασης εργατικού δυναμικού. Η δε γνώση της ύπαρξης της μετασυμβατικής ρήτρας μη ανταγωνισμού εργαζομένου τεκμαίρεται στην περίπτωση μεγαλοστελεχών εταιρειών, τα οποία λόγω της θέσης και της ιδιότητάς τους συνηθίζεται στην πρακτική να δεσμεύονται από τέτοιου είδους ρήτρες. Με τη συνδρομή, όμως, ειδικών περιστάσεων, η πράξη αυτή μπορεί όντως να προσλάβει αθέμιτο χαρακτήρα και στην περίπτωση αυτή, η βλαπτόμενη επιχείρηση έχει, υπό προϋποθέσεις, αξίωση αποζημίωσης σύμφωνα με το νόμο περί αθέμιτου ανταγωνισμού εναντίον του τρίτου εργοδότη αλλά και του εργαζομένου. Οι ειδικές αυτές περιστάσεις αντανακλώνται στις μεθόδους που χρησιμοποιεί ο τρίτος εργοδότης και στον σκοπό της απόφασής του (π.χ. παραπλάνηση, εξαπάτηση, δωροδοκία εργαζομένου, προσπάθεια εκμετάλλευσης επιχειρηματικών μυστικών από εργαζόμενο, Μιχ. Θεοδ. – Μαρίνος, Αθέμιτος Ανταγωνισμός, 4η έκδοση, Η απόσπαση εργατικού δυναμικού, σελ. 272-273).

Συνεπώς, συνιστούμε μεγάλη προσοχή στους εργαζόμενους και στις επιχειρήσεις πριν την υπογραφή τέτοιου είδους ρητρών απαγόρευσης διενέργειας ανταγωνιστικών πράξεων, καθώς η κρίση περί της εγκυρότητας ή μη της σχετικής ρήτρας εν τέλει θα κριθεί από τον Δικασαντα Δικαστή και δεν μπορεί εκ προοιμίου να αποκλεισθεί ή να επιβεβαιωθεί η εγκυρότητα μιας τέτοιας συμφωνίας.

Η ΑΠΑΛΛΑΓΗ ΤΩΝ ΝΟΜΙΜΩΝ ΕΚΠΡΟΣΩΠΩΝ ΚΑΙ ΔΙΟΙΚΟΥΝΤΩΝ ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ ΣΤΗΝ ΠΤΩΧΕΥΣΗ: ΜΙΑ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΗ ΔΕΥΤΕΡΗ ΕΥΚΑΙΡΙΑ;

Γιάννης Ψαράκης,
ΜΔΕ (mult.)

Νοέμβριος 2021
(αναδημοσίευση από capital.gr)

Πριν λάθει χώρα μια εξαγορά επιχείρησης (η οποία μπορεί να πάρει πολλές μορφές), ο αγοραστής θα χρειαστεί να διενεργήσει ένα αναλυτικό και επιστάμενο νομικό, τεχνικό και οικονομικό έλεγχο (due diligence) όπου τα επιχειρηματικά απόρρητα της πωλούμενης επιχείρησης θα αποκαλυφθούν. Στην περίπτωση αυτή, πριν λάθει χώρα η εξαγορά και πριν ακόμα λάθει χώρα ο έλεγχος αυτός, απαραίτητο είναι τα μέρη να υπογράψουν ένα συμφωνητικό εχεμύθειας. Στο παρόν άρθρο απαντάμε με απλά λόγια στα πιο συνηθισμένα ερωτήματα σε σχέση με την εν λόγω συμφωνία.

1. Το πρόβλημα

Ένα συχνό πρακτικό πρόβλημα που ανακύπτει στις πτωχεύσεις νομικών προσώπων είναι το ακόλουθο: **ενώ η εταιρεία πτωχεύει – και άρα η εξυπηρέτηση των υφιστάμενων οφειλών γίνεται μόνο στο μέτρο στο οποίο επαρκεί η (όποια) πτωχευτική περιουσία – πρόσωπα τα οποία κατέχουν (ή και κατείχαν στο παρελθόν) επιτελικές θέσεις στη διοίκηση συνεχίζουν να ευθύνονται για το σύνολο συγκεκριμένης φύσεως οφειλών· εκείνες, μάλιστα, τις περισσότερες φορές, θα ανέρχονται και σε σημαντικό ύψος. Σύνηθες παράδειγμα αποτελούν οφειλές προς την εφορία και τα ασφαλιστικά ταμεία.**

Αυτό βέβαια δημιουργεί σοβαρά αντικίνητρα για την έγκαιρη υποβολή αίτησης πτώχευσης, αφού μεγάλο μέρος του χρέους θα εξακολουθεί να επιβαρύνει τον εκπρόσωπο της –έστω υπό πτώχευση– εταιρείας. Επομένως, ο τελευταίος, όταν κατά την κρίσμη στιγμή κληθεί να σταθμίσει τις επιλογές του (π.χ. όταν διαπιστώσει ότι η εξυπηρέτηση των τρεχουσών οφειλών είναι αδύνατη ή ακόμα και ότι –με βάση την εικόνα που ήδη έχει– αυτό είναι μοιραίο να συμβεί στο άμεσο μέλλον), είναι πολύ πιθανό να αισθανθεί ότι τον συμφέρει περισσότερο να προσπαθήσει να "σώσει" την επιχείρηση. **Θα πρόκειται τις περισσότερες φορές για μία απέλπιδα προσπάθεια να βελτιώσει την εικόνα της και να μειώσει τις οφειλές της, με σκοπό να μην επιβαρυνθεί και ο ίδιος με χρέη θέτοντας σε κίνδυνο την προσωπική του περιουσία.** Βέβαια, όταν η κατάσταση έχει έτοι (παύση πληρωμών ή λίγο διάστημα πριν την παύση πληρωμών), οι πιθανότητες συνηθέστατα δεν θα είναι μαζί του: οι οφειλές μάλλον θα αυξηθούν παρά θα μειωθούν, ζημώνοντας περαιτέρω τον ίδιο αλλά και την ολότητα. Μάλιστα η καθυστέρηση υποβολής αίτησης πτώχευσης –και παρ' ότι έχουν συντρέξει οι απαραίτητες προς αυτό προϋποθέσεις– (συνεχίζει να) αποτελεί ιδιαίτερο αδίκημα και υπό το νέο Πτωχευτικό Κώδικα.

Η λύση;

Με το ν. 4738/2020 (νέος πτωχευτικός κώδικας – στο εξής: νΠτΚ), συστήθηκε εκ νέου στο πτωχευτικό μας

δίκαιο – αλλά με μεγαλύτερη, πια, ένταση – ο θεσμός της δεύτερης ευκαιρίας.

Για τη δεύτερη ευκαιρία είχαμε γράψει στο Capital.gr το 2014 και το 2017. Τότε, όμως, σημειώναμε: "Απαλλάσσονται μόνο τα φυσικά πρόσωπα που είχαν ατομική επιχείρηση και όχι νομικά πρόσωπα ή τυχόν εκπρόσωποι νομικών προσώπων (Α.Ε., ΕΠΕ, IKE κοκ.), με την επιφύλαξη της παρακάτω παραγράφου για τους εγγυητές μετόχους/εταίρους".

Με το νΠτΚ η έννοια της δεύτερης ευκαιρίας αποκτά διάσταση περισσότερο ρεαλιστική και υπόσταση πιο κοντινή στην πραγματικότητα των συναλλαγών. Πράγματι, είναι κατ' αποτέλεσμα φευδεπίγραφος ο χαρακτηρισμός "δεύτερη ευκαιρία" εάν το φυσικό πρόσωπο το οποίο πολλές φορές θα χρησιμοποιεί ως όχημα κάποιο νομικό πρόσωπο επιχειρηματική επιλογή –που φυσικά δεν απαγορεύει ο νόμος – συνεχίζει να ευθύνεται για μεγάλο μέρος των οφειλών του "οχήματός" του· και παρά την όποια διαδικασία πτώχευσης ως προς αυτό.

2. Η αλλαγή παραδείγματος

Η πολύ σημαντική αλλαγή παραδείγματος επήλθε με το άρθρο 195 του νΠτΚ. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, στην απόφαση αυτή οδήγησε μεταξύ άλλων και η διαπίστωση ότι η προσωπική ευθύνη των εκπροσώπων νομικών προσώπων σε περίπτωση πτώχευσης των τελευταίων λειτουργεί ανασχετικά για την επιχειρηματικότητα, ενώ αποτρέπει και ικανούς διαχειριστές από την ανάληψη της διαχείρισης επιχειρήσεων που βρίσκονται σε δυσχερή οικονομική κατάσταση. Όλα αυτά, σε βάρος της ανάπτυξης της οικονομίας.

Έτσι, υπό το καθεστώς του νΠτΚ, οφειλές του νομικού προσώπου οι οποίες βάσει ειδικών διατάξεων βαρύνουν παράλληλα και άλλα πρόσωπα ("αλληλεγγύων ευθυνόμενα πρόσωπα" κατά το νομικό όρο), διαγράφονται. Όπως διευκρινίζεται στην αιτιολογική έκθεση του νΠτΚ, "η διάταξη του άρθρου 195 ως ειδική υπερισχύει [...] άλλων διατάξεων που προβλέπουν αλληλέγγυα ευθύνη των εκπροσώπων νομικών προσώπων".

Κλασικό παράδειγμα τέτοιας διάταξης (δηλ. διάταξης που ιδρύει "παράλληλη" ευθύνη) εντοπίζεται στο άρθρο 50 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (ν. 4174/2013 – ΚΦΔ), με το οποίο ιδρύεται αλληλέγγυα ευθύνη για το φόρο εισοδήματος, τους παρακρατούμενους φόρους (π.χ. ΦΜΥ και φόροι κερδών από τυχερά παίγνια), κάθε επιρρυπτόμενο φόρο (π.χ. φόρος διαμονής και ειδικός φόρος επί των διαφημίσεων στην τηλεόραση) αλλά και τον ΦΠΑ και τον ΕΝΦΙΑ (συμπεριλαμβανομένων τόκων, προστίμων και προσαυξήσεων).

Η αλληλέγγυα ευθύνη ιδρύεται ως προς μια σειρά προσώπων όπως οι εκτελεστικοί πρόεδροι, οι διευθυντές ή γενικοί διευθυντές, οι διαχειριστές, οι διευθύνοντες σύμβουλοι αλλά ακόμα και πρόσωπα που ασκούν εν τοις πράγμασι τη διαχείριση ή διοίκηση νομικού προσώπου ή νομικής οντότητας· αρκεί οι συγκεκριμένες οφειλές να κατέστησαν ληξιπρόθεσμες κατά τη διάρκεια της θητείας τους, υπό κάποια εκ των ανωτέρω ιδιοτήτων. Ειδικά μάλιστα στην περίπτωση οφειλών που έχουν ενταχθεί σε ρύθμιση και κατόπιν αυτή χάνεται, αλληλεγγύως ευθυνόμενο είναι τόσο το φέρον τέτοια ιδιότητα πρόσωπο κατά την ημερομηνία του αρχικού ληξιπρόθεσμου, όσο και εκείνο που τη φέρει "κατά τον χρόνο που κάθε δόση της ρύθμισης κατέστη ληξιπρόθεσμη ή η ρύθμιση απωλέσθηκε" (βλ. ά. 50 ΚΦΔ και Ε.2173/2020 επί φορολογικών οφειλών).

Για παράδειγμα: Νομικό πρόσωπο το οποίο υποχρεούται σε υποβολή δήλωσης φορολογίας εισοδήματος για το φορολογικό έτος 2019, την υποβάλλει εκπρόθεσμα την 1-1-2023. Για την πληρωμή του φόρου και των συνεπεία αυτών ποσών τόκων αλληλέγγυα ευθύνη έχει το πρόσωπο που ασκούσε διοίκηση στην περίοδο κατά την οποία παρήλθε η νόμιμη προθεσμία καταβολής του φόρου κατά το άρθρο 68 του ν.4172/2013. Σε περίπτωση, όμως, που η οφειλή υπαχθεί σε ρύθμιση τμηματικής καταβολής στις 25-2-2023 και κατά την ημερομηνία αυτή το πρόσωπο που ασκούσε διοίκηση κατά τη λήξη της νόμιμης προθεσμίας καταβολής του φόρου (ο Α) έχει αντικατασταθεί από άλλο πρόσωπο (το Β), παραμένει μεν η αλληλέγγυα ευθύνη του Α, στοιχειοθετείται δε αλληλέγγυα ευθύνη και για το Β που ασκεί διοίκηση κατά την ημερομηνία λήξης των δόσεων βάσει των κανόνων που διέπουν την ρύθμιση. Αν οι δόσεις που κατέστησαν ληξιπρόθεσμες κατά τη θητεία του Β εξοφληθούν, η ρύθμιση όμως απολεσθεί μετά την αντικατάσταση στη διοίκηση του νομικού προσώπου του Β από το Γ, στοιχειοθετείται αλληλέγγυα ευθύνη του Γ, κατά τη θητεία του οποίου απωλέσθη η ρύθμιση, ενώ παραμένει και η αλληλέγγυα ευθύνη του Α.

Αν οι οφειλές διαπιστώνονται μετά από φορολογικό έ-

λεγχο, κρίσιμη είναι η χρήση στην οποία αυτές ανάγονται. Άλλη διάταξη η οποία ιδρύει αλληλέγγυα ευθύνη με μεγάλη σημασία στην πράξη αποτελεί εκείνη της παραγράφου 1 του άρθρου 31 του Ν. 4321/2015 ως προς τις εισφορές σε ασφαλιστικά ταμεία.

3. Τι γίνεται στην πράξη

Με το ά. 195 του νΠΤΚ τα πρόσωπα αυτά απαλλάσσονται της ευθύνης τους για οφειλές που κατέστησαν ληξιπρόθεσμες έως και 3 έτη (ο νόμος αναφέρεται σε 36 μήνες – σημειώτεον ότι πριν την ψήφιση της η διάταξη προέβλεπε διάστημα μόλις 12 μηνών) πριν από την παύση των πληρωμών (εννοείται: εφόσον η πτώχευση κηρύχθηκε λόγω παύσης πληρωμών) ή έως και 3 έτη πριν από την κατάθεση της αίτησης για την πτώχευση (εφόσον η πτώχευση κηρύχθηκε λόγω επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης).

Μία αναγκαία διευκρίνιση: ως παύση πληρωμών ορίζεται η κατάσταση εκείνη κατά την οποία οφειλέτης αδυνατεί "κατά τρόπο γενικό και μόνιμο" να εξυπηρετεί τις ληξιπρόθεσμες χρηματικές υποχρεώσεις του. Δεν πρόκειται όμως απλώς για πρόσκαιρη ταμειακή δυσχέρεια ή έστω παροδική διαταραχή του ρυθμού των πληρωμών του αιτούντος. Για παράδειγμα, παύση πληρωμών θα κριθεί ότι συντρέχει όταν, για παράδειγμα –με τον νΠΤΚ εισάγονται μάλιστα και ορισμένα τεκμήρια– ο οφειλέτης κατέστη ληξιπρόθεσμος ως προς ένα σύνολο βασικών οφειλών (τράπεζες, προμηθευτές, ΔΕΚΟ, εφορία, ασφαλιστικά ταμεία) λόγω έλλειψης ρευστότητας· ή ακόμα και ως προς μία σημαντική οφειλή, ακόμα μάλιστα και αν άλλες οφειλές, συνήθως ήσονος σημασίας αλλά όχι απαραίτητα, εξυπηρετούνται κανονικά (υπάρχουν πολλές δικαστικές αποφάσεις και για αυτό). Η ημερομηνία εκείνη θα καθορίσει και την ημερομηνία παύσης πληρωμών που θα ορίσει το πτωχευτικό Δικαστήριο.

Ως επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης, από την άλλη, ορίζεται η κατάσταση στην οποία προβλέπεται ότι οι χρηματικές οφειλές που θα καταστούν ληξιπρόθεσμες κατά το προσεχές διάστημα –συνήθως κατά την τρέχουσα και την επόμενη χρήση– δε θα μπορούν να εξυπηρετηθούν ταμειακά. Πρόκειται για μία "παύση πληρωμών" η οποία δεν έχει συμβεί ακόμα αλλά προβλέπεται ότι θα ενσκήψει στο μέλλον. Στην περίπτωση αυτή, το διάστημα των 36 μηνών εκκινεί από την ημερομηνία κατάθεσης της αίτησης πτώχευσης.

Ο προσδιορισμός του χρόνου της παύσης πληρωμών (δηλ. της ημερομηνίας) είναι σημαντικός: το πτωχευτικό Δικαστήριο δύναται να ορίσει ότι αυτός ανατρέχει

σε διάστημα έως και 2 έτη πριν την κατάθεση της αίτησης πτώχευσης (τα 2 έτη αποτελούν το προγενέστερο δυνατό χρονικό σημείο στο οποίο μπορεί το Δικαστήριο να προσδιορίσει την παύση πληρωμών). Έτσι, η απαλλαγή του νομίμου εκπροσώπου μπορεί κατ' αποτέλεσμα τελικά να εκτείνεται έως και 5 έτη πριν την ημερομηνία κατά την οποία κατατίθεται η αίτηση πτώχευσης (δύο έτη – το μέγιστο διάστημα στο οποίο δύναται να ανατρέχει η παύση πληρωμών - και 36 μήνες πριν από την ορισθείσα παύση πληρωμών).

Πρέπει να τονιστεί ότι από τη νέα διάταξη ευνοούνται και πρόσωπα τα οποία κατείχαν τις προαναφερθείσες ιδιότητες κατά το παρελθόν και όχι απαραίτητα κατά την κήρυξη της πτώχευσης. Τούτο διότι σύμφωνα π.χ. με το ά. 50 ΚΦΔ, ως αλληλεγγύως ευθυνόμενοι ορίζονται εκείνοι που κατά το διάστημα στο οποίο κατέστησαν ληξιπρόθεσμες οι συγκεκριμένες φορολογικές οφειλές κατείχαν τις συγκεκριμένες θέσεις ευθύνης. Η τριετία (έως πενταετία) αποτελούν και πάλι τα απώτατα όρια.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 263 παρ. 6 του νΠτΚ, η απαλλαγή αυτή (ενν. εκείνη του ά. 195) εφαρμόζεται και επί εκπροσώπων νομικού προσώπου που κηρύχθηκε σε πτώχευση "σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3588/2007 ή του προϊσχύοντος πτωχευτικού δικαίου". Κατά τούτο, η ευμενής αυτή μεταχείριση δρα κατά κάποιον τρόπο και αναδρομικά, καλύπτοντας ακόμα μεγαλύτερο αριθμό περιπτώσεων.

Εξίσου σημαντικό για τους αλληλεγγύως ευθυνόμενους είναι όμως και το εξής: τα ευεργετικά αποτελέσματα της απαλλαγής εκτείνονται και στο ποινικό σκέλος: σύμφωνα με την προσφάτως εκδοθείσα Απόφαση Υπ. Οικονομικών – Εργασίας και κοινωνικών υποθέσεων (44510 ΕΞ 2021 - ΦΕΚ Β' 1516/15-04-2021), οι οφειλές στις οποίες εκτείνεται η απαλλαγή δεν λαμβάνονται υπόψη για την άσκηση ποινικής δίωξης σε βάρος του νομίμου εκπροσώπου ή διοικούντος για το αδίκημα της μη καταβολής χρεών προς το Δημόσιο. Εξάλλου, κατόπιν της απαλλαγής, τα ποσά αυτά δεν λαμβάνονται υπόψη για τη χορήγηση στον νόμιμο εκπρόσωπο ή διοικούντα αποδεικτικού ενημερότητας ή βεβαίωσης οφειλής.

Μέχρι σήμερα, η πρακτική των ποινικών δικαστηρίων ήταν να αναγνωρίζουν στους εκπροσώπους πτωχευμένων εταιρειών συγκεκριμένο ελαφρυντικό, καταλήγοντας, απλώς, σε μειωμένη ποινή.

Πρόκειται για μία πολύ σημαντική εξέλιξη, αν ληφθεί υπ' όψιν και η σχετικά πρόσφατη αυστηροποίηση του Ποινικού Κώδικα σε επίπεδο ποινών μεγαλύτερων της τριετίας όσον αφορά στην έκτιση της ποινής. Ληπτέον υπ'

όψιν ότι για τη μη καταβολή χρεών προς το Δημόσιο ποσού που υπερβαίνει τις 200.000€ η επαπειλούμενη ποινή ανέρχεται τουλάχιστον στα 3 έτη.

4. Συμπέρασμα

Ο νΠτΚ είναι πολύ περισσότερο προσανατολισμένος στην πραγματικότητα των συναλλαγών, συγκριτικά με τα μέχρι πρότινος ισχύσαντα. Πρόσωπα τα οποία μέχρι σήμερα θα συνέχιζαν να ευθύνονται για μεγάλου ύψους οφειλές παρά την πτώχευση του νομικού προσώπου, πλέον απαλλάσσονται· εφόσον, βέβαια, πληρούνται και κάποιες απαραίτητες προϋποθέσεις.

Βασική προϋπόθεση αποτελεί η καλοπιστία τους· εάν επέδειξαν κακόπιστη συμπεριφορά ή και δε συνεργάστηκαν προσηκόντως κατά τις εργασίες της πτώχευσης, χωρεί προσφυγή των τρίτων κατά της απαλλαγής. Επίσης, η πτώχευση πρέπει να μην οφείλεται σε δόλιες ενέργειές τους, να μην έχουν τελέσει τις κακουργηματικές πράξεις της κλοπής, απάτης, υπεξαίρεσης ή πλαστογραφίας του Ποινικού Κώδικα αλλά ούτε και τα ποινικά αδικήματα του νΠτΚ (χρεοκοπία και ευνοϊκή μεταχείριση πιστωτή). Πάντως, στις τελευταίες περιπτώσεις, σύμφωνα με την ορθότερη προσέγγιση, θα χωρεί μερική (όχι πλήρης) απαλλαγή, ως προς τα χρέα δηλ. τα οποία δε συνδέονται άμεσα με τις ανωτέρω κολάσιμες πράξεις.

Εξάλλου, σε σχέση και με ότι υπαινιχθήκαμε ανωτέρω για την επιλογή του διοικούντος να μην υποβάλλει αίτηση πτώχευσης εγκαίρως παρ' ότι οι συνθήκες είναι ήδη ώριμες προς τούτο (κατά το νόμο "χωρίς υπαίτια βραδύτητα και πάντως το αργότερο μέσα σε 30 ημέρες"), πρόκειται για τα πτωχευτικό αδίκημα της παρέλκυσης της πτώχευσης. Η τέλεση αυτού του αστικού αδικήματος μπορεί να κοστίσει την απαλλαγή. Πλέον, η επιλογή του διοικούντος να συνεχίσει μία ήδη εν τοις πράγμασι "πτωχευμένη" εταιρεία με την ελπίδα ότι π.χ. οφειλές ΦΠΑ επί της θητείας του –και επομένως και δικές του οφειλές– θα μειωθούν, τρέπεται σε ελάχιστα ελκυστική· τούτο διότι οι συγκεκριμένες οφειλές παύουν πια, ούτως ή άλλως, υπό την ισχύ του νΠτΚ, να τον ακολουθούν (ενν. εντός των χρονικών ορίων που παραθέσαμε ανωτέρω).

Συν τοις άλλοις, το χρονικό διάστημα στο οποίο εκτείνεται η απαλλαγή –δυνητικά μέχρι και την πενταετία– κρίνεται επαρκές. Έχοντας πει αυτό, ωστόσο, οφείλουμε να επιστήσουμε την προσοχή στο ενδεχόμενο μελλοντική νομοθετική μεταβολή να συντμήσει αυτό το διάστημα επαναφέροντάς το π.χ. στους 12 μήνες, όπως είχε άλλωστε κατά τη αρχική εκδοχή του.

ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΕΞΟΔΟΥ ΤΟΥ ΕΤΑΙΡΟΥ ΣΤΙΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΕΣ ΕΤΑΙΡΕΙΕΣ

Γιώργος Κεφαλάς
ΜΔΕ mult., Msc.

Μάιος 2021

Η εταιρεία, στην κλασική της μορφή, αποτελεί ένωση περισσότερων προσώπων που ενώνουν τις δυνάμεις τους για την επίτευξη ενός κοινού σκοπού. Πολλές φορές, όμως, είτε για προσωπικούς λόγους, είτε για λόγους που έχουν να κάνουν με την ίδια την εταιρεία ή τους συνέταιρούς του, κάποιος εταίρος επιθυμεί να αποχωρήσει από την εταιρεία. Στον ισχύοντα νόμο για τις προσωπικές εταιρείες (ν. 4072/2012) αναγνωρίζεται σε κάθε εταίρο το δικαίωμα εξόδου από την εταιρεία, δηλαδή η δυνατότητα του εταίρου να αποχωρήσει με μία απλή δήλωσή του.

1. Εισαγωγή

Δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις όπου ο εταίρος μίας εταιρείας επιθυμεί να αποδεσμευτεί από αυτή, είτε για καθαρά προσωπικούς του λόγους (π.χ. λόγω ασθένειας), είτε επειδή η εταιρική σχέση δεν εξελίχθηκε ομαλά και, συνεπώς, η εξακολούθηση συνεργασίας του με τους συνεταίρους του καθίσταται δύσκολη (π.χ. διαρκείς έριδες μεταξύ των εταίρων), είτε, τέλος, για λόγους που αφορούν την ίδια την εταιρεία (π.χ. συνεχόμενες ζημιογόνες χρήσεις). Τα ερωτήματα που γεννώνται στις περιπτώσεις αυτές είναι πολλά. **Μπορεί ο εταίρος να εξέλθει από την εταιρεία; Χρειάζεται να επικαλεσθεί κάποιον λόγο;** Ποια είναι η διαδικασία που θα πρέπει να ακολουθηθεί; Θα εξακολουθήσει να ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη σε περίπτωση που είναι ομόρρυθμος εταίρος; Έχει κάποια αξίωση κατά της εταιρείας σε περίπτωση εξόδου από αυτή; Αυτά είναι μερικά από τα βασικά ερωτήματα στα οποία προσπαθούμε να δώσουμε απάντηση με το παρόν άρθρο μας. Η εξέταση των ζητημάτων αυτών περιορίζεται στις προσωπικές εταιρείες (ομόρρυθμη και ετερόρρυθμη εταιρεία), όπου και τίθεται πιο συχνά το εν λόγω ζήτημα, λόγω ακριβώς της έντονα προσωπικής σχέσης των μελών τους.

2. Προϋποθέσεις

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 261 παρ. 1 του ν. 4072/2012: «Ο εταίρος μπορεί με δήλωσή του προς την εταιρεία και τους λοιπούς εταίρους να εξέλθει από την εταιρεία, εκτός αν προβλέπεται διαφορετικά στην εταιρική σύμβαση». **Συνεπώς, ο εταίρος είναι καταρχήν ελεύθερος να εξέλθει από μία προσωπική εταιρεία, χωρίς κάποια ειδικότερη προϋπόθεση.** Αυτό ισχύει τόσο αναφορικά με την εταιρεία αορίστου όσο και με την εταιρεία ορισμένου χρόνου. Ο εταίρος, δηλαδή, με μόνη τη δήλωσή του προς την εταιρεία και τους λοιπούς εταίρους μπορεί να εξέλθει της εταιρείας.

Ουστόσο, από το καταστατικό της εταιρείας μπορεί να τίθενται ειδικότερες προϋποθέσεις ως προς το δικαίωμα εξόδου του εταίρου. Οι προϋποθέσεις αυτές δεν μπορούν να οδηγούν στον πλήρη αποκλεισμό του δικαιώματος εξόδου, αναφορικά με την εταιρεία αορίστου χρόνου, διότι αυτό θα είχε ως συνέπεια να μένει ο εταίρος εγκλωβισμένος εφ' όρου ζωής σε μία εταιρική σχέση την οποία δεν επιθυμεί. **Μπορεί, όμως, να προβλέπεται στο καταστατικό λ.χ. ότι ο εταίρος δεν μπορεί να εξέλθει της εταιρείας πριν παρέλθει ένα ελάχιστο διάστημα από τη σύστασή της ή την έξοδό του ή ότι πρέπει να τηρήσει κάποια προθεσμία ειδοποίησης πριν την έξοδό του λ.χ. να υποβάλει τη δήλωση εξόδου έξι μήνες πριν.**

Αντίθετα, στην εταιρεία ορισμένου χρόνου, οι περιορισμοί στην ελευθερία εξόδου του εταίρου μπορεί να είναι πιο σημαντικοί. Έτσι, μπορεί να προβλέπεται στο καταστατικό μίας εταιρείας ορισμένου χρόνου πλήρης αποκλεισμός του δικαιώματος εξόδου του εταίρου ή να επιτρέπεται η έξοδος μόνον για συγκεκριμένους λόγους ή μόνον εφόσον συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις λ.χ. όταν η αξία της συμμετοχής του εξερχόμενου εταίρου δεν υπερβαίνει ένα ποσοστό της εταιρικής περιουσίας.

Συνεπώς, κάθε εταίρος είναι ελεύθερος να αποχωρήσει οποτεδήποτε από μία προσωπική εταιρεία, υπό την επιφύλαξη ότι στο καταστατικό της εταιρείας δεν ορίζεται διαφορετικά. Στην περίπτωση πάντως που δεν αναφέρεται τίποτα στο καταστατικό, τότε ο εταίρος επιτρέπεται με μόνη τη δήλωσή του να εξέλθει από την εταιρεία.

3. Διαδικασία εξόδου του εταίρου

Ο νόμος ορίζει ότι ο εταίρος εξέρχεται από την εταιρεία «με δήλωσή του προς την εταιρεία και τους λοιπούς εταίρους». Δεν απαιτείται, δηλαδή, κάποια δικαστική ενέργεια, προκειμένου ο εταίρος να αποχωρήσει από την εταιρεία, αλλά αρκεί να δηλώσει αυτό προς τον εκπρόσωπό της και τους λοιπούς εταίρους. Δεν απαιτείται η

δήλωση αυτή να υποβληθεί σε κάποιον συγκεκριμένο τύπο (π.χ. επίδοση με δικαστικό επιμελητή), μπορεί μάλιστα να γίνει ακόμη και προφορικά. **Προς εξασφάλιση, πάντως, της δυνατότητας απόδειξης, προτιμότερο είναι η σχετική δήλωση να γίνεται εγγράφως και κατά τρόπο ώστε να μπορεί να αποδειχθεί η παραλαβή της από τα πρόσωπα στα οποία απευθύνεται λ.χ. με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με αποδεικτικό ανάγνωσης, με συστημένη επιστολή ή με επίδοση εξώδικης δήλωσης με δικαστικό επιμελητή.** Από τη στιγμή που η σχετική δήλωση περιέλθει στην εταιρεία και στους λοιπούς εταίρους, επέρχεται και η έξοδος του εταίρου από την εταιρεία.

4. Δικαιώματα του εξερχόμενου εταίρου

Ο εξερχόμενος εταίρος δικαιούται, καταρχήν, να του αποδοθούν αυτούσια τα αντικείμενα που είχε εισφέρει κατά χρήση. **Έτσι, εάν ο εξερχόμενος εταίρος είχε εισφέρει στην εταιρεία τη χρήση ενός μηχανήματος, κατά την έξοδό του θα πρέπει το μηχάνημα να του αποδοθεί.**

Περαιτέρω, ο εξερχόμενος εταίρος δικαιούται να λάβει και την πλήρη αξία της εταιρικής του συμμετοχής. Αυτό ισχύει, καταρχήν, χωρίς καμία προϋπόθεση στην εταιρεία αορίστου χρόνου. Ο εταίρος, λοιπόν, που αποχωρεί από εταιρεία αορίστου χρόνου θα πρέπει να λάβει στο τέλος της εταιρικής χρήσης, εντός της οποίας εξήλθε από την εταιρεία, την αξία της συμμετοχής του.

Αντίθετα, στην εταιρεία ορισμένου χρόνου, ο εξερχόμενος εταίρος έχει αξίωση να του καταβληθεί η αξία της συμμετοχής του, μόνον εφόσον επικαλείται την ύπαρξη σπουδαίου λόγου που δικαιολογεί την έξοδό του. Εάν δεν υπάρχει σπουδαίος λόγος, τότε ο εξερχόμενος εταίρος θα λάβει μόνον τα πράγματα που είχε εισφέρει κατά χρήση, αλλά δεν θα λάβει την αξία της συμμετοχής του.

Ο σπουδαίος λόγος μπορεί να είναι αντικειμενικός και να σχετίζεται είτε με κατάσταση της εταιρείας (π.χ. μη κερδοφορία της εταιρείας, ύφεση του κλάδου δραστηριοποίησης της εταιρείας), είτε με τη σχέση του εξερχόμενου εταίρου με τους συνεταίρους του (αδυναμία λήψης αποφάσεων, αδιαφορία των εταίρων για την εκπλήρωση του σκοπού της εταιρείας, κακή διαχείριση εταιρικών υποθέσεων, διενέξεις μεταξύ των εταίρων, καταχρηστική συμπεριφορά της πλειοψηφίας κατά της μειοψηφίας λ.χ. μη διανομή κερδών για συνεχόμενες εταιρικές χρήσεις κλπ).

Μπορεί όμως ο σπουδαίος λόγος να είναι υποκειμενικός,

να αφορά δηλαδή στο πρόσωπο του εξερχόμενου εταίρου, όπως θα συμβαίνει σε περίπτωση σοβαρής ασθένειας του εξερχόμενου εταίρου, προσωπικών του υποχρεώσεων, μακρόχρονης απουσίας ή να οφείλεται σε σοβαρή διαταραχή των σχέσεων μεταξύ του εξερχόμενου και των λοιπών εταίρων.

Το αν συντρέχει ή όχι σπουδαίος λόγος σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση θα κριθεί εν τέλει από το Δικαστήριο, στο οποίο θα υποχρεωθεί να προσφύγει ο εξερχόμενος εταίρος, σε περίπτωση που η εταιρεία αρνείται να του αποδώσει την αξία της συμμετοχής του, αμφισβητώντας την ύπαρξη σπουδαίου λόγου. Το βάρος απόδειξης ότι πράγματι συνέτρεχε εν προκειμένω σπουδαίος λόγος φέρει ο εταίρος που αποχώρησε.

Πάντως η ύπαρξη ή μη σπουδαίου λόγου για την αποχώρηση από μία εταιρεία ορισμένου χρόνου είναι σημαντική μόνον ως προς την καταβολή ή μη της αξίας της συμμετοχής στον εξερχόμενο. Δηλαδή, ακόμη και στην εταιρεία ορισμένου χρόνου, ο εταίρος με μόνη τη δήλωσή του εξέρχεται της εταιρείας είτε συντρέχει σπουδαίος λόγος είτε όχι, απλώς δεν θα λάβει την αξία της συμμετοχής του σε περίπτωση που τελικώς κριθεί ότι δεν συνέτρεχε σπουδαίος λόγος.

Τέλος, ως προς τον υπολογισμό της αξίας της συμμετοχής του αποχωρούντος γίνεται δεκτό ότι στον εξερχόμενο πρέπει να καταβληθεί η πλήρης εμπορική αξία της συμμετοχής του, η οποία θα περιλαμβάνει όχι μόνον την αξία της εισφοράς του, αλλά και την αναλογία του εξερχόμενου στα αποθησαυρισθέντα κέρδη, ενώ θα πρέπει να συνεκτιμάται και η άυλη αξία της επιχειρησης (σήμα, πελατεία, φήμη κλπ).

Σε περίπτωση πάντως που, κατά τον χρόνο της αποχώρησης του εταίρου, η εταιρική περιουσία δεν επαρκεί για να καλυφθούν τα χρέη της εταιρείας, ο εξερχόμενος εταίρος όχι μόνον δεν δικαιούται να λάβει την αξία της συμμετοχής του, αλλά αντίθετα υποχρεούται να καλύψει τα χρέη κατά τον λόγο της συμμετοχής του στις ζημίες.

5. Συνέπειες της εξόδου

Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, με την περιέλευση της δήλωσης του εξερχόμενου προς την εταιρεία και τους λοιπούς εταίρους, και εφόσον δεν τίθενται ειδικότερες προϋποθέσεις από το καταστατικό της εταιρείας, ο τελευταίος εξέρχεται από αυτή και η εταιρεία συνεχίζεται μεταξύ των λοιπών εταίρων. Η δε μερίδα του απερχό-

μενου εταίρου προσαυξάνει αναλογικά τις μερίδες των λοιπών εταίρων.

Η δήλωση του εταίρου περί εξόδου του από την εταιρεία δημοσιεύεται στο Γ.Ε.ΜΗ., σύμφωνα με το άρθρο 96 του ν. 4635/2019, όπως δημοσιεύεται και η υποχρεωτικώς επακολουθούσα (λόγω της μεταβολής των προσώπων των εταίρων και των μερίδων τους) τροποποίηση του καταστατικού της εταιρείας.

Ο εξερχόμενος ομόρρυθμος εταίρος εξακολουθεί να ευθύνεται (με την ατομική του περιουσία) για τα χρέη της εταιρείας που υπήρχαν κατά τον χρόνο της εξόδου του, για διάστημα πέντε ετών από τη δημοσίευση στο Γ.Ε.ΜΗ. της αποχώρησής του. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, έχει μεγάλη σημασία η έγκαιρη δημοσίευση της εξόδου στο Γ.Ε.ΜΗ., ώστε να ξεκινήσει να τρέχει ο χρόνος παραγραφής της ευθύνης του έναντι των εταιρικών δανειστών.

Σε κάθε περίπτωση πάντως, είτε δηλαδή η αξία της συμμετοχής του εταίρου είναι θετική, οπότε έχουν συνυπολογιστεί και τα χρέη της εταιρείας στο ποσό που τελικώς θα του αποδοθεί, είτε αρνητική, οπότε έχει καλύψει την αναλογία του στα χρέη κατά τη στιγμή της αποχώρησής του, έχει αξίωση κατά των συνεταίρων του να τον απαλλάξουν από την ευθύνη του για τα χρέη αυτά που διατηρείται, κατά τα ως άνω, για μία πενταετία από τη δημο-

σίευση στο Γ.Ε.ΜΗ. της αποχώρησής του. Έτσι, αν άλλος εταίρος ικανοποιήσει, στην περίπτωση αυτή, την απαίτηση δανειστή δεν θα μπορεί να στραφεί κατά του αποχωρήσαντος, ενώ εάν ο αποχωρήσας υποχρεωθεί να αποπληρώσει δανειστή της εταιρείας (κατά την πενταετία μετά την αποχώρηση οπότε διατηρείται η ευθύνη του), θα μπορεί να στραφεί αναγωγικά κατά των πρώην συνεταίρων του και να αξιώσει το σύνολο του ποσού που κατέβαλε.

6. Αντί επιλόγου

Υπό τον ισχύοντα νόμο, ο εταίρος προσωπικής εταιρείας μπορεί, υπό την επιφύλαξη ειδικότερων προβλέψεων του καταστατικού, να αποχωρήσει οποτεδήποτε από την εταιρεία, είτε αυτή είναι αορίστου είτε ορισμένου χρόνου. Συνεπώς, στην όχι σπάνια περίπτωση που ένας εταίρος, είτε για προσωπικούς του λόγους, είτε για λόγους που σχετίζονται με την εταιρεία ή τους λοιπούς εταίρους, επιθυμεί να διακόψει τη σχέση του με την εταιρεία, ο νόμος του δίνει αυτή τη δυνατότητα με μία απλή δήλωση προς την εταιρεία και τους συνεταίρους του. **Προβλήματα μπορούν να ανακύψουν κατεξοχήν αναφορικά με την απόδοση στον εξερχόμενο της αξίας της μερίδας του και, ιδίως όσον αφορά στην εταιρεία ορισμένου χρόνου, και με τη συνδρομή ή μη σπουδαίου λόγου.**

Η ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΔΙΑΓΡΑΦΗΣ ΧΡΕΩΝ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΝΕΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΗΣ ΕΞΥΓΙΑΝΣΗΣ ΜΕΣΑ ΑΠΟ 7 ΕΡΩΤΟΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ

Γιώργος Ψαράκης,
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Μάιος 2021
(αναδημοσίευση από Moneyreview.gr)

Ο νέος πτωχευτικός νόμος είναι πλέον πραγματικότητα. Έχουν υιοθετηθεί πολλές νέες ρυθμίσεις, με τις οποίες έχουμε ασχοληθεί εκτενώς και όταν ασχοληθούμε και στο μέλλον. Εν προκειμένω χρήσιμο είναι να ρίξουμε λίγο φως σε ένα ιδιαίτερο σημείο του και συγκεκριμένα στην τύχη των χρεών απέναντι στο Δημόσιο όσον αφορά στις περιπτώσεις εξυγίανσης επιχειρήσεων. Ο σχολιασμός όταν λάβει τη μορφή ερωτοαπαντήσεων για να είναι πιο εύληπτα τα συμπεράσματα.

1. Πότε μια επιχείρηση μπορεί να κάνει χρήση του θεσμού της εξυγίανσης υπό το νέο πτωχευτικό νόμο;

Για να επικυρωθεί μια συμφωνία εξυγίανσης κατόπιν πρωτοβουλίας του οφειλέτη θα πρέπει σε βασικές γραμμές είτε α) να παρασχεθεί συναίνεση από πιστωτές του που εκπροσωπούν αφενός περισσότερο από το πενήντα τοις εκατό (50%) των απαιτήσεων που έχουν ειδικό προνόμιο (κυρίως δηλ. προσημείωση, υποθήκη και ενέχυρο) και αφετέρου περισσότερο από το πενήντα τοις εκατό (50%) των λοιπών απαιτήσεων, είτε β) να έχει εγκριθεί από πιστωτές που εκπροσωπούν περισσότερο από το εξήντα τοις εκατό (60%) του συνόλου των απαιτήσεων και περισσότερο από πενήντα τοις εκατό (50%) των απαιτήσεων με ειδικό προνόμιο.

Φυσικά προϋπόθεση είναι το πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα να βρίσκεται σε κατάσταση παρούσας ή επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης ληξιπρόθεσμων υποχρεώσεων ή έστω να υπάρχει πιθανότητα αφερεγγυότητας και να πιθανολογείται κυρίως ότι η συμφωνία εξυγίανσης διαμορφώνει εύλογη προοπτική εξασφάλισης της βιωσιμότητας της επιχείρησης, όπως αυτή αναδιαρθρώνεται βάσει της συμφωνίας εξυγίανσης.

2. Είναι δυνατή η διαγραφή των χρεών προς το Δημόσιο στο πλαίσιο της συμφωνίας εξυγίανσης; Και αν, μπορεί να διαγραφεί και η βασική οφειλή ή μόνο τόκοι και πρόστιμα;

Και με το νέο νόμο είναι εφικτή η διαγραφή των οφειλών προς το Δημόσιο. Μάλιστα όχι μόνο τόκων και πρόστιμων αλλά και της κύριας οφειλής. Αντιθέτως στο πλαίσιο του νέου εξωδικαστικού μηχανισμού ορίζεται ότι η διαγραφή παρακρατουμένων φόρων, επιρριπτούμενων φόρων (λ.χ. ΦΠΑ) προς το Δημόσιο και ασφαλιστικών εισφορών απαγορεύεται (άρθρο 22). Βασική προϋπόθεση, ωστόσο, για το παραδεκτό της διαγραφής είναι να μην περιέλθει το Δημόσιο λόγω της εφαρμογής της συμφωνίας εξυγίανσης σε χειρότερη θέση ως προς

τις βεβαιωμένες απαιτήσεις του κατά τον χρόνο υπογραφής της συμφωνίας, από τη θέση στην οποία θα περιερχόταν σε περίπτωση πτώχευσης («άσκηση βίασης ρευστοποίησης σε περίπτωση πτώχευσης»). Δηλαδή λ.χ. αν έχουμε μια επιχείρηση με ένα ακίνητο προσημειωμένο αξίας 1 εκατομμυρίου ευρώ, και δεν οφείλει χρηματικά ποσά σε ασφαλιστικούς φορείς και εργαζομένους (υπόθεση χάριν ευκολίας του παραδείγματος), το Δημόσιο σε τυχόν πτώχευση όταν λάβει εντός λ.χ. 5 ετών το 25% του πλειστηριάσματος (καθότι το μεγαλύτερο μέρος θα λάβει η προσημειούχος τράπεζα). Αν το πλειστηριασμα ανέλθει στις αξίες βίασης εκποίησης που είναι -20% λ.χ. μειωμένες από τις εμπορικές (μπορούμε να συνηπολογίσουμε και ένα ποσοστό απομείωσης για τα έξοδα εκτέλεσης έως 5%), τότε έχουμε $1.000.000 \times 80\% = 800.000 \times 25\% = 200.000$ ευρώ. Το ποσό αυτό επειδή θα εισπραχθεί από το Δημόσιο λ.χ. σε 5 έτη (λόγω χρόνου που απαιτείται για την ολοκλήρωση της διαδικασίας), σε παρούσα αξία ανέρχεται στις 164,385 ευρώ (με ένα προεξοφλητικό επιτόκιο της τάξης π.χ. του 4% - χρησιμοποιείται ως προεξοφλητικό επιτόκιο το μέσο σταθμικό κόστος χρηματοδότησης του οφειλέτη, όπως αυτό προκύπτει από την προτεινόμενη συμφωνία εξυγίανσης). Επομένως θα πρέπει το Δημόσιο να λάβει με βάση τη συμφωνία εξυγίανσης σε παρούσα αξία παραπάνω από τις 164,385 ευρώ που θα λάμβανε σε περίπτωση πτώχευσης (αυτό μπορεί να ισοδυναμεί και με ρύθμιση π.χ. 10ετή σε ύψος συνολικών καταβολών στο τέλος της δεκαετίας ύψους 245.000 ευρώ με ένα αντίστοιχο επιτόκιο 4% κοκ). Ήδη εξάλλου στο πλαίσιο του νέου εξωδικαστικού μηχανισμού προβλέπεται εξόφληση σε 240 δόσεις, το οποίο μπορεί ευχερώς να εφαρμοστεί και στη διαδικασία της εξυγίανσης ως πιθανό χρονικό πλαίσιο ρύθμισης. Τυχόν υπόλοιπη οφειλή θα μπορεί να διαγραφεί.

3. Είναι εφικτή η διαγραφή οφειλών και χωρίς τη συμφωνία του Δημοσίου;

Ναι είναι. Εφόσον υπάρχουν οι παραπάνω πλειοψηφίες

και υπογραφεί η συμφωνία εξυγίανσης, όλοι οι υπόλοιποι μη συναινούντες πιστωτές, συμπεριλαμβανομένου του Δημοσίου, αναγκαστικά ακολουθούν (με τις παραπάνω προϋποθέσεις).

Μάλιστα το Δημόσιο τεκμαίρεται ότι συμφωνεί στην εξυγίανση –ακόμα κι αν η συμφωνία με τους πλειοψηφούντες πιστωτές περιλαμβάνει διαγραφή βασικής οφειλής προς αυτό– εφόσον πληρούνται συγκεκριμένες προβλεπόμενες στο νόμο προϋποθέσεις. Εφόσον πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, το Δημόσιο τεκμαίρεται ότι συμφωνεί και άρα οι απαιτήσεις του θα συνυπολογιστούν στα ποσοστά των συναινούντων πιστωτών για να καλυφθούν οι ανωτέρω πλειοψηφίες (βλ. 1η ερώτηση). Με βάση το προισχύσαν δίκαιο αρμοδιότητα να συμφωνήσει σε σχέδιο εξυγίανσης είχε ο Διοικητής της Α.Α.Δ.Ε. που αποφάσιζε κατόπιν εισήγησης της Διεύθυνσης Εισπράξεων της Α.Α.Δ.Ε. και γνωμοδότησης του Ν.Σ.Κ.. Όπως γίνεται κατανοητό, ωστόσο, ήταν ιδιαίτερα δυσχερές να υπάρξει συναίνεση εκ μέρους του Δημοσίου για διαγραφή οφειλής· και αυτό διότι τα αρμόδια όργανα δίσταζαν να αναλάβουν την ευθύνη να συμπράξουν.

Τα τελευταία χρόνια πράγματι δημοσιεύτηκαν σειρά δικαστικών αποφάσεων που δέχτηκαν παρά την άρνηση του Δημοσίου, διαγραφή μεγάλου μέρους της οφειλής προς αυτό στο πλαίσιο αιτήσεων εξυγίανσης. Π.χ. στην υπ' αριθμ. 233/2019 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών είχαμε διαγραφή του 78,5% των αιτήσεων του Δημοσίου (!). Επίσης στην υπ' αριθμ. 11/2020 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ρεθύμνου διεγράφη 60% της κύριας οφειλής και 100% των προσαυξήσεων, τόκων προστίμων και λοιπών επιβαρύνσεων με εξόφληση της υπολειπόμενης οφειλής σε 180 άτοκες ισόποσες μηνιαίες δόσεις.

Μάλιστα τα δικαστήρια όταν αποφασίζουν τη διαγραφή οφειλής προς το Δημόσιο στηρίζουν τη θέση τους αυτή και στις κάτωθι σκέψεις: «*Με τον τρόπο δε αυτό, από τις ως άνω νομοθετικές επιλογές, καθίσταται σαφές, ότι ενόψει της κοινωνικοοικονομικής κρίσης τάσσεται ως πρόκριμα η βιωσιμότητα της επιχείρησης, και μπροστά στην πιθανότητα επιβίωσης αυτής, υποχωρούν αιτιτήσεις του Ελληνικού Δημοσίου και των φορέων κοινωνικής ασφαλισης. Εξάλλου, η επίτευξη του στόχου της εξυγίανσης (δηλαδή η επιστροφή της επιχείρησης στην παραγωγική διαδικασία) θα έχει σαν αποτέλεσμα και τα μελλοντικά έσοδα τόσο του Ελληνικού Δημοσίου, όσο και των ασφαλιστικών ταμείων.*

4. Το ίδιο ισχύει και για οφειλές από παρακρατούμενους φόρους (ΦΜΥ κτλ);

Εδώ έχουμε μια διαφοροποίηση θέσεων μεταξύ των περισσότερων δικαστικών αποφάσεων και της Διοίκησης. Η τελευταία στην ΠΟΛ 1068/2013, που ίσχυε υπό τον προηγούμενο πτωχευτικό κώδικα, εξέθετε τα εξής: «Τέλος, ως προς τους παρακρατούμενους φόρους, πρέπει να επισημανθεί ότι κατά το μέρος που μια συμφωνία εξυγίανσης ρυθμίζει/περιορίζει οφειλές αυτής της κατηγορίας προσκρούει στις διατάξεις των άρθρων 99 επ. του ΠτΚ, διότι ρυθμίζει οφειλές που ανάγονται σε φορολογική υποχρέωση όχι της αιτούσας επιχείρησης αλλά τρίτων».

Τα δικαστήρια ωστόσο κατά κύριο λόγο δέχονται τη δυνατότητα διαγραφής και των παρακρατούμενων φόρων με την εξής αναφορά: «*Η υποχρέωση για παρακρατούμενους φόρους αποτελεί, πέραν του τρίτου, υποχρέωση και του οφειλέτη, καθώς οι οφειλές αυτές εντάσσονται νομοθετικά στον πίνακα κατάταξης κατά τις διαδικασίες τις αναγκαστικής εκτέλεσης και της πτώχευσης*» (ΠΠρΝαυπλίου 132/2020, ΤρΕφΔωδ 115/2019, ΠΠρΑθ 233/2019).

5. Μπορεί να διαγραφεί η οφειλή προς Δημόσιο και να μείνει ανέγγιχτη η αντίστοιχη προς το πιστωτικό ίδρυμα;

Κύριος στόχος συνήθως της διαγραφής της οφειλής προς το Δημόσιο είναι η αύξηση των πιθανοτήτων εξόφλησης των οφειλών προς τις δανειστριες τράπεζες. Η πραγματικότητα δηλ. είναι απλή: εφόσον ο πλειοψηφών πιστωτής (πιστωτικό ίδρυμα) έχει το «πάνω χέρι», αποφασίζει από κοινού με την επιχείρηση να διαγραφεί μεγάλο μέρος οφειλής της προς το Δημόσιο (και τα ασφαλιστικά ταμεία) ώστε να μπορέσει αυτός να ικανοποιήσει το μεγαλύτερο μέρος των αιτήσεών του, δεχόμενος παράλληλα ενίστε να παράσχει και περαιτέρω χρηματοδότηση. Όπως αναφέρει και η υπ' αριθμ. 132/2020 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ναυπλίου, αιτιολογώντας την «προνομιακή» ικανοποίηση του πιστωτικού ιδρύματος έναντι του Δημοσίου: «*Περαιτέρω, είναι προφανές ότι η πλήρης ικανοποίηση της αιτιτήσεως της πιστώτριας ... Τράπεζας επιβάλλεται από σοβαρό επιχειρηματικό λόγο, ο οποίος δεν είναι άλλος από την άμεση ανάγκη χρηματοδότησης της αιτούσας, που είναι απαραίτητη για την ίδια την ύπαρξή της*».

6. Τι γίνεται όμως με τους αλληλεγγύως ευθυνόμενους,

δηλ. τους νόμιμους εκπροσώπους των επιχειρήσεων (μέλη Δ.Σ., Διευθύνοντες Συμβούλους, Διαχειριστές κτλ.);

Εδώ εντοπίζεται το μεγάλο πρόβλημα. Με βάση σχετική ΠΟΛ (1049/8.3.2018) που ίσχυε με τον προηγούμενο πτωχευτικό κώδικα, η επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης δεν είχε κατ' αρχήν επίπτωση στην ευθύνη των εις ολόκληρον ευθυνόμενων προσώπων, εκτός αν στη συμφωνία εξυγίανσης περιλαμβανόταν αντίθετος όρος. Προϋπόθεση για τον περιορισμό, δηλ. της ευθύνης και των αλληλεγγύων ευθυνόμενων προσώπων ήταν να συμφωνεί σε αυτό και το Δημόσιο. Αυτό φυσικά σπάνια θα συνέβαινε· το Δημόσιο ουδέποτε σχεδόν συμφωνούσε σε απαλλαγή και του εκπροσώπου της επιχείρησης από τα χρέη, ακόμα κι αν αυτά αναγκαστικώς διαγράφονταν με τη συμφωνία εξυγίανσης από τις συνολικές οφειλές της επιχείρησης.

Την θέση αυτή εκφράζει ήδη και το άρθρο 60 παρ. 3 του Νέου Πτωχευτικού Νόμου («Τα δικαιώματα των πιστωτών κατά των εγγυητών και συνοφειλετών εις ολόκληρον του οφειλέτη, καθώς και τα υφιστάμενα δικαιώματά τους σε περιουσιακά αντικείμενα τρίτων, περιορίζονται στο ίδιο ποσό με την απαίτηση κατά του οφειλέτη, μόνο αν συμφωνεί ρητά ο πιστωτής αυτής ...»). Άρα ακόμα κι αν διαγράφονται οι φορολογικές οφειλές στο όνομα της επιχείρησης, οι διοικητές της οι οποίοι ευθύνονται βάσει του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας αλληλέγγυως, συνεχίζουν να οφείλουν τα καταλογισθέντα ποσά, εκτός κι αν το ίδιο το Δημόσιο δεχτεί διαφορετικά· και αν έχουν περιουσία το Δημόσιο θα προχωρήσει σε πράξεις αναγκαστικής εκτέλεσης σε βάρος τους.

Υπό το καθεστώς ωστόσο της ειδικής εκκαθάρισης του άρθρου 44 του νόμου 1892/1990, είχε κριθεί ότι η τυχόν περικοπή οφειλών με βάση της εν λόγω διαδικασία θα πρέπει να καταλαμβάνει και τα αλληλεγγύως ευθυνόμε-

να πρόσωπα διότι σε διαφορετική περίπτωση το ειδικό καθεστώς που θεσπίστηκε για την οριστική εξυγίανση των επιχειρήσεων, θα καθίστατο άνευ αντικειμένου με μετάθεση του συνόλου των φορολογικών βαρών αποκλειστικά στους διοικούντες τα νομικά πρόσωπα (βλ. υπ' αριθμ. 1027/2011 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και υπ' αριθμ. 12958/2019 απόφαση του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών). Ωστόσο αυτό ακριβώς συμβαίνει εν προκειμένω με βάση το δίκαιο της εξυγίανσης υπό τον Νέο Πτωχευτικό Νόμο: τα χρέη προς το Δημόσιο που διαγράφονται προς όφελος των επιχειρήσεων, μεταφέρονται στους διοικούντες αυτών.

7. Άρα, ποια η πρόταση προς τις υπερχρεωμένες επιχειρήσεις;

Η εξυγίανση προφανώς και δεν είναι για όλες τις επιχειρήσεις. Υπάρχουν όμως ορισμένες περιπτώσεις όπου φαντάζει ιδανική λύση στο πρόβλημα της υπερχρέωσης. Αυτές είναι ειδικά όταν υπάρχουν υψηλά χρέη στο Δημόσιο και παράλληλα ένας βασικός πλειοψηφών πιστωτής (π.χ. τράπεζα) συμφωνεί να διαγραφούν εν μέρει οι οφειλές προς το Δημόσιο ώστε η εταιρεία να μπορέσει να σταθεί στα πόδια της και να εξοφλήσει τις δανειακές, κυρίως, οφειλές. Αντιστάθμισμα για τη απομείωση αυτή αποτελεί η προσωπική ευθύνη των διοικητών, οι οποίοι και συνεχίζουν να οφείλουν με την προσωπική τους περιουσία παρά τη διαγραφή της φορολογικής οφειλής στο όνομα της επιχείρησης. **Επομένως ιδανικά ο αλληλεγγύως ευθυνόμενος διοικητής θα πρέπει να μην έχει περιουσία στο όνομά του καθώς σε αντίθετη περίπτωση προφανώς και δεν θα έχει κάποιο κίνητρο να συμφωνήσει σε εξυγίανση της επιχείρησής του με περιεχόμενο τη διαγραφή φορολογικών οφειλών και θα αρκεστεί σε μια μακροχρόνια ρύθμιση αυτών, όσο κι αν αυτό πιθανόν να καθιστά στην πράξη την εξυγίανση ανέφικτη.**

ΕΝΑΣ ΑΠΛΟΣ ΤΡΟΠΟΣ ΓΙΑ ΝΑ ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΣΕΤΕ ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΤΗΣ ΙΣΤΟΣΕΛΙΔΑΣ ΣΑΣ – ΜΙΑ ΙΣΤΟΡΙΑ ΚΑΙ ΕΝΑ ΔΙΔΑΓΜΑ

Χριστίνα Κολιάτου,
ΜΔΕ, PgCert
Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert
Απρίλιος 2021
(αναδημοσίευση από startup.gr)

Στο παρόν άρθρο αναλύονται οι τρόποι προστασίας του σχεδίου μιας ιστοσελίδας μέσα από το δίκαιο του βιομηχανικού σχεδίου και του αθέμιτου ανταγωνισμού.

Όταν το 2005 μια Γερμανική Εταιρεία είχε αντιγράψει τη δομή και το σχέδιο της ιστοσελίδας της Facebook, λίγοι είχαν αντιληφθεί την ωφέλεια που μπορεί να έχει η πρακτική του σφετερισμού ιστοσελίδων. Πράγματι, το 2007 η συγκεκριμένη ιστοσελίδα (StudiVZ) πωλήθηκε για 75 εκατομμύρια ευρώ.

Τον Ιούνιο του 2009, το Γερμανικό Δικαστήριο στο οποίο προσέφυγε, μεταξύ άλλων, η Facebook έκρινε ότι όντως οι δύο ιστοσελίδες είχαν σχεδόν όμοια σχεδίαση και δομή, αλλά επειδή δεν ήταν ακόμη ευρέως γνωστή στο γερμανικό κοινό η ιστοσελίδα «facebook.com» (τον Νοέμβριο του 2005 όταν και έλαβε χώρα η «αντιγραφή»), κρίθηκε ότι δεν υπήρξε παραβίαση του σχεδίου (με βάση τις διατάξεις για την προστασία του αθέμιτου ανταγωνισμού).

Ποιος όμως ο τρόπος προστασίας του σχεδίου μιας ιστοσελίδας σήμερα;

Ο μάλλον ενδεδειγμένος τρόπος είναι η κατοχύρωση της σελίδας ως βιομηχανικού σχεδίου και δη ως κοινοτικού σχεδίου. Έχουμε συνηθίσει, όταν κάνουμε λόγο για βιομηχανικό σχέδιο, να έρχεται στο νου μας, ένα έπιπλο, ένα κόσμημα, ένα αυτοκίνητο. Ωστόσο, δεν αμφισβητείται, ότι σχέδιο με την έννοια του νόμου μπορεί να αποτελέσει και μια ιστοσελίδα. Και αυτή μπορεί να προστατευτεί βάσει του πλαισίου της κατοχύρωσης κοινοτικού σχεδίου. Εφόσον λάβει χώρα η κατοχύρωση της ιστοσελίδας (υποχρεωτικά εντός 12 μηνών από τη δημοσίευσή της στο διαδίκτυο), αυτομάτως ο δικαιούχος αυτής μπορεί να προστατευτεί έναντι σφετεριστών με την έγερση των οικείων ένδικων βιοηθημάτων ενώπιον των δικαστηρίων, ελληνικών ή αλλοδαπών, αιτούμενος, μεταξύ άλλων, την άρση της προσβολής και την παράλειψη της στο μέλλον δια της απόσυρσης του συγκεκριμένου σχεδίου της πανομοιότυπης ιστοσελίδας. Φυσικά, σε αρκετές περιπτώσεις και μόνο το γεγονός της κατοχύρωσης θα λειτουργεί αποτελτικά πετυχαίνοντας το στόχο της προστασίας σε ένα επίπεδο πολύ πριν τη δικαστική σύγκρουση.

Σε πρακτικό επίπεδο, για να κατοχυρωθεί ένα βιομηχανικό σχέδιο εθνικά, πρέπει να γίνει δεκτή κατόπιν ελέγχου

η σχετική αίτηση κατοχύρωσής του από τον Οργανισμό Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας («Ο.Β.Ι»). Σε ευρωπαϊκό επίπεδο, κατοχυρώνεται κατόπιν σχετικής αίτησης κατοχύρωσης από το Γραφείο Διανοητικής Ιδιοκτησίας Ευρωπαϊκής Ένωσης ("EUIPO"). Στο πλαίσιο αυτής της κατοχύρωσης, ο αρμόδιος Οργανισμός προβαίνει σε έναν τυπικό και γρήγορο έλεγχο (χωρίς να εξετάζει τα στοιχεία του νέου και ατομικού χαρακτήρα), προχωρώντας περαιτέρω στην κατοχύρωσή του. Το παράδοξο, ωστόσο, είναι ότι αν και με έναν πολύ εύκολο και χαμηλού κόστους τρόπο μπορούν οι επιχειρήσεις να προστατεύσουν τα σχέδια των ιστοσελίδων τους, καμία ελληνική επιχείρηση δεν έχει προβεί σε αντίστοιχη κατοχύρωση. Αντίθετα, στο γραφείο Διανοητικής Ιδιοκτησίας στο Αλικάντε, οι κατοχυρώσεις κοινοτικών σχεδίων από λοιπές ευρωπαϊκές επιχειρήσεις ανέρχονται σε δεκάδες. Αναφέρουμε λ.χ. την ιστοσελίδα της γερμανικής εταιρείας τηλεπικονιωνιών «DeutscheTelekom AG», της αυστριακής εταιρείας παραγωγής και εμπορίας υψηλής ποιότητας οικοδομικών υλικών «ProfibaustoffeAustriaGmbH», της αγγλικής εταιρείας σχεδιασμού «Shutterstock Ltd» κλπ.

Προϋπόθεση, ωστόσο, και μετά την τυπική κατοχύρωση, για να τύχει της δικαστικής προστασίας η ιδιοκτήτρια επιχείρηση είναι να έχει η ιστοσελίδα της «νέο και ατομικό» χαρακτήρα. Αυτό σημαίνει με απλά λόγια, ότι δεν θα πρέπει να έχει διατεθεί στο κοινό –μέχρι τον χρόνο υποβολής της σχετικής αίτησης κατοχύρωσης– καμία πανομοιότυπη ιστοσελίδα, ενώ ταυτόχρονα η συγκεκριμένη σχεδίαση και δομή της ιστοσελίδας θα πρέπει να δημιουργεί στον ενημερωμένο χρήστη συνολική μοναδική εντύπωση έναντι οποιασδήποτε άλλης ιστοσελίδας, η οποία έχει ήδη καταστεί προσιτή στο κοινό. Κρίσιμα στοιχεία δε, στο πλαίσιο αξιολόγησης του ατομικού χαρακτήρα της ιστοσελίδας, αποτελούν μεταξύ άλλων, ο κλάδος στον οποίο εντάσσεται, ο βαθμός ελευθερίας του δημιουργού κατά τη δημιουργία της, ο ενδεχόμενος κορεσμός της τεχνολογικής εξελίξεως, που είναι δυνατόν να καθιστά τον ενημερωμένο χρήστη πιο ευαίσθητο ως προς τις διαφορές μεταξύ των ιστοσελίδων που αποτελούν αντικείμενο συγκρίσεως, καθώς και το αποτέλεσμα που προκύπτει από την σύγκριση των συνολικών εντυ-

πώσεων (αναφορικά με τη διάταξη, τα χρώματα, τη γραμματοσειρά, εικόνες ή εκφράσεις, σύμβολα κλπ.) που προκαλούν στον ενημερωμένο χρήστη η εκάστοτε συγκρινόμενη ιστοσελίδα και κάθε προγενέστερη που έχει γνωστοποιηθεί στο κοινό, εξεταζόμενη χωριστά.

Παράλληλα, εκτός της προστασίας με βάση το δίκαιο του βιομηχανικού σχεδίου, που προϋποθέτει κατοχύρωση του δικαιώματος στον Ο.Β.Ι. ή στον EUIPO, εφαρμογής μπορεί να τύχει και το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού. Το δίκαιο αυτό στηρίζεται σε έναν νόμο του 1914 (!), ο οποίος μεταξύ άλλων είχε θεσπιστεί για να προστατεύει και τα διακριτικά γνωρίσματα των προϊόντων. Αντικείμενο προστασίας, μάλιστα, είχε κριθεί ότι τύχανε και η βιτρίνα μιας επιχείρησης. Σήμερα λοιπόν, όπου η ιστοσελίδα έχει αντικαταστήσει την βιτρίνα αρκετών επιχειρήσεων, η προστασία που παρέχει ο εν λόγῳ νόμος είναι ικανή για να προφυλάξει τα οικεία δικαιώματα επί του σχεδίου και της δομής της ιστοσελίδας. Βασική προϋπόθεση είναι η καθέρωση της ιστοσελίδας στις συναλλαγές ως ιδιαίτερο διακριτικό γνώρισμα. **Τούτο μπορεί να αποδειχθεί μέσω καταναλωτικών μελετών και συνήθως αποκτάται μέσω διαφημίσεων, προώθησης και ενός ιδιαίτερου σχεδίου. Προφανώς καθοριστικό ρόλο έχουν και τα στατιστικά στοιχεία επισκεψιμότητας μιας σελίδας· όσο περισσότερες μοναδικές επισκέψεις έχει, τόσο περισσότερο προστατεύεται έναντι τρίτων που επιθυμούν να αντιγράψουν το σχέδιο και τη δομή της.**

Πότε όμως το σχέδιο μιας ιστοσελίδας, με βάση τον νόμο για τον αθέμιτο ανταγωνισμό (δηλαδή χωρίς να χρειαστεί να προβούμε σε κατοχύρωση του σχεδίου της), μπορούμε να θεωρήσουμε ότι αποτελεί παράνομη αντιγραφή του αντίστοιχου μιας άλλης; **Η απάντηση είναι όταν η χρονικά πρώτη δημοσιευθείσα ιστοσελίδα έχει αποκτήσει διακριτική δύναμη και παράλληλα, από τη δημοσίευση του όμοιου σχεδίου της δεύτερης ιστοσελίδας προκαλείται κίνδυνος σύγχυσης στο καταναλωτικό κοινό, το οποίο είναι δυνατόν να παραπλανηθεί, είτε ως προς την προέλευση των προϊόντων ή υπηρεσιών ορισμένης επιχείρησης, είτε ως προς την ταυτότητα της επιχείρησης, είτε ως προς την ύπαρξη οικονομικής συνεργασίας ή σχέσης μεταξύ δύο επιχειρήσεων. Για την κατάφαση του κινδύνου σύγχυσης, θα πρέπει να εξετάσουμε τα κάτωθι κριτήρια:**

— Τον κλάδο δραστηριότητας των αντιμαχόμενων επι-

χειρήσεων. Όταν π.χ. μια επιχείρηση αντιγράφει το σχέδιο της ιστοσελίδας μιας άλλης επιχείρησης που αποτελεί βασική ανταγωνιστρια της πρώτης, τότε ο κίνδυνος σύγχυσης του καταναλωτικού κοινού αυξάνεται. Ενδέχεται ο χρήστης δηλ. να επισκεφτεί την σελίδα του ανταγωνιστή η οποία και πιθανόν να εμφανίζεται στην σελίδα αποτελεσμάτων των μηχανών αναζήτησης κοντά στην αρχική πρωτότυπη σελίδα.

— **Την ομοιότητα στο όνομα χώρου (domain name) των συγκρινόμενων ιστοσελίδων.** Αν για παράδειγμα το σχέδιο της ιστοσελίδας είναι ίδιο και παράλληλα το όνομα χώρου των επιχειρήσεων διαφέρει σε ελάχιστα σημεία, τότε πάλι υφίσταται ο κίνδυνος ο χρήστης να παραπλανηθεί και να επισκεφτεί τη σελίδα του ανταγωνιστή, ενώ επιθυμούσε να επισκεφτεί την αρχική πρωτότυπη σελίδα.

— **Την ομοιότητα στη γενική εντύπωση που δίνουν στον επισκέπτη οι συγκρινόμενες ιστοσελίδες.** Αυτό είναι το πιο σημαντικό στοιχείο που πρέπει να καταφαθεί για να έχουμε ζήτημα παραβίασης, με έμφαση στη διάταξη, στο χρώμα, στη γραμματοσειρά, στις αποστάσεις των ενσωματωμένων εικόνων ή κειμένων, στον τρόπο παρουσίασης τους, στην πανομοιότυπη χρήση εκφράσεων-όρων σημαντικών για την προσφορά των υπηρεσιών, στη χρήση πανομοιότυπων συμβόλων ή logo κλπ.

Η αλματώδης ανάπτυξη του διαδικτύου σήμερα και η καθιέρωση της παρουσίας των επιχειρήσεων στον διαδικτυακό χώρο, στον οποίο είτε ασκούν, είτε πρωθιόνυν και διαφημίζουν την δραστηριότητα τους, καθιστούν την ιστοσελίδα κάθε επιχείρησης, την σύγχρονη «βιτρίνα» της και κατά τούτο, πολύτιμο εργαλείο και μέσο σύνδεσης της με τους υφιστάμενους και μελλοντικούς πελάτες της. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα, να καθίσταται κάτι παραπάνω από αναγκαία η νομική προστασία της έναντι των ανταγωνιστών. **Το δίκαιο της βιομηχανικής ιδιοκτησίας και δη του βιομηχανικού σχεδίου τόσο σε εθνικό, όσο και κοινοτικό επίπεδο μεταξύ – άλλων δικαίων, όπως αυτό του αθέμιτου ανταγωνισμού και της πνευματικής ιδιοκτησίας- παρέχει πληρέστερα την εν λόγω προστασία, ενώ σίγουρα αναμένεται να διαπλαστεί νομολογιακά στο άμεσο μέλλον, δεδομένης της νέας ηλεκτρονικής πραγματικότητας που έχει διαμορφωθεί και γεννά διαρκώς ποικίλη περιπτωσιολογία.**

Η «ΔΕΥΤΕΡΗ ΕΥΚΑΙΡΙΑ» ΤΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΩΝ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΟΝ ΝΕΟ ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟ ΝΟΜΟ

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Απρίλιος 2021

(Αναδημοσίευση από naftemporiki.gr)

Πριν την ψήφιση του νέου Πτωχευτικού Νόμου (ν. 4738/2020 «Ρύθμιση οφειλών και παροχή δεύτερης ευκαιρίας») είχαμε ασχοληθεί με το ζήτημα της διαφοροποίησης του παλαιού νομοδετικού πλαισίου με το προς ψήφιση νομοσχέδιο. Σήμερα, μπορούμε να καταγράψουμε τις επιμέρους διαφορές έχοντας μπροστά μας πλέον τον ψηφισθέντα νόμο. Μία από τις σημαντικές του ρυθμίσεις αφορά στη λεγόμενη «δεύτερη ευκαιρία» των οφειλετών, δηλαδή στη δυνατότητά τους να κάνουν μια νέα «καθαρή» αρχή. Στο παρόν σημείωμα θα προσπαθήσουμε να επισημάνουμε τα καίρια σημεία του νέου νόμου ως προς το ζήτημα αυτό, σε σχέση και με το παλαιό δίκαιο, μέσα από 9 ερωτοαπαντήσεις.

1. Ο θεσμός της «δεύτερης ευκαιρίας» εισάγεται για πρώτη φορά στο ελληνικό δίκαιο;

Όχι. Ουσιαστική υιοθέτηση του θεσμού έλαβε χώρα για πρώτη φορά το 2016, όταν και προβλέφθηκε η δυνατότητα παροχής «δεύτερης ευκαιρίας» στον έμπορο-οφειλέτη μέσω του θεσμού της «απαλλαγής του οφειλέτη φυσικού προσώπου» του Πτωχευτικού Κώδικα. Μάλιστα το 2018 οι εν λόγω διατάξεις τροποποιήθηκαν προς το ευμενέστερο (νόμος 4549/2018). **Είναι πραγματικότητα, όμως, ότι, οι νέες ρυθμίσεις καθιστούν ευχερέστερη την απαλλαγή του οφειλέτη.**

2. Ποιος αποφασίζει για την απαλλαγή του οφειλέτη;

Η απαλλαγή, δηλαδή η «διαγραφή» των χρεών του οφειλέτη, με βάση το νέο πτωχευτικό νόμο επέρχεται αυτομάτως (αυτοδικαίως) μετά την παρέλευση 3 ετών (ή 1 έτους υπό αυστηρότερες προϋποθέσεις) από την πτώχευση, εκτός κι αν καταθέσει προσφυγή στο δικαστήριο κάποιος πιστωτής αντιτασσόμενος σε αυτήν· σε αυτήν την περίπτωση το δικαστήριο αποφασίζει τελικώς περί της απαλλαγής ή μη του οφειλέτη. Με βάση το παλαιό καθεστώς, επαφίόταν στο δικαστήριο να κρίνει, λαμβάνοντας υπόψη όσα στοιχεία είχε στη διάθεσή του, αν θα απαλλάξει ή όχι τον οφειλέτη μετά από ειδικό αίτημα που υπέβαλε ο τελευταίος κατόπιν παρέλευσης της περιόδου απαλλαγής. Απαιτούνταν άρα για την απαλλαγή εκ νέου προσφυγή στο δικαστήριο εκ μέρους του οφειλέτη, υποχρέωση που αίρεται με το παρόντα νόμο. Η υιοθέτηση του θεσμού της «αυτόματης απαλλαγής» είχε προταθεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ήδη από το 2014: «Μετά τη λήξη της περιόδου απαλλαγής, οι επιχειρηματίες θα πρέπει να απαλλάσσονται από τα χρέα τους, χωρίς να απαιτείται κατ' αρχήν η εκ νέου προσφυγή τους στο δικαστήριο». **Άρα στο σημείο αυτό η νέα ρύθμιση ήρθε να τροποποιήσει το παλαιό δίκαιο προς το ευμενέστερο για τον οφειλέτη.**

3. Πόσα χρόνια μετά την πτώχευση έρχεται η απαλλαγή;

Η απαλλαγή από τα χρέα με βάση τον νέο νόμο έρχεται 3 έτη μετά την πτώχευση, εφόσον ο οφειλέτης δεν έχει περιουσία στο όνομά του (αν, όμως, ο οφειλέτης εισφέρει στην πτωχευτική περιουσία στοιχεία σημαντικής αξίας που υπερβαίνουν σε αξία το δέκα τοις εκατό (10%) των συνολικών του υποχρεώσεων και η ελάχιστη αξία τους δεν υπολείπεται των εκατό χιλιάδων (100.000) ευρώ, όπως π.χ. την κατοικία του, η περίοδος απαλλαγής μειώνεται στο 1 έτος από την πτώχευση). Βάσει του παλαιού δικαίου, η απαλλαγή μπορούσε να επέλθει κατόπιν αιτήσεως του οφειλέτη μετά την παρέλευση 2 ετών από την κήρυξη της πτώχευσης.

4. Ποιες είναι οι υποχρεώσεις του πτωχού κατά την περίοδο αυτή της απαλλαγής;

Στα 3 αυτά χρόνια της περιόδου απαλλαγής ο πτωχός θα υποχρεούται, με βάση τον νέο νόμο, να καταβάλει στους πιστωτές του μέρος του ετήσιου εισοδήματός του που υπερβαίνει τις εύλογες δαπάνες διαβίωσης (εκτός κι αν ο οφειλέτης εισφέρει στην πτωχευτική περιουσία στοιχεία σημαντικής –αξίας βλ. παραπάνω, όπου τότε δεν υποχρεούται σε καταβολή εκτός κι αν τα ετήσια εισοδήματά του υπερβαίνουν το πενταπλάσιο των ευλόγων δαπανών διαβίωσης). Να επισημάνουμε στο σημείο αυτό ότι αντίστοιχη υποχρέωση με βάση το παλαιό δίκαιο για την απαλλαγή των εμπόρων δεν υφίστατο. Η προτεινόμενη ρύθμιση αποτελεί ενσωμάτωση αντίστοιχης πρόβλεψης της ευρωπαϊκής οδηγίας (η οποία κάνει λόγο για «σχέδιο αποπληρωμής»). Η αιτιολογική έκθεση του νέου νόμου στηρίζει την επιλογή αυτή στην εξής σκέψη: «Η αλλαγή αυτή προτείνεται με σκοπό να αποφευχθούν φαινόμενα καταστρατήγησης της πτωχευτικής διαδικασίας, από πρόσωπα που, ενώ δεν έχουν αξιοσημείωτη κινητή ή ακίνητη περιουσία, αντίθετα έχουν μεγάλα εισοδήματα,

με αποτέλεσμα, ενώ είναι πτωχοί και χωρίς επαρκή περιουσία να εξοφλήσουν τους πιστωτές τους, αυτοί να ζουν πλουσιοπάροχα». **Φυσικά, στην πράξη, ο πτωχός επιχειρηματίας δεν αναμένεται να εμφανίζει εισοδήματα στο όνομά του καθώς για να επαναδραστηριοποιηθεί θα περιμένει πρώτα να πετύχει την απαλλαγή.**

5. Είναι δυνατή η απαλλαγή όταν ο οφειλέτης δεν έχει περιουσία στο όνομά του αλλά ούτε εισοδήματα;

Σημαντική χρήση αναμένεται να γίνει του συγκεκριμένου νόμου από οφειλέτες-επιχειρηματίες που την παρούσα χρονική στιγμή δεν έχουν περιουσιακά στοιχεία στο όνομά τους, αλλά μόνο χρέη. Στον νέο νόμο διατηρείται η δυνατότητα του πτωχού που δεν έχει καθόλου περιουσία στο όνομά του να απαλλαγεί από τα χρέη του, αρκεί να παρέλθει 3ετία από την καταχώριση του ονόματός του στο οικείο ηλεκτρονικό μητρώο φερεγγυότητας. Η αντίστοιχη δυνατότητα είχε εισαχθεί στο ελληνικό δίκαιο το 2018 μετά και από εύστοχες παρατηρήσεις στο πλαίσιο κοινοβουλευτικού ελέγχου περί της μέχρι τότε αδυναμίας των εμπόρων-οφειλετών χωρίς περιουσία να απαλλαγούν (βλ. από 11/5/2018 ερώτηση του βουλευτή κ. Νικολόπουλου: «Αποκλείονται επίσης όσοι επιχειρηματίες δεν μπορούν να προχωρήσουν σε διαδικασία πτώχευσης διότι η επιχειρησή τους έχει μεν παύσει τις εργασίες της αλλά δεν διαθέτει περιουσιακά στοιχεία ικανά να καλύψουν τα έξοδα της πτώχευσης»). Μέχρι το 2018, δηλ., για να εκμεταλλευτεί ο επιχειρηματίας το θεσμό της «δεύτερης ευκαιρίας» έπρεπε να έχει κάποια περιουσία στο όνομά του, η οποία και ήταν απαραίτητη για τα έξοδα της πτώχευτικής διαδικασίας.

6. Αν δεν είναι ο ίδιος ο οφειλέτης έμπορος αλλά μέτοχος ή μέλος Δ.Σ. ή διευθύνων σύμβουλος μιας Α.Ε. και έχει παράσχει εγγυήσεις σε πιστωτικά ιδρύματα για το δανεισμό της επιχειρησης, μπορεί να απαλλαγεί από τα τραπεζικά του χρέη;

Ναι, μπορεί. Αυτή είναι και μία εκ των μεγάλων διαφοροποιήσεων του νέου νόμου σε σχέση με τον παλαιό πτώχευτικό κώδικα. **Εφόσον πλέον μπορούν να πτωχεύσουν και τα φυσικά πρόσωπα μη έμποροι, άρα και ο μέτοχος ή το μέλος του διοικητικού συμβουλίου μιας Α.Ε. που έχει παράσχει την προσωπική του εγγύηση σε ένα δάνειο της εταιρείας, μπορεί να ωφεληθούν και αυτά από το θεσμό της «δεύτερης ευκαιρίας».** Με το παλαιό καθεστώς, για να επέλθει η απαλλαγή θα έπρεπε να κριθεί ότι ο μέτοχος ή το μέλος Δ.Σ. είχε αποκτήσει το

ίδιο την εμπορική ιδιότητα (και άρα να χαρακτηριστεί το ίδιο ως έμπορος εξαιτίας π.χ. των αλλεπάλληλων εγγυήσεων και του άμεσου οικονομικού οφέλους που προσδοκούσε από αυτές κτλ.) ή να είχε ζητήσει να υπαχθεί στο νόμο για τα υπερχρεωμένα νοικοκυριά. Μάλιστα ο σχετικός προβληματισμός ήδη από το 2018 είχε τεθεί ενώπιον του Κοινοβουλίου ως εξής: «Το πρώτο πρόβλημα που προκύπτει από το νέο νόμο είναι ότι η 2η ευκαιρία, όπως νομοθετήθηκε με τον Ν 4446/2016, αφορά αποκλειστικά τους επιχειρηματίες που είχαν επιχειρηση προσωπική (Μη κεφαλαιουχική) δηλαδή Ο.Ε., Ε.Ε., ατομική, επειδή αυτοί συμπτωχεύουν μαζί με την επιχειρηση που πτωχεύει. Σε αντίθεση με τους επιχειρηματίες που είχαν Α.Ε., ΕΠΕ και ΙΚΕ (κεφαλαιουχικές) και δεν συμπτωχεύουν όταν πτωχεύει η επιχειρηση».

7. Υπάρχουν ειδικά κριτήρια απαλλαγής; Απαλλάσσονται όλοι οι οφειλέτες από τα χρέη τους;

Παραμένουν σε βασικές γραμμές και στον παρόντα νόμο τα ίδια κριτήρια για την απαλλαγή του πτωχού που ίσχυαν και με βάση το παλαιό καθεστώς. Ο πιστωτής που θα προσφύγει στο δικαστήριο με σκοπό να εμποδίσει την απαλλαγή του πτωχού οφειλέτη του, θα πρέπει να αποδείξει ότι η πτώχευση οφείλεται σε δόλιες ενέργειες του οφειλέτη ή ότι ο οφειλέτης δεν επέδειξε καλή πίστη είτε κατά την κήρυξη της πτώχευσης είτε και κατά τη διάρκεια της, ή ότι δεν έχει υπάρξει συνεργάσιμος με τα όργανα της πτώχευσης ή ότι έχει δολίως αποκρύψει εισοδήματα ή περιουσιακά στοιχεία κατά τη διάρκεια της πτώχευτικής διαδικασίας ή ότι εκκρεμεί ποινική δίωξη εναντίον του ή έχει καταδικαστεί για κάποια από τις πράξεις που αναφέρει ο νόμος (κλοπή, απάτη, υπεξαίρεση, καταδολίευση δανειστών κτλ.). Μάλιστα πρόσφατα η Εκτελεστική Επιτροπή της Τράπεζας της Ελλάδος εξέδωσε σχετική απόφαση (Συνεδρίαση 185/09.03.2021) όπου αναφέρει διάφορους ενδείκτες κακοπιστίας, όπως π.χ. την εξαφάνιση ή απόκρυψη εμπορικών βιβλίων του πτωχού ή την παράλειψη της κατά τον νόμο σύνταξης των ισολογισμών ή της απογραφής ή κατάρτιση ισολογισμών κατά τρόπο που δυσχεραίνεται η διαιτίστωση της κατάστασης της περιουσίας του κοκ. Σε γενικές γραμμές, το δικαστήριο θα επικυρώσει την απαλλαγή του πτωχού όταν η πτώχευσή του οφείλεται σε ραγδαία αλλαγή οικονομικών συνθηκών (οικονομική κρίση), σε εμπορικό ατύχημα το οποίο δεν είναι δυνατόν να αποδοθεί σε δόλια ενέργεια του (π.χ. πυρκαγιά), σε σοβαρά οικογενειακά προβλήματα, όπως π.χ. ασθένειες, εξαιτίας

των οποίων υποβλήθηκε σε δαπάνη σημαντικών ποσών που επηρέασαν την εμπορική του δραστηριότητα, καθώς και σε άλλες περιστάσεις οι οποίες ήταν απρόβλεπτες, δεν οφείλονταν σε υπαιτιότητά του και οδήγησαν στην πτώχευση. Βάσει δε των όσων αναφέρει και η ευρωπαϊκή οδηγία 2019/1023: «Για να διακριβώσουν αν ο επιχειρηματίας επέδειξε ανέντιμη συμπεριφορά, οι δικαστικές ή διοικητικές αρχές μπορούν να λαμβάνουν υπόψη στοιχεία όπως η φύση και το ύψος των χρεών, ο χρόνος δημιουργίας των χρεών, οι προσπάθειες του επιχειρηματία να τα αποπληρώσει και να εκπληρώσει τις νόμιμες υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεών του για τη λήψη αδειών δημοσίας χρήσεως και την ορθή τήρηση λογιστικών στοιχείων, οι τυχόν ενέργειες του επιχειρηματία για να εμποδίσει τους πιστωτές να πετύχουν την ικανοποίηση των απαιτήσεών τους, η εκπλήρωση των καθηκόντων σε περίπτωση αφερεγγυότητας τα οποία υπέχουν οι επιχειρηματίες- μέλη του διοικητικού συμβουλίου εταιρείας, καθώς και η τήρηση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού και της εργατικής νομοθεσίας».

Σημαντική επίσης διαφοροποίηση του νέου νόμου είναι και η εισαγωγή δυνατότητας μερικής απαλλαγής ή επιμήκυνσης της προθεσμίας απαλλαγής. Εάν το πτωχευτικό δικαστήριο κρίνει ότι δεν ικανοποιούνται οι προϋποθέσεις απαλλαγής, δύναται με αιτιολογημένη απόφασή του, να θέσει προθεσμία στον οφειλέτη για την ικανοποίησή τους, να περιορίσει την απαλλαγή ως προς ορισμένα μόνο χρέη ή να ορίσει εξαιρετικά μεγαλύτερη προθεσμία απαλλαγής (πέραν δηλ. της 3ετίας). **Επομένως ακόμα και όταν διαπιστώνεται ότι η πτώχευση επήλθε λόγω δολίων ενεργειών του οφειλέτη, το δικαστήριο έχει τη δυνατότητα να περιορίσει –και όχι να αποκλείσει– την απαλλαγή ανάλογα με τη βαρύτητα του πταίσματος του πτωχού.**

8. Η απαλλαγή αφορά σε όλα τα χρέη του οφειλέτη;

Το σχέδιο νόμου προέβλεπε ότι ο πτωχός δεν απαλλάσσεται από οφειλές που δημιουργήθηκαν από αδίκημα που τελέσθηκε με δόλο ή βαρεία αμέλεια. Ίδια ρύθμιση περιεχόταν και στον παλαιό πτωχευτικό κώδικα. Η διατύπωση αυτή του νομοσχεδίου ενδέχεται να ερμηνευόταν ότι περιλαμβάνει και οφειλές των οποίων η μη καταβολή συνιστά ποινικό αδίκημα, όπως π.χ. φοροδιαφυγή, έκδοση ακάλυπτων επιταγών κτλ. Αν τελικά ψηφίζοταν με αυτή την διατύπωση ο νόμος, θα οδηγούμασταν σε «ακύρωση» στην πράξη της «δεύτερης ευκαιρίας» αφού

μεγάλο μέρος των οφειλών των πτωχών-επιχειρηματιών σχετίζεται με αδικήματα φοροδιαφυγής, εισφοροδιαφυγής, μη καταβολής δεδουλευμένων και έκδοσης ακάλυπτων επιταγών. Τούτο είχε επισημανθεί και εντός του Κοινοβουλίου. **Για τον λόγο αυτό ο νομοθέτης τελικά υιοθέτησε έναν πιο περιορισμένο αποκλεισμό και πλέον βάσει του νέου πτωχευτικού νόμου δεν απαλλάσσεται ο πτωχός μόνο από α) οφειλές που δημιουργήθηκαν μετά την υποβολή της αίτησης πτώχευσης, β) οφειλές από δόλο ή βαρεία αμέλεια που προκάλεσε θάνατο ή σωματική βλάβη προσώπου, γ) οφειλές από τα αδικήματα νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες και δ) οφειλές διατροφής.**

9. Τελικά είναι σκόπιμο να απαλλάσσονται οι πτωχοί από τα χρέη τους; Μήπως ο θεσμός αυτός συνιστά κίνητρο για αθέτηση πληρωμών;

Ο πτωχός βάσει των παλαιών νομοθετικών αλλά και κοινωνικών απόψεων ήταν ένας στιγματισμένος έμπορος, μη αποδεκτός από την πολιτεία για επανάσκηση οικονομικής δραστηριότητας. Η Ευρωπαϊκή Ένωση, ωστόσο, επενέβη. Βάσει οικονομικών, κυρίως, μελετών που δίνουν μια άλλη διάσταση στο ζήτημα, σύστησε ήδη από το 2014 στα κράτη-μέλη να υιοθετήσουν διατάξεις που να δίνουν μια «δεύτερη ευκαιρία» στον πτωχό, μια ευκαιρία να επαναδραστηριοποιηθεί και εκμεταλλευόμενος την εμπειρία του από τα λάθη του παρελθόντος, να αναπτυχθεί αυτός και η τοπική οικονομία μαζί του. Οι οικονομικές μελέτες που είχαν στην διάθεσή τους τα αρμόδια νομοπαρασκευαστικά όργανα της Ε.Ε. έδιναν την εικόνα ότι λόγω της αδυναμίας επαναδραστηριοποίησης του πτωχού, οι οικονομίες των κρατών-μελών στερούνταν από έμπειρα μέλη της οικονομικής ζωής του τόπου και άρα από αποτελεσματικές αναπτυξιακές δράσεις. Τούτο διότι τις περισσότερες φορές ο μια φορά αποτυχών έμπορος έχει αποκτήσει τις γνώσεις και την εμπειρία ούτως ώστε να αποφύγει μια δεύτερη αποτυχία. Τούτο μάλιστα γλαφυρά περιέγραφε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε σχετικό έγγραφό της ως εξής: «Οι επιπτώσεις της πτώχευσης, ιδίως ο κοινωνικός στιγματισμός, οι νομικές συνέπειες και η συνεχιζόμενη αδυναμία αποπληρωμής των χρεών αποτελούν σημαντικά αντικίνητρα για τους επιχειρηματίες που επιθυμούν να συστήσουν επιχειρηση ή να αξιοποιήσουν μια δεύτερη ευκαιρία, έστω και αν τα στοιχεία δείχνουν ότι οι επιχειρηματίες που έχουν πτωχεύσει έχουν περισσότερες πιθανότητες να επιτύχουν στη δεύτερη απόπειρά τους». Προς την ίδια

κατεύθυνση κινείται και η αιτιολογική έκθεση του παρόντος νέου νόμου: «Η παροχή δεύτερης ευκαιρίας στους οφειλέτες, πέραν της επιείκειας της έννομης τάξης προς αυτούς, εξυπηρετεί και την εθνική οικονομία, αφενός επειδή διευκολύνει την ανάληψη επιχειρηματικών κινδύνων και αφετέρου επειδή επιτρέπει στα υπερχρεωμένα πρόσωπα να έχουν κίνητρα να εργαστούν και να δημιουργήσουν περιουσία. Όταν δεν υπάρχει δυνατότητα των υπερχρεωμένων προσώπων να απαλλαγούν από τα χρέη τους, αυτά οδηγούνται στην παραικονομία προς βλάβη του κοινωνικού συνόλου». Μέχρι την εισαγωγή, εξάλλου, του θεσμού της «δεύτερης ευκαιρίας», όποιος είχε πτωχεύσει αρκετές φορές συνέχιζε να δραστηριοποιείται εμπορικά μέσω συγγενικών του προσώπων, παρένθετων αλλοδαπών εταιρειών κοκ. Ενώ, δηλαδή, είχε διατεθεί όλη η περιουσία του πριν την κήρυξη της πτώχευσης για την εξόφληση των πιστωτών του, εκείνος άρχιζε ξανά από την αρχή, αποκτώντας ίσως και νέα

περιουσιακά στοιχεία από τα κέρδη της νέας επιχείρησής του. Ήταν πρακτικά υποχρεωμένος, όμως, με σκοπό να θωρακίσει τα νέα περιουσιακά του στοιχεία από τους παλαιούς πιστωτές του, να τα αποκρύψει τεχνηέντως μέσω τρίτων προσώπων και περίτεχνων νομικών κατασκευών. Ακόμα και στην περίπτωση της κληρονομικής διαδοχής, ήταν υποχρεωμένος να προβεί σε αποποίηση υπέρ συνήθως συγγενικών του προσώπων (τέκνων, αδελφών κτλ.). **Άρα το να μην αποδεχόμαστε το θεσμό της «δεύτερης ευκαιρίας» είναι σαν να κλείνουμε τα μάτια μας στην εμπορική πραγματικότητα.** Εξάλλου, βάσει και του νέου νόμου ο πτωχός για να απαλλαγεί θα πρέπει πρώτα να έχει απολέσει όλα του τα περιουσιακά στοιχεία (μέσω της διαδικασίας της πτώχευσης), και κατόπιν να έχει περάσει η απαλλαγή του από δικαστικό έλεγχο, εφόσον φυσικά υπάρχουν πιστωτές του που προβάλλουν αντιρρήσεις σε αυτή.



⑨ Λυκαβηττού 2, Κολωνάκι
106 71 Αθήνα
Τ (+30) 2103641214
Μ info@psarakislegal.com